

A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação
Judith Martins-Costa

Índices

Rafael Xavier e Pietro Webber (Coords.) / Judith Martins-Costa Advogados

Capa

Nacho Pons

Preparação e editoração eletrônica
Ida Gouveia / Oficina das Letras®

Impressão e acabamento
Psi7 | Book7

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CIP-Brasil. Catalogação na Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

Martins-Costa, Judith

A boa-fé no direito privado : critérios para a sua aplicação / Judith
Martins-Costa. – São Paulo : Marcial Pons, 2015.

Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-66722-35-2

1. Direito privado. 2. Direito civil - Brasil. Título.

15-26633

CDU-347(81)

© Judith Martins-Costa

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.

Av. Brigadeiro Faria Lima, 1461, 17/5, Torre Sul
Jardim Paulistano CEP 01452-002 São Paulo-SP

☎ (11) 3192.3733

www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil [10-2015]

ao ideal do *freedom of contract* é afastada, na interpretação contratual, a consideração de «termos implícitos» e do princípio da boa-fé.⁵⁴ Assim, embora não substituam o negócio final como fonte de imputações de direitos, deveres e responsabilidades, os documentos da fase preliminar, podem ser considerados para a interpretação do negócio definitivo, conforme os cânones sistematizados acima (item 6 deste §42).

§ 43. Fase da oferta, propriamente dita

1. Proposição. A oferta (proposta) é negócio jurídico unilateral receptício que *vincula* o ofertante aos seus termos, consoante determinado no art. 427 do Código Civil, segundo o qual «a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso». Se à oferta seguir-se aceitação, no prazo, sem adições, restrições, ou modificações (Código Civil, art. 431) o contrato estará concluído, encerrando-se a fase das tratativas e iniciando a fase contratual. Distingue-se a proposta (ou oferta) do convite a contratar (*invitatio ad offerendum*) porque não se trata de um convite a oferecer proposta, mas de uma declaração negocial marcada pela clareza, concreção e determinação, de modo a possibilitar a imediata aceitação do ofertante.⁵⁵

O que ocorre, no entanto, quando há oferta e não há, ainda, aceitação?

A pergunta é pertinente em face das peculiaridades do Direito brasileiro expressas no dispositivo do art. 427 do Código Civil que repete, aliás, *ipsis litteris*, o que estava no art. 1.080 do Código de 1916. Ao mencioná-lo, registrou Antonio Junqueira de Azevedo, tratando da responsabilidade civil pré-contratual que, entre nós – diversamente do que ocorre em outros Ordenamentos –, existe regra expressa segundo a qual a oferta do contrato *obriga* o proponente.⁵⁶ Entendia o mencionado autor que, «embora haja, no campo de prova, como é evidente, alguma dificuldade para caracterizar a oferta vinculante, pode-se dizer tecnicamente que o ofertante, por ato unilateral, cria, no patrimônio do oblato, um direito expectativo, ou potestativo, de concluir o contrato»,⁵⁷ o que é especialmente claro «nos casos de oferta irrevogável ou com prazo determi-

54. Confira-se em FARNSWORTH, Allan. The Interpretation of International Contracts and the Use of Preambles. *International Business Law Journal*, London, Sweet & Maxwell, n. 3-4, 2002, especialmente p. 273, como segue: «Note that since such a clause only operates to exclude extrinsic evidence. It will not exclude a term implied in law – such as one imposing an obligation of good faith – for which no extrinsic evidence is necessary. There are some situations in which an entire agreement clause will not, by itself, exclude extrinsic evidence».

55. POÇAS, Luís. *O Dever de Declaração Inicial do Risco no Contrato de Seguro*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 48.

56. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A Boa-Fé na Formação dos Contratos. *Revista Direito do Consumidor*, vol. 3, 1992, p. 81.

57. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Idem*, p. 83.

nado de eficácia», do que resulta, como consequência, «que a retirada da oferta determina responsabilidade obrigacional, isto é, *não-aquiliana*».⁵⁸

Essa observação conduz ao exame da expressão «obriga», constante no citado art. 427, e, portanto, à averiguação do que constitui a «obrigação» em sentido técnico e aos deveres decorrentes da emissão de uma oferta.

2. O art. 427 do Código Civil. Na opinião de Pontes de Miranda, o verbo «obrigar» fora equivocadamente empregado no art. 1.080 do Código Civil (correspondente, linha por linha, ao vigente art. 427), devendo ser lido como «vincular», uma vez que, aí, «o oferente ainda não deve, *a fortiori* ainda não é obrigado, mas vinculado fica, exceto se na oferta estabeleceu restrições, ou se a inviolabilidade resulta do tipo mesmo do negócio jurídico, ou das circunstâncias do caso concreto».⁵⁹ Há distinção entre *vinculabilidade* e *vinculação*: o fenômeno da *vinculabilidade*⁶⁰ surge pelo fato de, enquanto a proposta (negócio jurídico unilateral receptício) não chegar ao aceitante, essa pode, mesmo já produzindo os efeitos que lhe são inerentes, ser revogada. No caso de já ter sido recebida pelo aceitante, porém, ocorre a *vinculação*,⁶¹ e não pode mais ser revogada. A recepção da manifestação da vontade é necessária para produzir o efeito de vincular (conduzindo, então, à irrevogabilidade da oferta), o que poderia ser chamado de *efeito pleno* da oferta, pois o *efeito mínimo*,⁶² ocorre desde que a

58. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A Boa-Fé na Formação dos Contratos. *Revista Direito do Consumidor*, vol. 3, 1992. Destaquei.

59. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 4.194, p. 48-49. E, sentido contrário, Antonio Junqueira de Azevedo, ao entender que, na fase da oferta, em função do que dispunha o citado art. 1.080, seria «dispensável a alegação da boa-fé objetiva», uma vez que o descumprimento de oferta irrevogável conduz à responsabilidade contratual, e não à delitual. (A Boa-Fé na Formação dos Contratos. *Revista Direito do Consumidor*, v. 3, 1992).

60. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 507, 2, p. 8: «Se o ato jurídico, embora revogável enquanto não ocorre algum fato (*e.g.*, aceitação), está exposto a vincular quem o pratica e, pois, a tornar-se irrevogável, há efeito mínimo. Quem pratica atos, que entram no mundo jurídico, expõe-se a ele, que é a vinculabilidade. Todo o ato jurídico, tem pelo menos, êsse, efeito». Ver também: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da eficácia. 1ª parte. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183: «Quem formula oferta revogável, seja a alguém em particular, determinante, seja ao público, indeterminadamente, se põe em situação jurídica de *vinculabilidade*, cujo conteúdo eficaz consiste em ficar sua esfera jurídica *exposta a ser vinculada* por um ato voluntário de outrem que manifeste aceitar sua proposta».

61. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 507, 3, p. 8: «Se o fato de que depende a vinculação (=irrevogabilidade) ocorre, há vinculação (= há irrevogabilidade)». Ver também: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da eficácia. 1ª parte. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 183: «Diferentemente, se a oferta é irrevogável, a situação jurídica, embora permaneça unilateral, seu conteúdo eficaz consiste na vinculação do ofertante à sua proposta, desde logo».

62. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 507, 1, p. 7. Marcos Bernardes de Mello utiliza a expressão «situação jurídica complexa unilateral ou intersubjetiva unilateral» (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da eficácia. 1ª parte. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 182).

oferta existe. Este efeito mínimo se traduz na vinculabilidade do ofertante à manifestação realizada até que feita a revogação, quando essa pode ocorrer.⁶³

Falar-se no efeito vinculante da oferta⁶⁴ não significa, porém, que dela decorra o efeito de criar, por si só, a obrigação principal (*stricto sensu*),⁶⁵ pois esta última advém apenas quando já formado o contrato, isto é, na fase contratual. Dito de outro modo: a proposta, quando realizada, gera no plano da eficácia do mundo jurídico a *vinculabilidade* do proponente, não a *obrigatoriedade* quanto à prestação. E se trata apenas de vinculabilidade porque, enquanto não existe o negócio jurídico bilateral (contrato), não existem as obrigações principais e os deveres inerentes à espécie de contrato que se pretende formar. A eficácia do contrato que se pretende formar, só irá existir quando houver a aceitação, razão pela qual Pontes de Miranda refere ao contrato como resultado da *colagem* entre oferta e aceitação.⁶⁶

No mesmo sentido, posiciona-se Alcides Tomasetti Jr., para o qual, «segundo as linhas mais genéricas do modelo do Código Civil (...), aquele que faz a oferta ou proposta somente está adstrito a efetuar a prestação correspondente (dar, fazer, não fazer, tolerar) depois de a aceitação – imediatamente manifestada se a oferta for entre presentes, ou expedida pelo destinatário da proposta, se esta for entre ausentes – chegar ao oferente ainda antes de que chegue ao ofertado (ou oblato) a revogação da proposta recebida (CC, arts. 1.080-1.081; 1.084-1.086)».⁶⁷

Razão têm, portanto, Pontes de Miranda e Tomasetti Jr., ao ensinar que a oferta vincula juridicamente, mas não obriga contratualmente, é dizer: o proponente resta sob estado de sujeição, pois a proposta tem por efeito principal

63. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 223, 7, p. 411: «Quando se diz que a manifestação receptícia de vontade é eficaz com a chegada, não se afirma que ela não tenha qualquer efeito, antes disso. O efeito, a que se alude, é o efeito de irrevogabilidade. Para se evitar a irrevogabilidade, é preciso que antes a chegada, ou simultaneamente com ela, chega a revogação». Ainda, da mesma obra: Tomo XXXVIII. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 4.189, 1 e 2, p. 25.

64. TJRS. Ap. Cív. n. 589077106. 1ª Câmara Cível. Relator Tupinambá Miguel Castro do Nascimento. Julgamento em 06.03.1990.

65. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 2.679, 6, p. 25.

66. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo V. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 507, 1, p. 7, alertando: «É da máxima importância não se ter o dever ou a obrigação como o primeiro efeito da relação jurídica, nem como a primeira relação jurídica».

67. TOMASETTI JUNIOR, Alcides. O Objetivo de Transparência e o Regime Jurídico dos Deveres e Riscos de Informação nas Declarações Negociais para Consumo. *Revista Direito do Consumidor*, vol. 4, 1994, p. 63. Na raiz desses entendimentos está a compreensão do significado estrito ou técnico do termo «obrigação» – a relação entre duas ou mais pessoas de que decorre a uma delas, o devedor, poder ser exigida pela outra, o credor, prestação, de dar, fazer ou não-fazer correlativa. Do que, nesta acepção, o termo «obrigação» não se confunde nem com a relação, nem com a dívida (relativa ao crédito ainda não exigível), mas se relaciona, polarmente, com a pretensão (de direito material) da parte credora. Por isso é que a oferta, nos termos do art. 427, traz vinculação, mas ainda não traz obrigação, na medida em que ainda não há para o ofertante, antes da aceitação, o dever de prestar – o *dare*, o *facere* e o *non facere*. Este só nasce com a «colagem» entre os dois negócios jurídicos unilaterais, a oferta e a aceitação, porque só aí surge o negócio jurídico bilateral. (Ainda: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 2.679, p. 12).

gerar ao oblato (àquele para quem foi dirigida), o direito formativo gerador de aceitação. É por estar em estado de sujeição – e não em situação jurídica passiva (dever) – que o ofertante não pode revogar a proposta, havendo prazo em que deva mantê-la, criando o Código Civil presunções caso o oblato esteja ou não presente (noção não naturalista, mas jurídica, incluindo a presença virtual em face do proponente (Código Civil, arts. 428 e 429).

Durante o estado de vinculação resultante do oferecimento de uma proposta, os figurantes ainda restam na fase pré-contratual, que será encerrada se houver o exercício do direito formativo gerador de aceitação ou sua renúncia. Mas pode essa fase pré-negocial prosseguir se houver contraproposta, dita «aceitação modificativa», que é nova manifestação de vontade. Então, outra oferta se põe no lugar «da aceitação ou da recusa pura e simples», de modo que o ofertante «passa à situação de destinatário da nova oferta e tem de aceitá-la, ou de recusá-la, ou, por sua vez, em lugar de proceder como destinatário, novamente oferecer».⁶⁸ Ademais, a aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará em nova proposta (Código Civil, art. 431). A oferta apenas não gerará a vinculação, e poderá ser revogada quando: a) ainda não tiver sido recebida por aquele ao qual foi dirigida; ou b) se o contrário não resultar dos termos dela (art. 427, parte final), da natureza do negócio (e.g., numa obrigação personalíssima morre o ofertante), ou das circunstâncias do caso.

Sendo este o mecanismo formativo de um contrato no sistema do Direito Privado brasileiro, questiona-se qual o papel da boa-fé nesse momento. E a resposta será a mesma já apontada acima, genericamente, quanto às fases aqui nomeadas de «prospecção» e de «negociação» propriamente dita: a boa-fé atua como fonte de deveres de proteção, pois estes existem e se manifestam antes mesmo do estado de vinculação (recebimento da oferta) ou do estado de vinculação (envio da oferta ainda não recebida). Incide, pois, a boa-fé desde quando os negociadores se põem em contato social pré-negocial.

§ 44. Fase da conclusão contratual

1. Proposição. Encerram-se as tratativas, iniciando a fase contratual, com a efetiva formação do contrato pelo consentimento comum a contratar e pelo delineamento do objeto e do preço contratual. É o momento em que à oferta (ou proposta) fixa-se «com a cola da concordância»⁶⁹ – a aceitação –, concluindo-se o acordo e deflagrando-se, a partir de então, eficácia tipicamente contratual. A «cola da concordância» pode ser expressa, ou tácita, ou dar-se pelo silêncio⁷⁰ (Código Civil, art. 111), tendo os usos, novamente, grande relevância hermenêutica para a correta identificação desse momento. Trata-se da passagem de

68. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 4.189, p. 26-27.

69. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Idem*, § 4.184, 2, p. 7.

70. TUTIKIAN, Priscila David Sansone. Silêncio como Declaração Negocial na Formação dos Contratos (sob a Perspectiva dos Modelos Hermenêuticos de Miguel Reale). In: MARTINS-COSTA, Judith et alii. *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 145-176.

um círculo de deveres puramente protetivos e, normalmente, negativos (não causar danos) a outro círculo, este sim de deveres positivos da esfera contratual, deveres de prestação (dar, fazer, não fazer) em que se exige *diligentia* positiva.⁷¹ O art. 422 do Código Civil é expresso ao determinar às partes, na conclusão e na execução do contrato, os princípios da probidade e da boa-fé.

2. A eficácia contratual. Existente já o contrato há, pois, vinculando as partes, deveres de prestação, correspondentes aos interesses à prestação titulados pelo credor, e há a responsabilidade contratual pelo seu inadimplemento imputável. É importante, porém, não confundir o negócio jurídico contratual com o negócio instrumentalizado pelo contrato (contrato escrito, instrumento contratual). No regime do Código Civil, *presuntivamente*, nos contratos formalizados por escrito, a conclusão se dá com a assinatura ou a firma digital: o tempo e o lugar da conclusão contratual coincidem com o tempo e o lugar da assinatura, se essa foi simultânea.⁷² Se sucessiva, é o lugar onde foi proposto (Código Civil, art. 435, norma de caráter dispositivo e supletivo), podendo haver, conforme o caso, «propostas cruzadas», isto é: propostas de conteúdo total ou parcialmente coincidente que correspondem a posições contratuais simétricas (comprador e vendedor; fornecedor e receptor dos serviços) e das quais pode resultar contrato, como nas negociações por sistema automático em Bolsas de Valores.⁷³

Em síntese: para bem compreender qual é o espaço e quais são as características da fase das tratativas, em sua relação com as eficácias geradas pela boa-fé é preciso ter em mente – sem temor ao truísmo – que a fase negociatória (tratativas) serve para negociar (tratar), não ainda para *contratar*. Portanto, o princípio reitor é o da liberdade de negociação que supõe, obviamente, poder iniciá-la e poder encerrá-la. Mas vigora com igual intensidade o princípio da boa-fé em sua tríplice função: hermenêutica,⁷⁴ corretora de condutas e geradora de deveres, neste caso, de proteção (deveres laterais) vedando comportamento oportunistas, disfuncionais às tratativas e os quais se aderem à esfera jurídica do outro figurante. Entenda-se por esses deveres os de respeito à legítima confiança investida nas negociações, englobando resguardo, sigilo, informação correta e

71. Em sentido similar, VICENTE, Dário Moura. *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 242, em alusão à doutrina de Jhering.

72. O esquema mais comum (no âmbito do direito comum, à parte a contratação por adesão) consiste na emissão de declarações contratuais conjuntas, isto é: declarações de conteúdo idêntico que exprimem o acordo contratual num só texto subscrito por cada uma das partes. Para que um contrato assim se forme, o texto comum (instrumento contratual) deve observar os requisitos da completude, precisão e adequação formal. Essa modalidade é comum em contratos sujeitos à forma escrita; ou contratos com mais de duas partes (e.g., contratos de cooperação associativa); ou contratos com especial complexidade técnica ou jurídica. (Vide: FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos*. Conceitos – Fontes – Formação, vol. I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 104-105).

73. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos*. Conceitos – Fontes – Formação, vol. I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 104-105.

74. A boa-fé hermenêutica assinalada no art. 113 do Código Civil, embora literalmente direcionada aos negócios jurídicos, não está cingida aos negócios contratuais, podendo influir em atos e manifestações frequentemente presentes na fase pré-contratual, como acordos de cavalheiros, declarações de opção, pactos de preferência, etc.

adequada aos fins da negociação em curso, esclarecimentos, vedação à contração e, inclusive, sob certas condições, o dever de não se retirar abruptamente das tratativas, sob pena de indenizar pelo interesse negativo.

3. O problema da legitimidade da expectativa. Quem negocia um contrato tem o dever de não fraudar as expectativas legitimamente criadas, pelos seus próprios atos durante as negociações. Mas essa expectativa pode ser *legítima* («justa») ou não. O será apenas se os elementos do caso vierem a comprovar a existência de fundadas razões para que a parte frustrada acreditasse na seriedade de propósitos do outro agente. Assim, se numa troca de correspondência, uma das partes informa a outra que «aceita a proposta, desde que esta seja aprovada pelo conselho diretivo da sociedade», explicitando, por exemplo que, «segundo as normas da empresa, é preciso obter a autorização de tal conselho para pactuar contratos cujo valor seja superior a um milhão de reais» – e, no caso concreto, a proposta implica contrato com valor de um milhão e quinhentos mil reais – não haverá *expectativa legítima* de que o contrato tenha sido formado independentemente da aprovação do conselho diretivo. Há, no caso, proposta sujeita à condição, e não é «legítima» a expectativa à conclusão do contrato independentemente da autorização do conselho diretivo. Do mesmo modo se, segundo as práticas seguidas pelas partes, a contratação faz-se sem redução a escrito, não poderá uma parte alegar que determinado contrato não se formalizou por escrito para furtar-se às suas obrigações, salvo se informou, previamente, que naquele determinado caso a contratação se faria mediante a expressão do pacto em instrumento contratual. Ainda, pode configurar-se a legitimidade da expectativa se há elementos objetivos na conduta pré-contratual. Exemplifique-se com a conduta adotada por sociedades integrantes de um grupo econômico – ao participar ativamente das negociações e ao deixar entender, com clareza, que figurariam como parte no contrato. Essas sociedades vêm, depois, recusar-se a ser tidas como sujeita às eficácias do contrato. Neste caso, poderá ocorrer infração aos postulados da Teoria da Confiança, fundamento do regime do negócio jurídico no Código Civil brasileiro.⁷⁵

Para auxiliar o intérprete na espinhosa (mas inafastável) tarefa de qualificação, a doutrina apresenta *standards* ou critérios. Assim, *e.g.*, cabe questionar: *há unidade de interesses* entre aquele que negociava em relação à parte efetivamente signatária dos contratos? Houve anúncios públicos reveladores da comum intenção dos negociadores? As sociedades integrantes do grupo detêm

75. Conforme esclarece Moreira Alves: «(...) manteve-se a concepção subjetiva de negócio jurídico, não com o absolutismo do Código Civil, mas litigada, em que se leva em consideração, para efeito dos defeitos do negócio jurídico, a responsabilidade por parte daquele que declara a sua vontade e os aspectos de confiança daquele que recebe essa vontade. (...) Adotou-se, dessa forma, o princípio da responsabilidade de quem declara e o da confiança de quem recebe essa declaração» (MOREIRA ALVES, José Carlos. *A Parte Geral do Código Civil*. Disponível em <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero9/artigo1.htm>>. Acesso em 16.05.2015). Também, semelhantemente em: *A Parte Geral do Projeto de Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 108. Ver o exemplo da «extensão da cláusula compromissória», vide, *infra*, Capítulo VII, §57.

a mesma realidade econômica, refletida pela apresentação ou pela representação comum?⁷⁶

Além da atenção aos usos e às práticas (é dizer: ao comportamento reiterado dos sujeitos) bem como ao conteúdo expresso no instrumento que veicula a proposta, a perspectiva finalística auxilia a esclarecer o âmbito do dever de não fraudar as expectativas legítimas, pois negociações são feitas para possibilitar a formação de um *consentimento esclarecido*, para que cada um avalie a oportunidade e a conveniência de contratar, e, se contratar, que o seja em determinados forma e conteúdo. O princípio – repita-se – é o da liberdade de recesso. Porém, se as negociações iniciadas em vistas da possibilidade de celebrar um contrato prosseguem, com toda aparência de seriedade, possibilitando a uma das partes crer, fundamentadamente, que o contrato será ajustado, o seu rompimento *abrupto e injustificado* pode dar ensejo ao dever de indenizar ao agente que confiou na seriedade das tratativas pelas despesas havidas em vista das negociações («interesse negativo», ou «interesse da confiança»⁷⁷).

Conquanto hoje em dia a responsabilidade pré-contratual se espraie em variadas hipóteses, cabe atenção à sua origem, centrada na questão de saber quem deve responder – e se há responsabilidade – no caso de um contrato formado vir a se revelar nulo, decorrendo a nulidade de problema situado na fase pré-contratual.

§ 45. Origem da doutrina da *culpa in contrahendo* e seu atual estágio

1. A origem: a formulação de Jhering. O tema da *culpa in contrahendo*, hoje, não é novidade, nem em jurisprudência,⁷⁸ nem na doutrina. Ainda assim, cabe breve referência às origens da teoria da *culpa in contrahendo* e ao seu desenvolvimento, pois a referência às raízes auxilia a perceber a utilidade e os limites da figura.

A doutrina foi formulada pioneiramente por Jhering⁷⁹ que plasmou a noção: há *culpa in contrahendo* sempre que «o comportamento de uma das partes na

76. Para o exame dessa problemática na arbitragem, conferir: CAMPOS MELO, Leonardo de. *Extensão da Cláusula Compromissória e Grupos de Sociedades: a prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 59-89; TEPEDINO, Gustavo. *Consensualismo na Arbitragem e Teoria do Grupo de Sociedades*. *Revista dos Tribunais*, vol. 903, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 9 e ss.; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 121

77. Para a distinção entre o interesse positivo e o interesse negativo, permito-me reenviar a: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações, vol. V. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 480-486.

78. TJRS. Ap. Cív. 584033179. Primeira Câmara Cível. Relator Des. Athos Gusmão Carneiro. Julgamento em 04.12.1984. Ver também TJRS. Ap. Cív. 591028295. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Julgamento em 06.06.1991. Desta decisão foram opostos os TJRS. E.I. 591083357. Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis. Julgamento em 01.11.1991.

79. JHERING, Rudolph von. De la *culpa in contrahendo* ou des Dommages-Intérêts dans les Conventions Nulles ou Restés Imparfaites. Trad. francesa de O. de Meulenaere. *Oeuvres Choisies*. Tomo II. Paris: A. Marescq, 1893, p. 1-100. Há tradução em idioma português: *Culpa in Contrahendo, ou de Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*. Trad. portuguesa de Paulo Cardoso

fase das tratativas, induzindo a confiança da outra de que tal procedimento seria adotado, ou omitindo informações de importância capital para que a outra parte possa decidir em relação ao negócio jurídico a ser realizado, ou ainda deixando de mencionar circunstâncias que acabariam forçosamente por produzir a invalidade do contrato», gerando, assim, «o dever de indenizar».⁸⁰

A partir dessa ideia de base, a doutrina da *culpa in contrahendo* perpassou – principalmente nas últimas décadas do século XX – verdadeiro processo de expansão e revisão teórica, a cada momento sendo formuladas novas hipóteses, novos «casos» que estariam recobertos pelo seu manto. Toda ela, porém, segue as trilhas abertas no famoso ensaio de Jhering, o qual, debruçado sobre o Direito Romano e as soluções conferidas à teoria do erro essencial, examinou uma

Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. Como refere Dário Moura Vicente, «coube a Jhering o mérito de formular pela primeira vez o princípio segundo o qual já na fase das negociações preparatórias do contrato as partes se acham vinculadas através de uma relação jurídica integrada por deveres de conduta cujo incumprimento sujeita o inadimplente ao dever de indemnizar o interesse contratual negativo da contraparte». (VICENTE, Dário Moura. *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 243). Consultei, ainda, BENATTI, Francesco. *A Responsabilidade Pré-Contratual*. Trad. portuguesa de Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009; ARIETTI, Marina. *Responsabilità Precontrattuale*. *Rivista di Diritto Civile*, n. 6, Padova, Cedam, 1991, p. 729-744; BESSONE, Mario. *Rapporto Precontrattuale e Doveri di Correttezza*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 1.004; BREBBIA, Roberto. *Responsabilidad Precontratual*. Buenos Aires: La Rocca, 1987.

80. Cf. COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade do Estado por Problemas Jurídicos Decorrentes do Planejamento. *Revista de Direito Público*, vol. 65, 1982, p. 29. Na doutrina brasileira, ver, ainda, CHAVES, Antônio. Responsabilidade Pré-Contratual. Rio de Janeiro: Forense, 1959; COUTO E SILVA, Clóvis do. A Companhia Siderúrgica Mannesmann. Parecer. *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 5, n. 13, 1975, p. 207-238; PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo II. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, § 225, 8, IV, 383, 412 e 440. Ver também, na mesma obra, Tomo XXXVIII, § 4.212; PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 80-82; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A Boa-Fé na Formação dos Contratos. *Revista Direito do Consumidor*, vol. 3, 1992, p. 78-87. Do mesmo autor: *Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor*: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. São Paulo, 1995, ora publicado em: *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 159-172; AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*, vol. I. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 143; GOMES, Orlando. *Contratos*. 16ª ed. Atualizado por Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 60-62; CAPPELLARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade Pré-Contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, que tive ocasião de orientar; PEREIRA, Regis Fichtner. *A Responsabilidade Pré-Contratual*. Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005; FRITZ, Karina Nunes. A Boa-Fé Objetiva e sua Incidência na Fase Negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado*, vol. 29, 2007, p. 201-237. Da mesma autora: A Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura Injustificada das Negociações. *Revista dos Tribunais*, vol. 883, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-56. No Direito português, além do já referido ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, e, em especial, *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984; e MOTA PINTO, Carlos Alberto da. A Responsabilidade Pré-Negocial pela Não Conclusão dos Contratos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. XIV, 1966, p. 143 e ss. No Direito francês, SCHMIDT, Joanna. La Sanction de la Faute Précontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, Dalloz, vol. 50, 1966, p. 72. Da mesma autora, La Période Précontractuelle en Droit Français. *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Societé de Législation Comparée, n. 2, 1990, p. 545-566.

questão fundamental, a saber: se um sujeito deu causa à nulidade de um contrato, deve ou não ressarcir o dano que a outra parte sofreu por haver confiado na validade do mesmo?

Nem a lei, nem a doutrina, davam resposta a esta questão. Não se conhecia, na lei alemã, uma cláusula geral de responsabilidade extracontratual – tal qual a consagrada nos artigos 1.382 e 1.383 do *Code Civil* (e que viria a ser consagrada no art. 159 do Código Civil brasileiro de 1916 e no art. 927 do Código Civil de 2002) – permitindo abranger nas regras que a disciplinam quaisquer danos patrimoniais, desde que presentes as demais condições da responsabilidade civil. Na época, não tinha paralelo na Alemanha a regra do art. 1.384 do *Code Civil*, «relativa à responsabilidade do lesante pelos atos dos seus auxiliares, que não consagra causas de exoneração do mesmo análogas às que vigoram no Direito delitual alemão».⁸¹ Ou o assunto era ignorado, ou os raros autores que a versavam respondiam negativamente, uma vez que, não tendo sido aperfeiçoado o contrato, não seria o caso de aplicar os princípios da culpa contratual, estando fora de questão recorrer à culpa aquiliana por não se configurarem os seus pressupostos. Por igual, não caberia a *actio doli*, uma vez que nem sempre o *dolus* era manifesto. Ora, «a iniquidade e a insuficiência prática de um tal resultado», concluiu Jhering, «saltam aos olhos».⁸² Para tanto, partiu Jhering da conjugação entre o interesse teórico e casos práticos, dentre eles uma questão pessoal – a encomenda de charutos, feita por Jhering a um amigo –, de modo a provocar a reflexão do jurista na busca de uma solução ao problema.

O famoso jurista havia pedido ao amigo, o qual estava de partida para Bremen, que encomendasse junto a um comerciante local um quarto de uma caixa de charutos. O amigo se enganou e encomendou quatro caixas. Estas lhe foram enviadas pelo comerciante, e Jhering as recusou. Ao mesmo tempo, questionou: o expedidor deveria custear o valor de duas expedições, ou poderia reclamar o reembolso, fosse ao intermediário, fosse ao próprio Jhering? A resposta que deu a si mesmo merece ser transcrita:

«Seria preciso, à força de submissão ao Direito Romano, ter sufocado toda a impulsão do sentimento jurídico sadio, para se contentar em dizer que, ausente o consentimento sobre a quantidade da mercadoria, o contrato não alcançara a perfeição, que portanto a ação contratual não seria absolutamente possível, e

81. Assim: VICENTE, Dário Moura. *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 256-257. No mesmo sentido, COUTO E SILVA, Clóvis do. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé: cours fait à la Faculté de droit et sciences politiques de St. Maur (Paris XII)*. Paris: [s.n.], 1988.

82. «A iniquidade e a insuficiência prática de tal resultado saltam aos olhos. A parte que incorre em culpa permanece isenta, e a parte inocente torna-se a vítima da culpa de outrem. Se efetivamente os princípios do Direito Romano conduzem a este resultado, pode-se acusá-los de apresentar uma sensível lacuna em tal matéria». (JHERING, Rudolph von. De la *culpa in contrahendo* ou des Dommages-Intérêts dans les Conventions Nulles ou Restés Imparfaites. Trad. francesa de O. de Meulenaere. *Oeuvres Choisies*. Tomo II. Paris: A. Marescq, 1893, p. 4, em tradução livre. No original: «L'iniquité et l'insuffisance pratique d'un pareil résultat sautent aux yeux. La partie qui est en faute reste indemne, et la partie innocente devient la victime de la faute d'autrui. Si réellement les principes du droit romain conduisent à un pareil résultat, on peut leur reprocher de présenter en cette matière une lacune sensible»).

que, de outra parte, as condições da *actio legis Aquiliae* não estavam presentes. Quem não percebe que é preciso aqui uma ação de perdas e danos?»⁸³

Jhering voltou-se, então, às fontes romanas⁸⁴ e percebeu a existência de casos nos quais era concedida tutela ao prejudicado em certas hipóteses de venda nula de um bem. Assim, as hipóteses, referidas por Modestino, de alienação de um *locus sacer* ou *religiosus* ou *publicus* sem que o vendedor comunicasse ao comprador que o bem era *extra commercium*, ou nos casos de vício na pessoa do vendedor, isto é, a falta de uma condição que este deveria garantir após concluído o contrato. Nestes casos, os textos romanos imputavam ao vendedor o *dever de conhecer o vício*, garantindo ao prejudicado uma *actio empti*,⁸⁵ a qual consistia em uma espécie de *actio ex contractu*.

Detectadas as fontes, ocupou-se do tormentoso problema da natureza jurídica do dever do vendedor de comunicar a causa da invalidade do contrato – ponto de relevantíssimo interesse ainda hoje, haja vista que, em panorama de Direito Comparado, a doutrina não é unânime ao qualificar a responsabilidade pré-contratual como responsabilidade contratual ou aquiliana, sendo frequente a afirmação de tratar-se de um *tertium genus*. Nesse ponto, Jhering não se limitou às fontes romanas. Embora dois textos afirmassem expressamente que, naqueles casos, o prejudicado poderia perseguir o seu direito por intermédio de uma ação contratual, apresentavam-se as questões de saber por que lhes era conferida uma ação contratual e como esta se conciliava com a nulidade do contrato.

Essas questões foram solvidas no segundo capítulo do ensaio – A justificação da teoria da *culpa in contrahendo* –, no qual anotou:

«A circunstância de que juridicamente o contrato não alcançou a conclusão nos confinaria necessariamente, ao que parece, no terreno do dano extracontratual, e, salvo se quiséssemos considerar a nossa ação como isolada e inexplicada, como uma anomalia jurídica, nós não teríamos outra escolha senão vinculá-la à *actio de dolo* ou à *actio legis Aquiliae*. A aplicação destas duas ações traz as mais sérias dificuldades. Ambas, com efeito, não poderiam ser empregadas sem que se fizesse abstração, na *actio de dolo*, do elemento *dolus*, e, na *actio legis Aquiliae*, da espécie particular de dano. Obter-se-ia, assim, uma terceira ação que teria o meio entre as duas outras, que demandaria, de uma, a culpa, de

83. No original: «Il faut, à force de soumission au droit romain, avoir étouffé toute impulsion du sentiment juridique saine, pour se contenter de dire que faute de consentement sur la quantité de la marchandise, le contrat n'est point venu à perfection, que partant l'action contractuelle n'est point possible, et que d'autre part, les conditions de la *actio legis Aquiliae* ne sont point réunies» (JHERING, Rudolph von. De la *culpa in contrahendo* ou des Dommages-Intérêts dans les Conventions Nulles ou Restés Imparfaites. Trad. francesa de O. de Meulenaere. *Oeuvres Choisies*. Tomo II. Paris: A. Marescq, 1893, p. 6, em tradução livre).

84. JHERING, Rudolph von. De la *culpa in contrahendo* ou des Dommages-Intérêts dans les Conventions Nulles ou Restés Imparfaites. Trad. francesa de O. de Meulenaere. *Oeuvres Choisies*. Tomo II. Paris: A. Marescq, 1893, p. 10-22.

85. JHERING, Rudolph von. *Idem*, p. 10-14.

outra, a regra segundo a qual a culpa extracontratual engendra de uma maneira absoluta uma obrigação de pagar perdas e danos.»⁸⁶

Descartada, assim, a natureza extracontratual da *culpa in contrahendo*, voltou-se à perquirição de uma possível natureza contratual. E, na resposta positiva que deu a esta indagação, é importante atentar à expressão grifada da passagem que acabei de transcrever, qual seja a *espécie particular de dano causado «in contrahendo»*. Ao explicar porque rejeitava a *actio de dolo*, Jhering realiza uma análise dos seus elementos internos em relação às diferentes repercussões que projetam nas relações jurídico-sociais, os quais são diversos numa relação extracontratual e numa relação contratual porque, nesta, ocorre uma qualificação promovida pela vontade:

«Um mau conselho, um aviso falso, uma recomendação, etc., dados sem intenção dolosa, não se anunciam exteriormente como um atentado à esfera jurídica de outrem, estes atos não constituem, *em si*, uma injustiça e não causam, *por si mesmos*, um dano; eles não adquirem, ao contrário, este caráter e esta influência senão pela relação que têm com a vontade das duas partes; assim, quanto ao réu, eles adquirem o caráter de *injustiça* pela *direção* maldosa de sua vontade, e, quanto ao autor, eles adquirem a *influência prejudicial* em razão da *determinação* de vontade que eles fizeram nascer.»⁸⁷

2. Culpa in contrahendo e teoria do contato social. Se ensaiarmos a análise desse texto prospectivamente, à luz da teoria do contato social,⁸⁸ perceberemos que Jhering rejeitava a ideia de atribuir-lhe natureza jurídica extracontratual porque os casos que a justificam implicam um grau elevado de «distância» entre os sujeitos do contato. A incidência do regime da responsabilidade contratual seria sustentável porque, gerando a vontade o grau mais elevado de proximidade social, o mau conselho, o falso aviso etc., só teriam relevo (produzindo dano)

86. JHERING, Rudolph von. De la *culpa in contrahendo* ou des Dommages-Intérêts dans les Conventions Nulles ou Restés Imparfaites. Trad. francesa de O. de Meulenaere. *Oeuvres Choisies*. Tomo II. Paris: A. Marecq, 1893, p. 23, em tradução livre, destaques meus. No original: «La circonstance que juridiquement le contrat n'est pas arrivé à perfection, nous confinerait nécessairement, à ce qu'il semble, sur le terrain du dommage extra-contractuel, et à moins de vouloir considérer notre action comme isolée et inexplicquée, comme une anomalie juridique, nous n'aurions que le choix de la rattacher à l'*actio de dolo* ou à l'*actio legis Aquiliae*. L'application de ces deux actions soulève les difficultés les plus sérieuses. Tout deux, en effet, ne pourraient être employées qu'à la condition de faire abstraction, dans l'*actio de dolo* de l'élément du *dolus*, et dans l'*actio legis Aquiliae* de l'espèce particulière du dommage. On obtiendrait ainsi une troisième action qui tiendrait le milieu entre les deux autres, qui emprunterait à l'une la *culpa*, à l'autre la règle que la *culpa* extra-contractuelle engendre d'une manière absolue une obligation à des dommages-intérêts».

87. JHERING, Rudolph von. *Idem*, p. 24, destaques originais. No original: «Un mauvais conseil, un faux renseignement, une recommandation etc., donnés dans une intention douloureuse ne s'annoncent pas extérieurement comme une atteinte à l'esphère juridique d'autrui, ces actes ne constituent pas, *en soi*, une injustice, et ne causent point *par eux-mêmes* un dommage; ils n'acquièrent, au contraire, ce caractère et cette influence que par le rapport qu'ils ont avec la volonté des deux parties; ainsi quant au défendeur, ils acquièrent le caractère d'*injustice* par la *direction* méchante de sa volonté, et quant au demandeur, ils acquièrent l'*influence préjudiciable* par suite de la *détermination* de volonté qu'elles ont fait naître».

88. Ver, *supra*, Capítulo III, §22.

entre pessoas que se encontrassem em certo grau de proximidade na escala do contato social. Como aludiu Jhering na passagem retrotranscrita, a culpa do lesante se configuraria como consequência da *direção* assumida pelo seu ato, e o prejuízo do lesado se plasmaria em direta razão da *determinação* da vontade que gerara o ato danoso.

Foi este raciocínio que conduziu Jhering a situar a *culpa in contrahendo* como espécie do gênero responsabilidade contratual. O texto o comprova:

«Este vínculo entre culpa e a relação contratual, podemos concebê-lo como *puramente exterior*, isto é, que a culpa em si mesma será extracontratual e encontrará somente na conclusão exterior do contrato a possibilidade de se realizar, sem ser, aliás, minimamente influenciada na sua natureza jurídica por esta ligação com o contrato. *Mas este vínculo é, na realidade, um vínculo interno; a culpa que aqui se apresenta é exatamente da mesma espécie daquela que nós encontramos somente nas relações contratuais.*»⁸⁹

Ora a culpa contratual, diferentemente da culpa aquiliana, é uma culpa «objetivada», posto que fundada na natureza da relação jurídica⁹⁰. E assim é porque resulta da *quebra de um dever concreto, específico*, e não de um dever genérico de a ninguém lesar (*neminem laedere*). Daí considerar que a *culpa in contrahendo* se configura no fato de ter sido ferido um dever específico, qual seja o do vendedor de conhecer as condições de validade do contrato e informar o comprador destas condições. Assim, incorre em *culpa in contrahendo* o vendedor que contrata «sem poder prestar as condições de validade do contrato em sua pessoa, e induz a outra parte em erro pela falsa aparência do contrato».⁹¹

A partir da construção dogmática de Jhering, restou introduzida na cultura jurídica e mesmo em várias legislações⁹² a ideia da configuração de *específicos deveres* situados na fase antecedente à da execução do contrato, bem percebendo Dário Moura Vicente – autor de trabalho comparatista acerca do tema

89. JHERING, Rudolph von. De la *culpa in contrahendo* ou des Dommages-Intérêts dans les Conventions Nulles ou Restés Imparfaites. Trad. francesa de O. de Meulenaere. *Oeuvres Choieses*. Tomo II. Paris: A. Marecq, 1893, p. 25, em tradução livre. Destaquei. No original: «Ce lien entre la *culpa* et le rapport contractuel, on peut le concevoir comme purement extérieur, c.-à-d. que la *culpa* même sera extra-contractuelle et trouvera seulement dans la conclusion extérieure du contract la possibilité de se réaliser, sans être d'ailleurs le moins du monde influencée dans sa nature juridique par cette liason avec le contrat. Mais ce lien est en réalité un lien interne; la *culpa* qui se présente ici est exactement de la même espèce que celle que nous rencontrons dans les rapports contractuels».

90. «Mas (...) os juristas romanos reduzem, frequentemente, a uma culpa do autor, uma responsabilidade fundada exclusivamente na natureza do repertório jurídico e inteiramente independente da conduta individual do culpado». (JHERING, Rudolph von. *Idem*, p. 34, em tradução livre. No original: «Mais (...) les juristes romains ramènent souvent à une *culpa* de l'auteur, une responsabilité fondée exclusivement sur la nature du rapport juridique et entièrement indépendante de la conduite individuelle du coupable»).

91. JHERING, Rudolph von. *Idem*, p. 38, em tradução livre, destaques do autor. No original: «Nous verons qu'elle consiste en ce que le vendeur contracte *sans pouvoir prester les conditions de la validité du contrat dans sa personne, et induit l'autre partie en erreur par la fausse apparence du contrat*».

92. Nas legislações, exemplificativamente, § 311 do Código Civil alemão; art. 26, primeira alínea, e 39, primeira alínea, do Código suíço das Obrigações; arts. 1.337 e 1.338 do Código Civil italiano; art. 227, n. 1, do Código Civil português; arts. 197 e 198 do Código Civil grego; e arts. 187 e 422 do Código Civil brasileiro.

– pertencer à responsabilidade por *culpa in contrahendo* uma inegável índole expansiva, de alguma sorte potenciada pela ideia, subjacente às decisões judiciais que consagram aquelas categorias de situações, de um genérico dever de responder pela defraudação da confiança alheia na válida constituição de uma relação contratual.⁹³

Efetivamente, em face da proximidade existente, na escala do contato social, entre os negociadores de um contrato, justifica-se reforçar, por via da imposição de deveres de proteção pré-contratual, a confiança que deve presidir o tráfico jurídico para que as relações económico-sociais possam se desenvolver com normalidade.⁹⁴ É para reforçar o vínculo de confiança instrumentalmente necessário ao correto desenrolar das tratativas pré-contratuais que se justificam os já mencionados deveres de proteção à esfera jurídica alheia (isto é: não causar danos a quem se «aproximou» pré-contratualmente) e de respeito à confiança investida nas negociações preliminares (informando corretamente; não suscitando falsas representações; não rompendo abruptamente as negociações já avançadas salvo se houver justa causa para tanto) Em outras palavras, está aí suposto – e considerado – o fato de o «contato pré-contratual» (ainda que não exitosamente concluído o contrato) determinar uma maior possibilidade de aproximação (e, portanto, de dano) entre os interesses e bens das partes, o que determina, conseqüentemente, uma mais acentuada responsabilidade dos que participam do tráfico negocial.

3. Desenvolvimento e expansão da doutrina da *culpa in contrahendo*.

Hoje, compreende-se que a responsabilidade pré-contratual abrange um alargado campo,⁹⁵ estendendo-se para além da hipótese do dever de declarar as causas de invalidade do futuro contrato para abranger, também, danos decorrentes do processo formativo por infringência a deveres de proteção, negativos (*e.g.*, de não revelar segredos; de não-lesar bens da outra parte da negociação) e positivos, em vista da do respeito à confiança investida (*e.g.*, deveres positivos de comunicação ou informação, custódia, de conservação do negócio⁹⁶),

93. VICENTE, Dário Moura. *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 250.

94. Assinalou PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 321: «O que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam relações jurídicas de confiança e não só relações morais» (destaques originais).

95. «A responsabilidade *in contrahendo* abrange uma multiplicidade de fenómenos demasiado complexa para se compaginar com o sintetismo dum dever único», afirma Mota Pinto, segundo o qual a diversidade dos deveres que daí decorrem radica na diversidade do comportamento a que as partes estão adstritas em cada um deles, na diversidade do nexo de imputação exigível para que a sua violação importe responsabilidade e, por fim, na diversidade das sanções que a lei faz corresponder a essas violações, configurando tal responsabilidade «um conceito compósito, uma abstracção doutrinal, um resumo de várias obrigações individualizadas pelo seu regime» (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *A Responsabilidade Pré-Negocial pela Não Conclusão dos Contratos*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. XIV, 1966, p. 158).

96. Vide BENATTI, Francesco. *A Responsabilidade Pré-Contratual*. Trad. portuguesa de Vera Jardim e Miguel Caero. Coimbra: Almedina, 1970, p. 47-102; e WESTERMANN, Harm Peter. *Código*

pois como assinalado por Pontes de Miranda, «os deveres de comunicação, de explicação e de conservação nascem da necessidade de confiança, no tráfico».⁹⁷ Abarca, ainda, situações em que não se tenha celebrado nenhum negócio por ruptura injustificada da fase negociatória ou decisória, desde que se tenha agido de modo a criar, na contraparte, a fundada expectativa de que o negócio seria realizado.⁹⁸

Em alguns sistemas, como o alemão e naqueles mais diretamente sob a sua influência, conquistou aceitação generalizada o ponto de vista segundo o qual as negociações contratuais, mesmo quando não conduzam à conclusão do contrato, geram entre as partes *uma relação de confiança análoga à relação contratual*, obrigando, porém, não a um prestar, mas a um dever de observância do cuidado necessário no tráfico.⁹⁹ Admite-se que o fato de entrar em negociações, e mesmo de entrar em contato em vista da conclusão de um futuro contrato, gera, entre os participantes das tratativas, um «vínculo jurídico particular» (*rechtliche Sonderverbindung*), uma relação pré-contratual de obrigação (*vorvertragliches Schuldverhältnis*) de onde derivam deveres cuja violação culposa é fonte de responsabilidade.¹⁰⁰ A «pedra angular», diz Bertrand de Conink, «repousa sobre a necessária relação de confiança dos negociadores».¹⁰¹ E, efetivamente, em razão desse fundamento, a figura abrange, além das negociações preparatórias estritamente compreendidas, qualquer contato antes do negócio, embora realizado em vista do negócio, como, por exemplo, verificou-se no «caso dos rolos do linóleo», em que foi acidentado o comprador que adentrara em uma loja, vindo a ser ferido pela queda de mercadorias que estavam mal acondicionadas.¹⁰²

Esses deveres são os de proteção à esfera jurídica do outro figurante e os de respeito à legítima confiança investida nas negociações. São especificados pelo interesse ao resguardo de informações sobre a pessoa e o patrimônio do outro polo negociador (informações, essas, normalmente advindas em razão das tratativas); sigilo acerca das informações obtidas, cabendo não revelar segredos

Civil Alemão - Direito das Obrigações, Parte Geral. Trad. de Armino Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983, p. 111 e ss. A doutrina italiana acolhe os três primeiros; o dever de conservação da integridade física da contraparte (*Sorgfaltspflicht*) é especialmente tratado pelos autores alemães, sendo célebre a jurisprudência do *Reichsgericht*, aqui já aludida, acerca do «caso dos rolos de linóleo» (*Linoleumsfall*, RGZ 78, 239). Assinala Arietti que a jurisprudência italiana mais recente tem conferido particular atenção aos deveres de informação diversos daqueles relativos à comunicação sobre as causas de invalidade do contrato (ARIETTI, Marina. *Responsabilità Precontrattuale*. *Rivista di Diritto Civile*, n. 6, Padova, Cedam, 1991, p. 731).

97. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 4.243, 2, p. 322.

98. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 303.

99. VICENTE, Dário Moura. *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 247.

100. DE CONINK, Bertrand. *Le Droit Commun de la Rupture des Négociations Précontractuelles*. In: FONTAINE, Marcel (Org.). *Le Processus de Formation du Contrat*. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du Droit Européen. Bruxelles e Paris: Buylant e LGDJ, 2002, p. 54.

101. DE CONINK, Bertrand. *Idem*, p. 54.

102. Assim o conhecido «caso dos rolos de linóleo» (*Linoleumsfall*), RGZ 78, 239.

de que veio o autor do dano a ter conhecimento em razão das negociações; dação de informação correta e adequada tendo em vista os fins da negociação em curso, incluindo, conforme o caso, esclarecimentos específicos, quando o outro negociador não teria possibilidade razoável de alcançá-los por modo diverso. Também se verificam pelo interesse à vedação ao escamoteamento de informações essenciais para a formação do consentimento da outra parte, ou emissão, culposa ou dolosa de informações, ou ainda sua distorção enganosa;¹⁰³ bem como pela vedação à contradição desleal podendo gerar, inclusive, como vem se referindo, o dever de não se retirar abruptamente das tratativas, sob pena de indenizar pelo interesse negativo. Abarcam, ainda, danos causados em razão de representação, nas situações apanhadas pela Teoria da Aparência.

Completam-se a referência com a distinção atinente ao *regime* da responsabilidade derivada da violação de tais deveres: as chamadas «relações obrigacionais sem deveres de prestação».¹⁰⁴ Estas suscitam deveres de conduta – como é o caso da relação pré-contratual – que são regidas, no sistema alemão, pela responsabilidade contratual. E essas ideias foram amplamente acolhidas no BGB renovado pelas reformas de 2000 e 2001.¹⁰⁵ Em razão dos enunciados do § 311 e seus incisos, a Lei Civil alemã expressamente considera que o contato

103. Vide §63.

104. Também nomeada como «relação obrigacional legal». Vide LARENZ, Karl. Culpa In Contrahendo, Dever de Segurança no Tráfico e «Contato Social». Trad. de Karina Nunes Fritz. *Revista de Direito Privado*, vol. 34, abr./2008, p. 343, também publicado em *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1191. Sustentava Larenz que deveria reger-se pelo regime da responsabilidade contratual os danos derivados de uma «relação obrigacional legal decorrente da negociação contratual ou de outros contatos negociais».

105. No dia 11 de outubro de 2001, depois de um processo legislativo complexo e sujeito a muitas críticas, foi aprovada a «Lei para a Modernização do Direito das Obrigações» (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts). Como explicita Menezes Cordeiro, essa veio alterar dezenas de parágrafos do BGB, consistindo no ápice de um processo de reformas iniciadas nos anos 80. Tocou, fundamentalmente, no regime da prescrição, da «perturbação das prestações», compra e venda, empreitada e mútuo (MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da Modernização do Direito Civil*. Tomo I. Aspectos Gerais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 69-70). Para o tema da responsabilidade pré-contratual interessa a alteração no regime da «perturbação das prestações», versando sobre danos ao interesse negativo («danos à confiança»), violação positiva do contrato, alteração das circunstâncias e a culpa in contrahendo. Hoje vigora o § 311 (Relações Obrigacionais negociais e semelhantes a negociais), que prevê:

«(1) Para o surgimento de uma relação obrigacional através de negócio jurídico, assim como para a alteração do conteúdo de uma relação obrigacional, é necessário um contrato entre os partícipes, enquanto a lei não contiver outra determinação» (conforme tradução de FRITZ, Karina Nunes. A Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura Injustificada das Negociações. *Revista dos Tribunais*, vol. 883, São Paulo, Revista dos Tribunais, maio/2009, p. 9. Também publicado em *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

«(2.) Uma relação obrigacional com deveres no sentido do § 241/1 surge também através de: 1. A assunção de negociações contratuais; 2. A preparação de um contrato pelo qual uma parte, com vista a uma eventual relação negocial, conceda à outra parte a possibilidade de agir sobre os seus direitos, bens jurídicos ou interesses, ou confia nela ou dá azo a contratos semelhantes a negociais.

(3) Uma relação obrigacional com deveres no sentido do § 24/2 pode também surgir para pessoas que não devam, elas próprias, ser partes num contrato. Uma tal relação obrigacional surge, em especial, quando o terceiro tenha assumido um determinado grau de confiança e com isso tenha influenciado consideravelmente as negociações contratuais ou a conclusão do contrato». (Conforme tradução de MENEZES CORDEIRO, António. *Da Modernização do Direito Civil*. Tomo I. Aspectos Gerais. Coimbra: Almedina, 2004, p. 112).

negocial, estabelecido entre as partes em função da preparação do negócio jurídico, gera uma relação jurídica obrigacional,¹⁰⁶ afirmando-se a existência de vinculação jurídica obrigacional entre os negociadores, embora ainda não haja, antes de concluído o contrato, vinculação jurídica *contratual*. Os negociadores não estão atados, pois, a deveres de prestação, mas estão ligados por deveres de proteção.¹⁰⁷ Havendo dano resultante da violação de deveres de proteção pré-contratual, surge pretensão à indenização.¹⁰⁸

O *Codice Civile* italiano versa a responsabilidade pré-contratual no art. 1.337, segundo o qual «as partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé».¹⁰⁹ Esta cláusula geral encontra uma particular especificação no art. 1.338, relativo ao dever de declarar as causas de invalidade do contrato, o qual, se infringido, causa o dever de ressarcir o dano causado àquele que «confiou, sem sua culpa, na validade do contrato».¹¹⁰ O que se indeniza é a confiança iludida.

A doutrina considera que «a relação dirigida à conclusão de um negócio torna-se fonte da obrigação de comportar-se com boa-fé *no momento em que surge para uma ou para cada uma das partes confiança objectiva na outra*».¹¹¹ Constitui «opinião generalizada que do dever pré-contratual de boa-fé decorre a

106. Assim: FRITZ, Karina Nunes. A Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura Injustificada das Negociações. *Revista dos Tribunais*, vol. 883, São Paulo, Revista dos Tribunais, maio/2009, p. 9. Também publicado em *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

107. FRITZ, Karina Nunes. A Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura Injustificada das Negociações. *Revista dos Tribunais*, vol. 883, São Paulo, Revista dos Tribunais, maio/2009, p. 9. Também publicado em *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

108. Além das hipóteses tradicionais de recesso injustificado das tratativas e dano na preparação (formação) de um contrato, o BGB acolhe a figura do «contato semelhante ao negocial», considerada «relativamente obscura» por Claus W. Canaris e criticada por ser «vaga e imprecisa». Vide, a propósito: ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (Orgs.). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. Na doutrina brasileira, FRITZ, Karina Nunes. A Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura Injustificada das Negociações. *Revista dos Tribunais*, vol. 883, São Paulo, Revista dos Tribunais, maio/2009, p. 9. Também publicado em *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

109. Art. 1.337 do *Codice Civile* italiano: «Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

110. Art. 1.338 do *Codice Civile* italiano: «La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto 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». Afirma Bessoni que «la genericità della formula dell'art. 1337 è infatti il prezzo che la norma paga per assicurare al rinvio a *buona fede* il senso di una clausola generale, *operativa anche nella zona dei casi che la serie delle norme di specie lascia scoperta*» (BESSONE, Mario. Rapporto Precontrattuale e Doveri di Correttezza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 983).

111. BENATTI, Francesco. *A Responsabilidade Pré-Contratual*. Trad. portuguesa de Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970, p. 30. A relevância da confiança como elemento essencial, para além do comando dos textos legislativos antes citados, está implícita – como acentua Benatti – «no próprio conceito de boa-fé objectiva reconhecida expressamente como norma dirigida à tutela da confiança de um sujeito na lealdade, na probidade, na correção de outro, com quem o primeiro entrou em relações negociais».

obrigação de não interromper as negociações preliminares sem justa causa»,¹¹² firmando-se a jurisprudência no sentido de que, para surgir a responsabilidade contratual (ou, mais amplamente, a responsabilidade pré-negocial) são necessários: a) a *razoável confiança da parte* – isto é, do participante nas tratativas – na futura conclusão do contrato; b) a ausência de um *justificado motivo* para a ruptura; e c) o *dano* decorrente da interrupção das negociações.¹¹³ O qualificativo do elemento «motivo» deve ser averiguado, nas concretas circunstâncias do caso.

O Código Civil francês não contempla preceito com a amplitude da cláusula geral tal qual a contida no art. 1.337 do Código Civil italiano, mas, em contrapartida, consigna a já referida cláusula geral da responsabilidade delitual (art. 1.382). Assim, a ruptura injustificada das negociações pré-contratuais ocasiona o nascimento de responsabilidade civil indenizável sob a forma da responsabilidade extracontratual imputando-se o dever de indenizar para sancionar o comportamento daquele que não se comportou segundo a boa-fé durante a negociação.¹¹⁴

Para a doutrina francesa majoritária, a culpa pré-contratual recai no regime geral da responsabilidade delitual, sem especificidades. Já para o direito belga, o reconhecimento do princípio geral da boa-fé como fonte autônoma de direitos e obrigações reclama progressivamente a atenção dos autores, admitindo-se que, em virtude do princípio, o julgador não se deve fixar num padrão abstrato de conduta devida pelos negociadores. Ao contrário, deve-se ater a uma apreciação baseada no que requereria a equidade numa situação semelhante.¹¹⁵ Não há, portanto, uma atuação autônoma do princípio da boa-fé como fundamento da responsabilidade pré-contratual: num caso, se apela à noção de negligência e, no outro, à de equidade. Porém, seria equivocado afastar-se integralmente, nesses sistemas jurídicos, a boa-fé como fundamento à responsabilidade pré-contratual, pois este princípio transparece ainda que de modo pontual.¹¹⁶

112. BENATTI, FRANCESCO. *A Responsabilidade Pré-Contratual*. Trad. portuguesa de Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970, p. 65, e BESSONE, MARIO. *Rapporto Precontrattuale e Doveri di Correttezza*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 1.007.

113. ARIETTI, Marina. *Responsabilità Precontrattuale*. *Rivista di Diritto Civile*, n. 6, Padova, Cedam, 1991, p. 731.

114. DE CONINK, Bertrand. *Le Droit Commun de la Rupture des Négotiations Précontractuelles*. In: FONTAINE, Marcel (Org.). *Le Processus de Formation du Contrat*. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du Droit Européen. Bruxelles e Paris: Buylant e LGDJ, 2002, p. 30-31.

115. Assim informa DE CONINK, Bertrand. *Le Droit Commun de la Rupture des Négotiations Précontractuelles*. In: FONTAINE, Marcel (Org.). *Le Processus de Formation du Contrat*. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du Droit Européen. Bruxelles e Paris: Buylant e LGDJ, 2002, p. 31-32.

116. Assim, por exemplo, no que diz com os deveres informativos pré-contratuais: muito embora a *obligation de renseignement* tenha nascido, por construção doutrinária e jurisprudencial, no terreno dos vícios do consentimento (erro e dolo, notadamente), pouco a pouco a doutrina e a jurisprudência francesas, mediante o recurso à noção de «reticência dolosa», vêm se inclinando à objetivação e consagrando a obrigação de informar em atenção à boa-fé. Para tanto, enquadra-se a informação devida entre os «deveres de cooperação» ínsitos ao tráfico negocial. «É a pré-existência à conclusão dos contratos de uma obrigação de informar lealmente», informa Patrice Jourdain, «que permitiu a sanção do silêncio com base no art. 1.116 do Código Civil, [mesmo] na ausência de qualquer manobra positiva e indepen-

O Código Civil português inseriu cláusula geral de boa-fé, no terreno pré-contratual, qual seja a do art. 227, segundo o qual «quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte».¹¹⁷

A doutrina anunciava residir o fundamento do instituto nos cânones da lealdade e probidade, tutelando-se «diretamente a fundada confiança de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé».¹¹⁸ Conquanto a jurisprudência tenha custado – ao menos até os anos 80 do século XX – a retirar todas as potencialidades desse dispositivo legal,¹¹⁹ uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de fevereiro de 1981,¹²⁰ veio, porém, alterar este panorama, fixando a mais alta corte portuguesa a interpretação a ser conferida ao art. 227, nos seguintes termos: «O princípio consagrado no art. 227, de que se deve negociar honestamente um contrato, emparelha, está em simétrica correspondência com o sancionado no n. 1 do art. 406 do mesmo Código, de que se deve cumprir honestamente (ou pontualmente) o contrato e a falta de observância desse, no fundo, mesmo, idêntico, princípio deve ter, logicamente, a mesma consequência: a de constituir quem não honestamente ou negocie um contrato ou deixe de o cumprir no dever de indemnizar quem, com

dentamente do erro que este determinava». (vide PICOD, Yves. *Le Devoir de Loyauté dans l'Exécution des Contrats*. Paris: LGDJ, 2007, p. 111 e GHESTIN, Jacques. *Le Devoir de se Renseigner*. Paris: Dalloz, 1983, p. 139. No original: «C'est la préexistence à la conclusion du contrat d'une obligation d'informer loyalement le cocontractant qui a permis la sanction du silence sur la base de l'article 1116 du Code Civil, en l'absence de toute manoeuvre positive et indépendamment de l'erreur qu'il déterminait»).

117. Ver, a propósito, as observações de COUTO E SILVA, Clóvis do. O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português. In: CAETANO, Marcello; MOREIRA ALVES, José Carlos; COUTO E SILVA, Clóvis do; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio (Orgs.). *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*. I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 66-67; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 297-312; do mesmo autor: *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984; e, ainda, MOTA PINTO, Carlos Alberto da. A Responsabilidade Pré-Negocial pela Não Conclusão dos Contratos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. XIV, 1966, p. 23 e ss.

118. Conforme ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 303.

119. Assim, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 24.

120. Processo 69021, Autos de Revista vindos da Relação do Porto. Transcrita por ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 13-19. Em síntese, a decisão foi proferida em litígio decorrente de contrato para a aquisição de estabelecimento comercial dedicado ao comércio de tecidos, onde trabalhavam treze costureiras. Durante as negociações, visando àquela aquisição, vieram as partes a acordar verbalmente a cessão de quotas da sociedade comercial, com o que a parte cessionária desistiu das encomendas para a estação, as quais já tinham sido feitas, mas ainda não estavam entregues pelos fornecedores, retirando-se do estabelecimento. Em razão desse acordo, passaram os pretensos cessionários não só a ocupar o estabelecimento como a geri-lo, dando ordens às empregadas, contactando com os fornecedores, utilizando as instalações telefônicas etc. Contudo, por se recusarem a outorgar a escritura de compra e venda do estabelecimento – instrumento indispensável para se fazer a cessão –, ingressaram os proprietários com a ação indenizatória, alegando infringência ao dever de lealdade e boa-fé na fase das tratativas negociais.

a sua conduta não honesta, venha a prejudicar». ¹²¹ Desde então, dúvidas não há sobre a amplitude da figura e sua ligação com o princípio da boa-fé.

Mesmo na tradição do *common law* – em que vige com particularmente acentuada força a fórmula do *self-government* em matéria contratual, consequência do ideal do *freedom of contract* –, certas regras, fundadas no dever de negociar *in good faith*, conduziram a resultados semelhantes aos alcançados nos sistemas civilísticos pela doutrina da *culpa in contrahendo*. Assim ocorre em especial no direito norte-americano, que, neste particular, desenvolveu a doutrina da *culpa in contrahendo* de forma autônoma em relação ao percurso adotado pela mesma no Direito inglês. ¹²²

Muito embora desde as primeiras décadas deste século a concepção de Jhering fosse versada na doutrina norte-americana, ¹²³ foi principalmente após a Segunda Guerra Mundial que os debates se tornaram acesos, aparecendo então estudos correlacionando a *culpa in contrahendo* aos deveres decorrentes da boa-fé. Como relata Daniela Caruso, nesta época, dando seguimento aos trabalhos de consolidação de alguns ramos do Direito Comercial, a Conferência Nacional para a Unificação das Leis Estaduais assumiu a missão de redigir o *Uniform Commercial Code*. Seguiu-se o *Restatement (second) of Contracts*. São invocados, todavia, como fundamento a sancionar a injusta ruptura das tratativas outros institutos, como, *e.g.*, o *promisory estoppel*, *unjust enrichment*, *misrepresentation*, *breach of confidence* e as figuras dos *implied and collateral contract*, para terminar com as soluções gerais oferecidas pela *law of torts*. ¹²⁴

De fato, desde 1964, com a publicação do trabalho de Friederich Kessler e Edith Fine na *Harvard Law Review*, ¹²⁵ «um clássico na reconstrução comparatística da *culpa in contrahendo*», ¹²⁶ esses autores, constatando que a doutrina da responsabilidade pré-contratual não tinha acolhida no direito norte-americano, demonstraram, ao apreciar as noções de boa-fé e de usos do tráfico negocial (*good faith and fair dealing*), como estas noções afetam as negociações preliminares por meio das doutrinas da *negligence*, da *estoppel* e da *implied contract*. ¹²⁷ Demonstraram, assim, que vários institutos tradicionais do Direito

121. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 17.

122. Veja-se, neste sentido, o estudo de CARUSO, Daniela. *La «culpa in contrahendo»*. Milano: Giuffrè, 1993, em especial p. 5-27.

123. Em especial os trabalhos de WILLISTON, Samuel. *The Law of Contracts*. New York: Baker, Voorhs & Co., 1920; e LLEWELLYN, Karl. *Our Case Law Offer and Acceptance*. *Yale Law Journal*, vol. 48, 1938, p. 779-790. *Apud* CARUSO, Daniela. *La «culpa in contrahendo»*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 9-13.

124. DE CONINK, Bertrand. *Le Droit Commun de la Rupture des Négotiations Précontractuelles*. In: FONTAINE, Marcel (Org.). *Le Processus de Formation du Contrat*. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du Droit Européen. Bruxelles e Paris: Buylant e LGDJ, 2002, p. 66-68.

125. KESSLER, Friederich; FINE, Edith. *Culpa in contrahendo*. Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract – A comparative study. *Harvard Law Review*, vol. 77, n. 3, 1964, p. 401 e ss.

126. CARUSO, Daniela. *La «culpa in contrahendo»*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 20.

127. KESSLER, Friederich; FINE, Edith. *Culpa in contrahendo*. Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract – A comparative study. *Harvard Law Review*, vol. 77, n. 3, 1964, onde anotado: «Modern contract law has gone far in reconciling freedom of contract and the 'police of certainty' of transactions with the dictates of good faith and business convenience» (p. 412).

norte-americano permitem suprir, funcionalmente, a carência de norma específica à responsabilidade pré-negocial, tal qual esta é construída, em outros sistemas jurídicos, a partir do princípio da boa-fé objetiva.

Finalmente, a responsabilidade pré-contratual também se faz presente na CISG, que prevê obrigações pré-contratuais de informação relativas às qualidades da coisa vendida ou à aptidão do contratante para executar o contrato.¹²⁸ Os deveres pré-contratuais de assegurar a segurança física do parceiro (em razão de produtos defeituosos que possam causar danos corporais) são regulados pela responsabilidade delitual.¹²⁹ E está plasmado o dever de não romper injustificadamente as tratativas (*pouparlers*), destacando Schlechtriem e Witz que eventuais deveres pré-contratuais protegendo o parceiro contra uma ruptura intempestiva atinem, em linha de princípio, ao campo de aplicação da Convenção.

Deve-se distinguir, contudo, entre uma ruptura no momento das tratativas propriamente ditas e no momento em que já feita uma oferta. Esta, assinalam Schlechtriem e Witz, é, em princípio, livremente revogável, mas sofre exceção – conduzindo à aplicação da Convenção – quando a ruptura das tratativas é consecutiva a uma revogação da oferta nos casos em que esta é irrevogável.¹³⁰

Cabe alertar, contudo, não haver unanimidade no entendimento segundo o qual a Convenção é aplicável ao período pré-contratual.¹³¹ Basicamente, distingue-se entre, de um lado, hipótese de ruptura dos *pouparlers* anterior à emissão de uma oferta que possa ser revogável, ou, ainda, quando ocorrente no curso de uma formação contratual por etapas sucessivas; e, de outro lado, a hipótese de uma ruptura já havendo oferta irrevogável. Mas mesmo os que admitem haver sanção ao rompimento das tratativas distinguem, pelos efeitos, alertando: «[c]omo a relação entre as partes [na fase das tratativas] não representa ainda um vínculo tão intenso quanto aquele que se encontra na oferta ou no próprio contrato, as perdas e danos devem englobar somente os danos emergentes e não considerar os lucros cessantes».¹³²

128. SCHLECHTRIEM, Peter; WITZ, Claude. *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*. Paris: Dalloz, 2008, p. 121.

129. SCHLECHTRIEM, Peter; WITZ, Claude. *Idem*, p. 46 e 121.

130. SCHLECHTRIEM, Peter; WITZ, Claude. *Idem*, p. 118.

131. Assim está em decisão da Corte de Cassação francesa, *in verbis*: Cour de Cassation. 00-10.243/00-10.949. Chambre Commerciale. Arrêt Alain Manoukian. Julgamento em 26 de novembro de 2003. «Convenção de Viena é silente quanto ao período das tratativas». Silêncio é: (a) exclusão do campo de aplicação; (b) lacuna (b.1) interna; (b.2) externa. Maioria da doutrina = lacuna externa a ser completada com aplicação do direito nacional designado pela regra do conflito de leis. Problemas de várias ordens, atinentes à falta de uniformização. Na doutrina, vide: SPAGNOLO, Lisa. *Opening Pandora's Box: Good Faith and Precontractual Liability in the CISG*, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/spagnolo.html#v>>. Acesso em 16.05.2015.

132. PIGNATTA, Francisco Augusto. *La Phase Précontractuelle sous l'Empire de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale et les Droits Français et Brésilien*. Strasbourg e Porto Alegre: Tese de Doutorado, Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion de Strasbourg, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, p. 441.

§ 46. A responsabilidade pré-contratual no Direito brasileiro

1. Proposição. Conquanto devam ser resguardadas as peculiaridades de cada um dos sistemas acima sinteticamente mencionadas, é correto afirmar que também no sistema brasileiro a abertura das tratativas impõe aos que dela participam deveres especiais, de fonte legal (imediatamente ou por via do princípio da boa-fé) sem que se verifiquem deveres de prestação em sentido técnico. Tanto assim é que danos injustamente causados ao *alter* na fase das tratativas podem dar ensejo ao dever de indenizar.¹³³ Este é regido, tal qual no Direito francês, pelo regime da *responsabilidade extracontratual*,¹³⁴ sendo a violação a direito ensejadora do dever de indenizar (Código Civil, art. 927) caracterizada pela quebra de especiais deveres de conduta, e não apenas o genérico dever de a ninguém lesar, imposto a todos que vivem em sociedade.

Sistematizando as hipóteses, a responsabilidade pré-contratual abarca: (a) o injusto recesso das tratativas; (b) danos causados à pessoa ou ao patrimônio durante as negociações; (c) a conclusão de contrato nulo, anulável ou ineficaz; (d) a ausência ou defeituosidade de informações que seriam devidas e pela falta culposa de veracidade de informações prestadas; (e) falsas representações na fase das tratativas, desde que culposas, não recaindo no dolo, que é abrangido por figura específica;¹³⁵ e (f) danos culposamente causados por atos ocorridos na fase das negociações, quando tenha sido validamente constituído o contrato.¹³⁶ De todas, é a hipótese do rompimento injustificado das tratativas que concentra o maior número de decisões jurisprudenciais. Logo, a atenção estará focada, na subsequente análise da jurisprudência, à essa hipótese, cujo exame poderá

133. Não se confunda a responsabilidade pré-contratual com a responsabilidade pelo inadimplemento de um pré-contrato, e isso por uma razão muito simples: pré-contrato, ou contrato preliminar, já é contrato (embora possa estar, como se viu, inserido na fase das tratativas, na formação progressiva do acordo definitivo). Logo, o inadimplemento de pré-contrato resulta em responsabilidade contratual, porque aquele constitui contrato que contém obrigação de fazer (contrair o contrato definitivo), sendo esta a obrigação descumprida. A questão se resolve, portanto, nos estritos lindes da responsabilidade contratual, podendo o prejudicado promover a execução forçada da obrigação (Confira-se, no NCPC: art. 566, I, correspondente ao 778 do CPC de 1973), e cabendo, em qualquer caso, perdas e danos (NCPC, art. 821; CPC/73, art. 638, parágrafo único;). Diferentemente, o espaço em que se move a figura da responsabilidade pré-negocial é o do «ainda-não-contrato» (definitivo), o da inexistência, ainda, de vinculação contratual, o espaço do «trato». Por isso não ocorre vinculação contratual, mas pode haver – se reunidas certas condições – vinculação jurídica, sob a forma do dever de não causar danos a quem confiou na seriedade das tratativas; ou confiou que informações ali aventadas não seriam jogadas ao mercado, ou a outros agentes.

134. A questão de saber se a responsabilidade pré-negocial – ou pré-contratual – obedece ao regime da responsabilidade extracontratual ou o da contratual é tormentosa nos diferentes sistemas. No Brasil, contudo, trata-se, em grande medida, de um falso problema, seja porque no âmbito do CDC verifica-se a unificação dos regimes jurídicos, seja porque no regime geral, do Código Civil, é tradicionalmente forte a aproximação entre ambos os regimes, embora não chegue a haver a unificação. Pontuei as diferenças existentes em: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*, vol. V. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

135. Trata-se do dolo antecedente. Código Civil, arts. 145 a 150.

136. Em sentido similar: PEREIRA, Regis Fichtner. *A Responsabilidade Pré-Contratual. Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 442, sistematizando as hipóteses em quatro grupos, correspondentes aos acima referidos (i), (ii), (iii) e (vi).

demonstrar, em caráter paradigmático, a atuação da boa-fé objetiva na fase das tratativas antecedentes à conclusão contratual.

2. A hipótese do injusto rompimento das tratativas. Ao se examinar a hipótese de recesso injustificado das tratativas, um ponto deve de início ser bem firmado: a reprovação, expressa no adjetivo «injustificado» decorre não do fato de o contrato não se ter concluído (pois, como se viu, o princípio reitor é o da liberdade de concluir, ou não, o contrato), mas do fato de um dos sujeitos ter causado ao outro danos em função da circunstância de ter-se gerado a expectativa, legítima, de que o contrato seria concluído, voltando atrás, abrupta e deslealmente. O que se veda é, portanto, a ruptura injusta porque violadora de confiança legítima, e, por isso mesmo, divorciada da conduta segundo a boa-fé.

Verifica-se o rompimento imotivado das negociações (também dito injusto recesso, recesso imotivado ou expressões similares) quando uma das partes, por seu comportamento, suscita na outra a certeza de que o negócio em tratativas será efetivamente concluído e posteriormente, sem motivo justo («justa causa»), abandona as negociações. Nesse caso, um ato em si mesmo lícito, qual seja, o ato de não declarar vontade de contratar, apresenta-se, na situação concreta, como um ato desleal, contrário ao dever de agir com lealdade e consideração pelos bens e interesses do parceiro, tal qual comanda a boa-fé objetiva.¹³⁷ É importante, portanto, atentar à adjetivação que acompanha a expressão «recesso» (ou «retirada», ou «rompimento»). *Injustificada* (ou injusta, ou ilegítima) é aquela ruptura traduzida em surpresa desleal, contradizendo o sentido sinalizado objetivamente por atos e comportamentos que apontavam à conclusão do contrato, sem que haja, para tanto, causa legítima. Afirma Almeida Costa: «O problema da legitimidade da ruptura não se reconduz, com efeito, à indagação sobre se o seu motivo determinante é ou não justificado do ponto de vista da parte que a efectuou, mas, antes, importa averiguar se, independentemente dessa valoração pessoal, ele pode assumir uma relevância objectiva e de per si prevalente sobre a parte contrária».¹³⁸

Para caracterizar-se o recesso injustificado há de existir, portanto, um «investimento de confiança», traduzido na legítima expectativa de ser a negociação conduzida segundo os parâmetros da probidade, da seriedade de propósitos, e comprovável por meio de elementos objetivos ou objetiváveis, racionalmente apreensíveis. Para que se produza a confiança, é evidentemente necessário que as negociações existam, que esteja em desenvolvimento uma atividade comum das partes, destinada à concretização do negócio. «É manifesto que nenhuma obrigação de indemnização surge se uma pessoa toma a iniciativa de proceder

137. FRITZ, Karina Nunes. A Responsabilidade Pré-Contratual Por Ruptura Injustificada Das Negociações. *Revista dos Tribunais*, vol. 883, São Paulo, Revista dos Tribunais, maio/2009, p. 9. Também publicado em: *Doutrinas Essenciais: Obrigações e Contratos*, vol. IV, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149.

138. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 62.

Ato
ver
cont
no se
cont
sent
objetiv
compot.

sozinha a estudos e despesas na elaboração de um projeto de contrato com a finalidade de submetê-la a outra que se recusa *in limine*, ainda que sem motivo, a entrar em negociações». ¹³⁹ E para que tal confiança seja qualificada como legítima, deve fundar-se em dados concretos, inequívocos, avaliáveis segundo critérios objetivos e racionais.

3. O recesso justificado. Se os negociadores sabem (ou devam razoavelmente saber) que as negociações poderão ser rompidas a qualquer tempo por qualquer dos sujeitos envolvidos, não se justifica alegar investimento de confiança em que as mesmas prosseguiriam até culminar na conclusão do contrato. Assim, para a configuração em concreto de uma situação de ruptura indevida, é preciso analisar com cuidado os dados de fato, bem como os usos do negócio e as práticas até então seguidas pelos negociadores. Caberá considerar, na formação do raciocínio, entre outros elementos, (a) como se desenvolvia o relacionamento pré-contratual; (b) eventual habitualidade do procedimento concretizando, assim, prática adotada pelas partes ou uso do tráfico jurídico; (c) a eventual pendência de condições; ¹⁴⁰ (d) outros elementos que evidenciem a potencialidade do comportamento da parte demandada a criar a expectativa fundada de que o contrato seria concluído; bem como (e) a inexistência de justa causa para o rompimento, cabendo lembrar que «a exigência de prova deve ser adequada às circunstâncias do negócio e às condições pessoais das partes». ¹⁴¹

Essas circunstâncias são de impossível tipicização legislativa prévia, razão pela qual a matéria vem versada, nos diferentes sistemas, por meio de cláusulas gerais ou de regras formuladas de modo aberto, ainda que contenham a especificação de determinadas hipóteses. É necessário o cuidadoso trabalho de conjugação entre a jurisprudência (que apreciará os casos concretos) e a doutrina (que buscará sistematizar as suas características gerais, auxiliando a interpretação).

4. Culpa in contrahendo e boa-fé. Entre nós, o tema da responsabilidade pela abrupta ruptura das tratativas é, há longos anos, objeto de dicção doutrinária e jurisprudencial. ¹⁴² Em seu genial *Tratado de Direito Privado*, nos meados do

139. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 56.

140. A proposta, como negócio jurídico que é, também pode ser sujeita a condição suspensiva (arts. 121-126 do Código Civil). Neste caso, o prazo de vigência da proposta conta-se a partir da eventual ocorrência da condição (art. 125 do Código Civil).

141. TJRS. Ap. Cív. 591028295. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Julgamento em 06.06.1991.

142. Relembre-se o pioneiro acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, de 20 de maio de 1959, publicado na *Revista dos Tribunais* 289/630, sobre a pretensão de uma atriz que, convidada a participar de um filme, foi dispensada do convite antes da celebração do contrato. A autora alegava que, convidada a tomar parte no elenco, fora combinado, inclusive, o papel que lhe caberia e a remuneração, tendo sido surpreendida, poucos dias antes do início das filmagens, ao saber que o papel fora destinado a outra atriz, invocando, como suportes do pedido, os arts. 159 e 1.553 do Código Civil e pedindo indenização tanto pelas despesas com vestuário – que teria sido adquirido à vista do convite – quanto pelo que teria deixado de ganhar com a recusa de outros contratos, à vista da expectativa de participar do aludido

século XX, Pontes de Miranda situava a fonte dos deveres pré-contratuais na *tutela da confiança*, a ser concretamente averiguada segundo os *usos do tráfico jurídico*, escrevendo:

«O que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam *relações jurídicas de confiança*, e não só *relações morais*. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato.»¹⁴³

É bem verdade que Pontes de Miranda não refere diretamente a boa-fé neste aspecto. Porém, a tangencia, ao tratar do que hoje sabe-se constituir a consequência de sua aplicação, situando a fonte da relação jurídica estabelecida entre os que entram em negociações nos deveres de *verdade*,¹⁴⁴ ou *esclarecimento*,¹⁴⁵ *atenção* (aos interesses alheios) de *comunicação*, de *explicação* e de *conservação*, os quais, por sua vez, «nascem da necessidade de confiança, no tráfico»¹⁴⁶ *i.é.*, deveres de proteção. Daí o conceito que atribui à *culpa in contrahendo*:

«*Culpa in contrahendo* é toda a infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo. O uso do tráfico cria tal dever, que pode ser o dever de verdade, o dever de diligência no exame do objeto ou dos elementos para o suporte fático (...), exatidão no modo de exprimir-se, quer em punctações, anúncios, minutas ou informes.»¹⁴⁷

O tema foi objeto de conhecida monografia de Antônio Chaves,¹⁴⁸ bem como de referências pontuais em outros autores.¹⁴⁹ Porém, só nas últimas décadas do

filme. Na defesa, alegaram os réus que o contrato não chegara a ser concluído porque o tipo físico da atriz não se adaptava ao papel, fato que só chegou ao conhecimento do diretor da fita após o roteirista ter demonstrado que a adaptação do papel ao tipo físico da atriz modificaria substancialmente o enredo. A decisão considerou ter-se configurado *justo motivo* para a ruptura, provado estava que os réus haviam comunicado à autora, ao fazer o convite, que a confirmação dependia da possibilidade de adaptação do roteiro ao seu tipo físico, tendo sido observado, como se vê, o dever de informação.

143. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 4.242 e 4.243, p. 321.

144. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Idem*, § 4.242, p. 320: «O fundamento está em que todos têm o *dever de verdade*, todos, nos negócios jurídicos, hão de comunicar o que sabiam ou deviam saber ao ser concluído o contrato. É o *dever de esclarecimento*, a *Erklärungshaftung*» (destaques do autor).

145. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Idem*, § 4.242, p. 320. «Por existir o *dever de verdade*, ou *dever de esclarecimento*, cria-se entre os figurantes relação jurídica, que impõe a quem negocia proceder como as pessoas honestas procedem» (destaques do autor).

146. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Idem*, § 4.242, p. 322.

147. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Idem*, § 4.242, p. 320-321.

148. CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

149. Exemplificativamente: GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

século XX é que passou a ser operada a sua recondução ao princípio da boa-fé objetiva e à atuação de deveres de proteção e de respeito à confiança legítima.¹⁵⁰

A explícita vinculação entre a responsabilidade pré-contratual e a boa-fé objetiva foi objeto da investigação de Clóvis do Couto e Silva, que, em 1967, já estabelecia a sua relação com a categoria do contato social,¹⁵¹ na perspectiva processual da relação obrigacional, fulcro de sua mais expressiva investigação no Direito Civil. Posteriormente, enfrentou o tema em parecer exarado a respeito de litígio judicial em que foi parte a Companhia Siderúrgica Mannesmann, anotando: «Na culpa in contrahendo os deveres que se violam não são os deveres principais, mas, sim, os deveres secundários, resultantes do imperativo de agir com boa-fé e lealdade».¹⁵² Conquanto a denominação «deveres secundários» não seja precisa, o texto já indica a percepção da *especialidade* desses deveres relativamente ao dever geral de *noeminem laedere*.

Na mesma linha de entendimento, embora fulcrado em campo específico – o da responsabilidade do Estado frente aos particulares em razão da prática de atos de planejamento econômico –, Almiro do Couto e Silva, nos anos 80, aludia à expansão, na Alemanha, da construção, doutrinária e jurisprudencial da responsabilidade pré-negocial, tanto no Direito Público como no privado, em razão da cláusula geral do § 242, «princípio supremo que informa todo o Direito das Obrigações, sendo fonte de deveres, quer na fase posterior ao contrato, quer na fase das tratativas».¹⁵³ O fato de a Administração Pública induzir os particulares a crer que tal ou qual medida seria adotada, incentivando-os a dirigir seus negócios em determinada direção, não gera, evidentemente, o dever do Poder Público de manter o plano, mas, em caso de dano comprovado, pode fundar o pedido indenizatório, com base no dever de boa-fé incumbente também à Administração.

Por sua vez, no início dos anos 90, verberava Antonio Junqueira de Azevedo ser boa-fé objetiva «norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes», aduzindo: «o pensamento, infelizmente ainda muito difundido, de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual deve ser definitivamente afastado. É preciso que, na fase pré-contratual, os candidatos a

150. Como, por exemplo, os casos retratados na primeira edição deste livro, quais sejam o *caso dos tomates* e o *caso do posto de gasolina*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 473-480. PEREIRA, Régis Fichtner. *A Responsabilidade Pré-Contratual. Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura das Negociações*. Coimbra: Almedina, 2005; VICENTE, Dário Moura. *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2001; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005; CAPPELLARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade Pré-Contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

151. COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 75-76.

152. COUTO E SILVA, Clóvis do. A Companhia Siderúrgica Mannesmann. Parecer. *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 5, n. 13, 1975, p. 207.

153. COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade do Estado por Problemas Jurídicos Decorrentes do Planejamento. *Revista de Direito Público*, vol. 65, p. 29.

contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações etc.».¹⁵⁴

O direcionamento do instituto da responsabilidade pré-contratual à boa-fé é justificado. As notas de relevo estão no elemento temporal (fase das tratativas) e na causação de um dano patrimonial em razão da violação a uma confiança legitimamente investida. A ilicitude, pressuposto geral da responsabilidade civil, estará, em regra, no modo de exercício dos direitos: quando este for exercitado em manifesta contrariedade à boa-fé (Código Civil, art. 187), por importar, etiologicamente, na infração à confiança legítima.

A atenção às circunstâncias é particularmente relevante no caso da responsabilidade derivada da ruptura das negociações, uma vez que, aí, dois dos elementos apenas analiticamente cindíveis, que a constituem – a ruptura *injustificada* e a confiança *legítima* que foi fraudada pela ruptura –, só se evidenciam *in concreto*. Cabe, pois, atentar às sinalizações oferecidas pela jurisprudência, oferecendo a crítica colaborativa.

Verdadeiramente paradigmático da atuação da boa-fé no período das tratativas negociais é o *caso da concessionária BMW*.¹⁵⁵

A ação indenizatória fora intentada por Cosfarma – Produtos Cosméticos e Farmacêuticos Ltda., contra a BMW do Brasil, postulando danos materiais e morais em decorrência de injustificada ruptura de tratativas pré-contratuais. Segundo a autora, em meados de Julho de 1997, fora publicado no Jornal «A Crítica», de Manaus (Amazonas), o seguinte anúncio:

«Se você também confia no Brasil, mande um fax para o presidente. Uma empresa demonstra realmente que acredita num país quando investe nele. É o que o Grupo BMW está fazendo agora. Convocando novos parceiros para ampliar sua Rede de Revendedores Autorizados BMW e Land Rover em todas as regiões e estados brasileiros. Se você também confia no Brasil e quer crescer com a BMW, mande um fax para nosso presidente: (011) 533-1771. Você vai descobrir que vender BMW e Land Rover é um negócio tão bom como comprar.»

154. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade contratual no Direito Comum. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 18, 1996, p. 4. Na doutrina mais recente: PEREIRA, Regis Fichtner. *A Responsabilidade Pré-Contratual. Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 199-206; FRITZ, Karina Nunes. A Boa-Fé Objetiva e sua Incidência na Fase Negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista de Direito Privado*, vol. 29, 2007, p. 201-237. Da mesma autora: A Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura Injustificada das Negociações. *Revista dos Tribunais*, vol. 883, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 9-56.

155. STJ. REsp 1051065/AM. Terceira Turma. Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 22.02.2013.

Motivada por essa mensagem e otimista quanto à possibilidade de obter a concessão ofertada e instalar uma concessionária BMW em Manaus, a Cosfarma endereçou correspondência à BMW formalizando o seu interesse em candidatar-se à referida concessão. Esta, em ato contínuo, na pessoa do seu diretor-presidente, enviou correspondência fazendo uma explanação sobre os seus novos investimentos no Brasil, como também, a respeito da concessionária sediada em Manaus, destacando o objetivo de vendas, o lucro, o valor do investimento e demais particularidades. Conseqüentemente, a Cosfarma enviou à BMW o material que lhe fora solicitado para fins de avaliação da sua candidatura.

Como resposta, BMW informou sua intenção de oferecer-lhe a concessão, anunciando que o processo de avaliação havia sido concluído com resultado positivo, como seria informado oficialmente pela empresa de consultoria contratada por ela – BMW – e responsável pela análise, pedindo ao final, o agendamento de uma reunião para assinatura do respectivo contrato de concessão. Seguiram-se vários atos negociatórios (como a viagem para Manaus do diretor-presidente da Cosfarma, para conhecer os sócios e executivos da BMW, a discussão de detalhes da negociação e trocas de correspondências marcando reuniões em Manaus e em São Paulo), até que finalmente, em 03.12.1997, a Cosfarma foi comunicada oficialmente pela empresa BCCI Business Connections & Consulting, Inc., do resultado da avaliação da sua candidatura de adesão à rede BMW. Essa pedia, ainda, a remessa em seu favor da quantia de R\$ 75.000,00, indicando Banco, agência e conta para tal fim. Mais alguns dias se passaram, e Cosfarma foi convidada pela BMW para participar da reunião geral dos revendedores BMW e Land Rover, a ser realizada em São Paulo. Mas, em seguida, ainda antes dessa reunião, foi «desconvidada», sendo comunicada, subseqüentemente, da existência de um processo de reavaliação «para perfeita adequação às novas metas e objetivos». E, finalmente, em março de 1998, foi informada pela BMW do cancelamento do contrato de concessão da revenda BMW.

Mais três meses se passaram até aparecer na imprensa especializada notícias sobre uma fraude que teria sido promovida pelo presidente da BMW, agindo em nome desta e no exercício de suas atribuições de executivo e representante da mesma, com a divulgação do lançamento de uma campanha publicitária fraudulenta. Era exatamente o que ocorrera com a Cosfarma, inclusive com o «detalhe» do pagamento de R\$ 75.000,00 à empresa de consultoria indicada.

Acionada novamente pela Cosfarma, a BMW, por meio de seu novo diretor-presidente, formulou pedido de desculpas, sem, no entanto, manifestar intenção de devolver os valores despendidos por aquela.

Instaurada a lide, a defesa da BMW se concentrou na inexistência de vínculo obrigacional entre as partes que pudesse ensejar eventual pedido de indenização. E aduziu: «[m]esmo que verdadeira fosse a intenção de buscar ampliar a rede de concessionários da marca BMW, nenhum contrato chegou a ser celebrado e a forma expressa é obrigatória, como dispõe a Lei 6.729/1979. A aprovação de um candidato a concessionário não implica, necessária e obrigato-

riamente na contratação. Quando muito gera uma expectativa de direito, não um direito cujo cumprimento possa ser exigido de modo compulsório». Segundo essa argumentação, estava, pois, a BMW no legítimo exercício da liberdade de não-contratar.

Em primeiro grau, o pedido foi julgado procedente. Examinando o conjunto probatório decidiu o juiz por estar caracterizada a responsabilidade pré-contratual entre as partes, não se podendo negar «que as negociações, por si próprias, constituem uma forma de vinculação jurídica especial». E, com fundamento no art. 186 do Código Civil, julgou procedente o pedido, condenando a BMW a pagar à autora a quantia de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), por danos materiais e R\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais) por danos morais.

Contudo, o Tribunal local deu parcial provimento ao apelo da BMW para excluir a condenação pelos danos morais, dentre outros pedidos.

Os autos subiram ao STJ para a apreciação, dentre outros itens, da alegação da BMW de não configuração dos requisitos da responsabilidade extracontratual, estando violado o artigo 160, I, do Código Civil de 1916 (art. 188, I, do CC/2002), pois não houvera «nenhum ilícito em exigir o pagamento preliminar de R\$ 75.000,00 e não ter avançado nas negociações».

O aresto, porém, confirmou a condenação. Louvado em lições doutrinárias e atentando aos elementos da prova produzida quando da apreciação do caso pelas instâncias inferiores, o STJ esclareceu: «Ao que se tem, portanto, diante do quadro fático soberanamente analisado pelas instâncias ordinárias, restaram comprovados: o consentimento prévio mútuo, a afronta à boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo das tratativas, o prejuízo e a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido». E concluiu: «Na espécie, a responsabilidade pré-contratual discutida não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material».

A mencionada decisão é exemplar por sua imersão nas circunstâncias concretas (traduzidas na cuidadosa decisão de primeira instância, atenta à prova, como deve sempre ser enfatizado quando da concretização de «normas vagas»), e posterior recondução aos parâmetros traçados pela doutrina em sua função orientadora. Serve, assim para mostrar que, inobstante os óbices da Súmula 7 do STJ, a concreção do princípio da boa-fé, em todas as suas manifestações, há de estar atenta à diretriz da materialidade da situação jurídica subjacente.

Já o *caso do posto de gasolina*¹⁵⁶ revela com nitidez a importância de uma adequada qualificação jurídica dos fatos – pois continuamente confunde-se a

156. STJ. REsp 32942/RS. Quarta Turma. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 25.10.1993. DJ de 13.12.1993, assim ementado: «Direito Civil. Pactum de Contrahendo. Configuração. Retirada Arbitrária. Necessidade de Constituição em Mora do Devedor da Prestação. Obrigação de Indenizar. Indenização Abrangente de Todas as Parcelas Devidas. (...) Manifestada Expressamente por Ambas as Partes a Intenção de Formalizar Contrato de Locação de Posto de Serviços, a Dependência de Condição Suspensiva a Cargo do Proponente-Locatário, Sem Termo, Formalizou-se o

responsabilidade contratual, derivada do rompimento de contrato preliminar concluído na fase das tratativas e a responsabilidade pré-contratual por recesso injustificado das tratativas, sendo certo que o prefixo «pré» e o adjetivo «preliminar», podem causar alguma confusão: quando conotados ao substantivo «contrato», indicam a existência de verdadeira obrigação contratual (e, portanto, no caso de sua violação, à responsabilidade contratual), mas quando conotados ao termo «negociações» podem apontar à responsabilidade pré-contratual.

No caso, pessoa física (o proponente locatário) e a distribuidora de gasolina Shell vinham ajustando a conclusão do contrato de distribuição. A Shell enviara ao proponente carta (dita «carta proposta») nos seguintes termos: «Pela presente vimos confirmar os entendimentos verbais mantidos, no sentido de lhe ser dada preferência, ou a empresa de que V.Sa. faça parte, para operação de posto de serviços a ser construído na BR 392 – KM 9, caso venha a se concretizar a negociação que mantemos com o Sr. José Trilho Otero Jr. para compra do terreno ali situado».

Ocorre que a pessoa física não preencheu, posteriormente, certas condições mínimas que haviam sido postas pela distribuidora. Assim, a Shell decidiu proceder contratação com terceiro, motivando a propositura de ação indenizatória pela contraparte.

A sentença de primeiro grau foi procedente, acolhendo o pedido indenizatório pelo fato do recesso injustificado das tratativas, bem como o reembolso de valores investidos à contratação, condenando-se integralmente a Shell a indenizar. Reconheceu-se ter sido criada a expectativa de que o negócio seria celebrado. A desistência da distribuidora foi qualificada como «injustificada e arbitrária».

O TJRS reformou parcialmente a decisão, reduzindo o *quantum* indenizatório ao reembolso das despesas efetivamente efetuadas, desconsiderada, dessa forma, a verba indenizatória atribuída em primeiro grau ao rompimento injustificado das tratativas. De fato, a *obrigação de reembolsar* não se confunde com a *obrigação de indenizar*, só essa última tendo como causa um ato ilícito. Ressaltou-se não ter sido ilícita a retirada porque o autor não preencheria as condições para a contratação que vinham sendo estipuladas durante as tratativas. Assim, foi reconhecido como devido o reembolso das despesas feitas em vistas da esperada contratação, mas não a indenização pela ruptura, considerada, então, legítima.

Contrato Preliminar, não sendo Lícito a Preponente-Locadora Contratar Locação de Posto com Terceiro sem Constituir em Mora Aquele, quanto ao Implemento da Condição Avençada. II – A Contratação, Nesses Termos, Constitui Retirada Arbitraria, Hábil a Ensejar a Indenização por Perdas e Danos a Ela Concernentes». O caso está parcialmente relatado em MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 477. Outros elementos, deduzidos do acórdão do STJ, vieram modificar em parte as considerações então por mim procedidas, sobre o acórdão do TJRS. Ap. Cív. n. 591017058. Quinta Câmara Cível. Relator Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgamento em 25.04.1991.

Não se fez, contudo, a distinção sobre a questão de saber se o caso tratava da violação de deveres pré-contratuais ou do inadimplemento de contrato preliminar com eficácia sujeita a condição suspensiva.

O Superior Tribunal de Justiça acompanhou a decisão de segundo grau, estabelecendo, porém, o cerne da discussão, qual seja: «[a] avaliação de ser ou não a carta documento hábil a comprovar a formação entre as partes do *pactum de contrahendo*». Para tanto, assinalou, cumpriria «definir o valor jurídico da manifestação de vontade contida no documento». E, do exame efetuado, concluiu não se tratar de meras tratativas, mas de contrato preliminar firmado *sub conditione*: a Shell havia estabelecido requisitos (inclusive de idoneidade financeira) e condições a serem atendidas e estas não o foram. Com base em lições de Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro fundamentou-se estar «concluído o *pactum de contrahendo*, com condição e sem termo». Confirmou-se, assim, embora aduzindo outros fundamentos, a decisão de 2.º grau, negando o pedido de execução do contrato, pois não se pode «exigir da distribuidora que entregasse a operação do posto a quem não se apresentava com os requisitos de idoneidade financeira exigidos».

Todavia, tendo sido reconhecida a existência de contrato (o contrato preliminar), para desfazê-lo caberia a constituição em mora do particular. Assim, conjugando-se um fato imputável ao autor (não implemento de condição a ser preenchida) e outro imputável à Shell (ter faltado com o dever de constituir em mora a pessoa física, antes de contratar com terceiro), reconheceu-se a ilicitude do comportamento da distribuidora consistente na contratação com terceiro quando ainda não desvinculada do contrato pré-existente. A indenização limitou-se à «recomposição dos gastos efetuados» para que a contratação fosse efetivada, isto é, ao dano emergente, considerado o interesse negativo. E a referência ao princípio da boa-fé foi, a rigor, despicienda: o caso solucionou-se pelas regras legais atinentes ao inadimplemento contratual.

No *caso da empresa de eventos desiludida*,¹⁵⁷ foi adequadamente traçada a relação entre a responsabilidade pré-contratual e o princípio da boa-fé, dando-se solução à lide, porém, pelo regime da responsabilidade contratual.

Fora ajuizada demanda indenizatória por empresa de eventos contra empresa varejista em face do rompimento abrupto das tratativas – já em fase avançada – para a realização de evento que comportava a montagem de espaço comercial. A alegação fundava-se na violação ao princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, devido à frustração da expectativa do contrato.

Em primeiro grau de jurisdição, os pedidos foram julgados improcedentes, sob os fundamentos, em síntese, de que «o relacionamento entre as partes se manteve na esfera de orçamento e projeto», e de que não teria havido sequer definição de preço. Porém, a sentença foi reformada pelo Tribunal de origem para acolher o pedido indenizatório, sob o fundamento de as negociações esta-

157. STJ. REsp. 1367955/SP. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 18.03.2014. DJ de 24.03.2014.

belecionadas entre as partes darem «como certa a realização do evento e criaram indubitosa expectativa da contratação».¹⁵⁸ No STJ, apontou o Ministro Relator para a «questão central da controvérsia diz[endo] respeito à responsabilidade dos contratantes na fase pré-contratual». E esclareceu: «A solução dessa controvérsia demanda, necessariamente, a aplicação de um dos princípios fundamentais do Direito Privado, o princípio da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes ao longo de todas as fases da relação obrigacional».

Na análise *in concreto* da operatividade do princípio da boa-fé, sublinhou sua incidência «desde a fase de formação do vínculo obrigacional, antes mesmo de ser celebrado o negócio jurídico pretendido pelas partes», pois do contato social emanam deveres jurídicos, cuja violação importa responsabilidade civil. Na espécie, as partes haviam avançado nas negociações em vista de realizar evento denominado «a maior loja de informática do Brasil», programado para junho de 2005 e orçado em R\$ 1.075.000,00. Reuniram-se por diversas vezes, trocaram vários e-mails, foi realizada visita técnica pela empresa de eventos que também elaborou memoriais descritivos e, segundo alegou, iniciou a contratação de terceiros, efetuando despesas da ordem de R\$ 200.000,00. O evento, porém, foi adiado e, posteriormente, cancelado pela empresa varejista, não tendo havido a formalização de um contrato.

Segundo a análise do Tribunal de origem, o comportamento das partes, teria criado na empresa de eventos a «indubitosa expectativa» de o contrato vir a ser celebrado, fato que, na iminência do evento, justificaria o início da contratação de terceiros (prestadores de serviço) antes mesmo da formalização do ajuste.

Bem lembrando que nem sempre o negócio jurídico surge abruptamente (razão pela qual «a alegação, suscitada no recurso especial, de inexistência de negócio jurídico entre as partes não impressiona»), e fundado no cenário fático delineado pelo Tribunal *a quo*, bem como em orientação doutrinária, o julgador concluiu ter o abrupto cancelamento do evento pela empresa varejista ter ofendido o princípio da boa-fé objetiva, gerando responsabilidade pré-contratual. E esclareceu:

«[A] inexistência de negócio jurídico não libera as partes dos deveres de cooperação, devendo atuar com honestidade, lealdade e probidade, não isentando de responsabilidade aquele que atua em desrespeito a esse padrão ético de conduta». Logo, a vítima terá direito ao ressarcimento do prejuízo – isto é, ao assim chamado interesse contratual negativo – «quando possa provar que, confiando no estado das negociações, incorreu em despesas, que não teria enfrentado, se tivesse podido prever que o contrato não se teria concluído ou, então, perdeu ocasião ou recusou ofertas outro tanto (ou mais) vantajosas, provindas de outra pessoa, sofrendo assim um prejuízo».¹⁵⁹

158. Conforme Relatório no STJ. REsp. 1367955/SP. Terceira Turma. Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento em 18.03.2014. DJ de 24.03.2014.

159. Assim a fundamentação do acórdão, com referência a: CAPPELLARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade Pré-Contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

Quanto à definição do regime jurídico da responsabilidade – se o contratual ou o extracontratual – o aresto apresentou posição peculiar, determinando o seguimento do regime contratual, seguindo, nesse passo, o entendimento expresso na doutrina nacional por Luiz Roldão de Freitas Gomes.¹⁶⁰ O raciocínio construiu-se a partir da localização do art. 422 do Código Civil, inserto no Título V (dos Contratos em Geral), não no Título III, que trata dos «atos ilícitos», especificamente, dos ilícitos absolutos, daí sendo retirada a conclusão segundo a qual «por opção legislativa, a responsabilidade civil decorrente de ruptura de tratativas tem natureza contratual», com o que a questão do *dies a quo* para o cômputo dos juros de mora resolve-se a partir da citação.

O raciocínio conducente a tal fundamentação deduz a hipótese da responsabilidade por ruptura indevida das tratativas por inferência do texto do art. 422 do Código Civil. Este, porém, nenhuma referência expressa no tocante à responsabilidade pré-contratual e, ademais, está localizado no Título atinente à relação contratual. Penso ser tecnicamente mais adequado construir o raciocínio a partir do enunciado no art. 187 do mesmo Código, em combinação com o art. 927, caput. Nesse último caso, a ilicitude estaria situada no *exercício jurídico* (i.e., retirada das tratativas, que é modalidade de exercício de direito subjetivo). Havendo dano derivado diretamente do exercício manifestamente contrário à boa-fé, há dever de indenizar (Código Civil, art. 927), seguindo-se o regime da responsabilidade civil extracontratual já que não se trata de inadimplemento a contrato.

A violação à boa-fé é o fundamento, porém, não tal qual apanhada no art. 422, mas no art. 187 do mesmo Código Civil, combinadamente ao art. 927. Trata-se de sancionar a ilicitude consistente no exercício jurídico *disfuncional*, porque há disfuncionalidade ao manejar-se a liberdade de não-contratar em prejuízo manifesto à confiança legitimamente despertada no parceiro das negociações pré-contratuais. Os deveres violados pelo exercício jurídico disfuncional são os de proteção, não os de prestação, porque ainda não há um «prestar».

5. Síntese conclusiva. A noção de obrigação como processo veio por um foco de luz na fase das tratativas – por longo tempo submergidas em uma espécie de *limbo jurídico* –, permitindo distinguir entre o contrato (fonte de relação jurídica de onde derivam direitos e obrigações contratuais) e um não-contrato que não é, todavia, um «nada» para o Direito: pelo contrário, a fase *polimorfa* que antecede ao nascimento de uma relação contratual pode ser povoada (mormente nas operações comerciais e societárias mais complexas) por diversas figuras com naturezas e eficácias distintas. Por esta razão a fase das tratativas exige cuidadoso juízo de qualificação por parte do intérprete.

Desde a fase das tratativas, as partes estão adstritas a agir conformemente aos deveres em cada caso deduzidos da concretização de comportar-se segundo

1995, p. 109.

160. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 264 e ss.

Yerituaie no exercício disfuncional, pois há

deveres
ameixos
de tratativas
prestação

a boa-fé. Embora na fase das tratativas não esteja ainda configurada obrigação em sentido técnico, correlativa à pretensão a um direito de crédito e ainda que não haja contrato – sendo a liberdade de romper as tratativas a regra –, pode existir entre os interessados uma *relação jurídica obrigacional de fonte legal, sem deveres primários de prestação*. Esta relação projeta *deveres de proteção* cuja violação pode, conforme as circunstâncias, gerar o dever de indenizar – no Direito brasileiro, sob o regime da responsabilidade extracontratual –, quando o dano resultar da infração de «especiais situações de confiança».¹⁶¹

Isso porque, na fase pré-contratual, o princípio da boa-fé atua na criação de deveres de proteção e correção do exercício jurídico, pautando o modo como se hão de desempenhar direitos subjetivos e posições jurídicas. Nessa fase, os deveres que decorrem da boa-fé incidirão, ou não, em virtude das concretas circunstâncias do caso. Se incidirem, e quando incidirem, terão o efeito de levar o julgador a *declarar a existência de vinculabilidade jurídica*¹⁶² entre as partes para o efeito de reconhecer a existência de deveres de proteção e de respeito à confiança legitimamente depositada. Não há *obrigação*, não há dever de prestação, mas pode se ter configurado a existência de *dever jurídico* de proteção, quando do contato social qualificado. A solução se limitará ao pagamento das perdas e danos pelo interesse negativo, isto é, aquilo que o indenizado perdeu e deixou de ganhar por não ter concluído o contrato,¹⁶³ mas, de modo algum, incluindo o que ganharia se o contrato tivesse sido formado.

§ 47. Fase da execução contratual: a boa-fé *in executivis*

1. Proposição. A palavra «execução» designa um tipo de atividade que realiza «alguma coisa já existente em abstrato», ou seja, uma atividade que «segue um desenho», traduzindo-o em atos.¹⁶⁴ Quando conotada ao termo «contrato», a palavra execução tem o sentido de um conjunto de ações teleológica e vinculativamente direcionadas para a produção de efeitos jurídicos *coerentes* com o que foi desenhado ou planejado no acordo contratual.¹⁶⁵ Trata-se, portanto, do

161. Na doutrina brasileira v. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A Boa-Fé e a Violação Positiva do Contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75-120 (com a denominação de «deveres laterais»); e ainda, na doutrina portuguesa, CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Contrato e Deveres de Protecção*. Coimbra: Almedina, 1994, e *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

162. Atente-se à distinção, acima apontada, entre vinculabilidade e vinculação. A ideia de «vinculabilidade» ata-se ao conceito de relação jurídica sem deveres de prestação da fase pré-contratual, e não ao específico conceito de vinculação jurídica, decorrente da proposta recebida e não mais passível de revogação.

163. MARTINS-COSTA, Judith. Responsabilidade Civil Contratual. Lucros Cessantes. Resolução. Interesse Positivo e Interesse Negativo. Distinção entre Lucros Cessantes e Lucros Hipotéticos. Dever de Mitigar o Próprio Dano. Dano Moral e Pessoa Jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs.). *Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo*. Reflexões sobre os 10 anos de Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 562-569.

164. As imagens estão em: GIAQUINTO, Adolfo Di Majo. *L'Esecuzione del Contratto*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 2.

165. Desenvolvi essa ideia em: MARTINS-COSTA, Judith. Contrato. Conceito e Evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Orgs.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 37-55.