

Periódicos utilizados:

- Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) - coord.: ANA ELISA LIBERATORE S. BECHARA
Revista de Arbitragem e Mediação (RArb) - coord.: ARNOLDO WALD
Revista de Direito Ambiental (RDA) - coord.: SÍLVIA CAPPELLI E ELÁDIO LECEY
Revista de Direito Bancário (RDB) - coord.: ARNOLDO WALD
Revista de Direito Civil (RDCiv) - coord.: RUBENS LIMONGI FRANÇA
Revista de Direito Do Consumidor (RDC) - coord.: CLAUDIA LIMA MARQUES
Revista de Direito Do Trabalho (RDT) - coord.: DOMINGOS SÁVIO ZAINAGHI
Revista de Direito Mercantil (RDM) - coord.: WALDÍRIO BULGARELLI
Revista de Direito Privado (RDPriv) - coords.: NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY
Revista de Processo (RePro) - coord.: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER
Revista do IASP (RIASP) - coord.: ELIAS FARAH
Revista Tributária (RTrib) - coord.: EDVALDO PEREIRA DE BRITO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Responsabilidade civil, v.2 - Direito de obrigações e direito negocial / Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery organizadores. -- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2010.

"Edições especiais Revista dos Tribunais".
ISBN 978-85-203-3718-9

1. Direito civil - Brasil 2. Responsabilidade (Direito) 3. Responsabilidade civil I. Nery Junior, Nelson. II. Nery, Rosa Maria de Andrade. III. Série.

10-09001

CDU-347.51

Índice para catálogo sistemático: 1. Responsabilidade civil : Direito civil 347.51

EDIÇÕES ESPECIAIS

REVISTA DOS TRIBUNAIS

100 anos

DOUTRINAS ESSENCIAIS

RESPONSABILIDADE CIVIL

Volume II

DIREITO DE OBRIGAÇÕES
E DIREITO NEGOCIAL

- OBRIGAÇÕES E CONTRATOS • REPARABILIDADE
- ATIVIDADES DE RISCO • VALOR DA INDENIZAÇÃO

NELSON NERY JUNIOR
ROSA MARIA DE ANDRADE NERY

Organizadores

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

REHME, Paul. *Geschichte des Handelsrechtes, Sonderausgabe aus dem Handbuch des gesamten Handelsrechts herausgegeben von Victor Ehrenberg Erster Band (1913)*, O. R. Reiland, Leipzig, 1914.

SAVATIER, René. *La théorie des obligations*. 4. ed. Paris, 1979.

SÊNECA. *Lettres a Lucilius*, Livros I a XX. Trad. Henri Noblot. Paris: Les belles lettres, 1991.

SNELL, Bruno. *A cultura grega e as origens do pensamento europeu*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2001.

TURNER, Ralph. *Las grandes culturas de la humanidad*. Trad. Francisco A. Delpiane e Ramón Iglesia. México, 1948.

VARRO, Marcus Terentius (Varrão). "De linguæ latina". *Collection des auteurs latins avec la traduction en français*. Dirigido por M. Nisard. Paris: Librairie de Firmin-Didot et Cie., 1883.

_____. "De linguæ latina". Tradução para o inglês de Roland G. Kent, in Loeb Classical Library, n. 333, Londres, 1003 (reimpressão).

VICO, Giambattista. "Principii di scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni". In Julián Marías. *La filosofia en su textos*. t. II, p. 1.400-1.442.

3

A BOA-FÉ NAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

Advogado em São Paulo.

Revista de Direito Civil • RDCiv 16/1981 • abr.-jun./1981

1. Na moderna teoria dos contratos, ganham crescente relevância jurídica as negociações preliminares. A experiência prática da vida negocial indica que as tratativas visando futura conclusão do acordo de vontades representam um dado freqüente e significativo, a que o direito não poderia efetivamente permanecer alheio. O tema é fértil e atraente, merecendo justificada atenção da doutrina. Dentre suas inúmeras implicações, que comportariam estudo ordenado, metódico e abrangente, salientaremos, nestas linhas, tão-somente um aspecto particular do problema, que nos parece todavia condensar certas perspectivas fundamentais da matéria. Com efeito, a consideração da boa-fé nas negociações preliminares encerra vasta gama de preocupações, determinando efeitos concretos no tocante ao comportamento das partes, em seu relacionamento pré-contratual.

2. Sob esse ângulo, será importante referir as concepções individualistas e liberais que dominaram, por muito tempo, a doutrina contratual e que, assentadas no princípio clássico da liberdade de 'contratar, relegavam a plano absolutamente secundário, a problemática das negociações preliminares. No que se refere às responsabilidades das partes no período das tratativas, predominava a atitude de indiferença, de tal sorte que a frustração dos entendimentos preparatórios não incidia em qualquer sanção explícita da ordem jurídica. Inatingido o objetivo do vínculo obrigacional, nenhuma relevância se atribuía ao procedimento dos interessados, ficando conseqüentemente desamparadas as expectativas rompidas. Não se poderia falar em culpa contratual pelo simples fato de que, dado

o insucesso das tratativas, não se teria estabelecido o consenso formativo do contrato. E só a muito custo se admitiria na espécie, a culpa aquiliana, como fundamento das reparações devidas à parte prejudicada pela interrupção ou cessação dos pactos em vias de formação, tendo em vista a dificuldade em caracterizar esse procedimento como ilícito e, portanto, como de terminante da responsabilidade delitual ou quase-delitual.

3. Cabe distinguir, nesse particular, situações fáticas e jurídicas perfeitamente individualizadas, mas freqüentemente confundidas em seus conceitos fundamentais e em seus desdobramentos concretos. Enquanto a carência de força vinculante caracteriza as negociações preliminares às quais é estranha a obrigação de contratar, os denominados contratos preliminares, considerados tipos contratuais autônomos, incluem, por definição, a obrigação de as partes concluírem, posteriormente, os contratos definitivos, já inteiramente determinados quanto ao seu conteúdo e elementos essenciais. Assim, às negociações preliminares, por sua própria natureza, repugna logicamente qualquer tentativa de execução específica; se ainda não há consenso, não há como supri-lo mediante recursos às vias jurisdicionais. Já no contrato preliminar, admite-se a execução específica, se não no plano concreto e em caráter absoluto, pelo menos no plano lógico, em virtude da predeterminação das vontades confluentes.

4. Estabelecidos sumariamente esses traços fundamentais, volta-se nossa atenção às conseqüências jurídicas da interrupção ou cessação das negociações preliminares. Pode-se dizer que, na evolução do problema, tornou-se necessário, por motivos de equidade, superar o dogmatismo absoluto da autonomia da vontade, expressa no postulado da liberdade de contratar. Se é verdade que tal imperativo não justificaria a conversão de meras intenções em declarações afirmativas de vontade, não é menos certo afirmar-se que exigências éticas, amplamente reconhecidas com o correr dos tempos, acabaram por determinar certo grau de responsabilidade reparatória à parte que sem motivo justo interrompe ou faz cessar o estágio das negociações preliminares. Nesse caso, excluía embora, por necessidade natural, a possibilidade de execução específica, afirmou-se gradativamente o princípio indenizatório, capaz de amparar os interesses da parte inocente, eventualmente prejudicada.

5. O centro do problema está precisamente no equilíbrio entre as partes que pretendem contratar, o que significa, em outras palavras, que a parte injustificadamente arrependida poderia infringir, com a recusa em contratar, preceito fundamental do ordenamento positivo e informador de toda a sistemática obrigacional: o princípio que veda a causação de prejuízos à outra parte (*neminem laedere*). A expressão desse princípio se encontra no art. 159 do Código Civil brasileiro de 1916. O dever de não

prejudicar a outrem, no dizer de José de Aguiar Dias, é norma fundamental de toda sociedade civilizada (*Da Responsabilidade Civil*, Forense, 6.^a ed., 1979, II/110), correspondendo, na clássica afirmação de Ripert, a uma regra de moral elementar (*La Regle Morale dans les Obligations Civiles*, ed. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 4.^a ed., 1949, p. 198). Segundo a concepção individualista e liberal, que converteu em dogma absoluto a liberdade de contratar, a recusa de uma das partes em concluir o acordo de vontades constituiria o exercício regular de um direito - o direito de não contratar. Como tal, esse procedimento absolveria a parte de qualquer ilicitude (Código Civil brasileiro de 1916, art. 160, I) e, portanto, haveria de exonerá-la da responsabilidade pelos danos sofridos pela outra parte. Mas, ainda sob o influxo da regra moral, a teoria do abuso de direito veio afastar semelhante impunidade. O *nemine laedit qui suo jure utitur* conflitaria com o *neminem laedere*, de valor moral e social mais elevado (cf. Aguiar Dias, *op. cit.*, II/105) e, portanto, o exercício irrestrito do direito de não contratar - exacerbação do axioma da autonomia da vontade - cedeu o lugar ao imperativo de ressarcir os danos injustificadamente causados à outra parte.

6. A experiência italiana é, nesse ponto, altamente ilustrativa. Antes do Código Civil de 1942, ares tos da Cassação explicitavam proposições fundamentais, cujo sentido mais tarde viria a se incorporar ao ordenamento positivo. Em 1936, a Cassação já proclamava que "se a culpa contratual pressupõe o contrato já acabado, por incidir sobre sua execução, não é entretanto menos verdade que nas fases preparatórias as partes devem se comportar com a diligência ordinária". Mas essa orientação jurisprudencial, colhida por Loi e Tessitore (*Buona Fede e Responsabilità Precontrattuale*, Giuffrè, Milão, 1975, p. 7), haveria de culminar, em linha evolutiva, com a afirmação da mesma Corte, em 1941, no sentido de que "os princípios de boa-fé devem presidir as estipulações dos acordos" (d. autores, obra e local citados). O Código Civil de 1942 consagraria logo mais essa elevada diretriz, ao dispor, em seu art. 1.337, que "as partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem se comportar segundo a boa-fé".

7. Assim, superadas as concepções individualistas e liberais, os modernos ordenamentos positivos passaram a acolher francamente o conceito da *culpa in contrahendo*, que representa precisamente o estabelecimento de limitações ao princípio da liberdade das partes no desenvolvimento das tratativas ou negociações preliminares. A autonomia da vontade, no tocante à ampla e indiscriminada liberdade de contratar, sofre assim oportuno temperamento de ordem ética, em que a boa-fé representa, inegavelmente, um fundamento de valor moral, acolhido, no

entanto, pela norma legislada. Nesse novo contexto, surge a relevantíssima temática da responsabilidade pré-contratual; em verdade, já em 1911, Roubier lançara as bases do problema, com o seu *Essai sur la responsabilité précontractuelle*.

8. Se aprofundarmos o exame da justificativa dessa responsabilidade, verificaremos que a caracterização da *culpa in contrahendo* pode se apresentar, sob certo aspecto, como fundamento suficiente para motivar o dever de indenizar a parte inocente na ruptura das tratativas. Tal dever poderia igualmente encontrar sua fonte na teoria do abuso de direitos. A invocação da boa-fé seria, dessa forma, mera alternativa de explicação racional do dever de indenizar e não, necessariamente, sua razão única e exclusiva (d., a respeito, Orlando Gomes, *Contratos*, Forense, 7.^a ed., 1979, p. 70). Na verdade, porém, apesar de sua relativa imprecisão conceitual, a noção da boa-fé, como fundamento de dever de indenizar a parte inocente, parece mais adequada e completa do que qualquer outra, no que diz respeito à caracterização da deslealdade da parte que, sem motivo justificado, abandona as negociações preliminares e que, em decorrência de mero capricho, vem a frustrar justas expectativas da outra parte. Segundo o expresso testemunho de Francesco Benatti, na doutrina e jurisprudência italiana, prevalece a idéia de que a violação do dever de boa-fé, imposto pelo art. 1.317 às partes em tratativas, é fonte de responsabilidade extracontratual, decorrente da aplicação do princípio *neminem laedere* ("La Responsabilità Precontrattuale", Giuffrè, Milão, 1963, p. 119).

9. No Direito brasileiro, a nosso ver, não se pode recusar o caráter aquiliano da responsabilidade pré-contratual. Mas a falta, em nosso ordenamento positivo, de dispositivo exatamente equivalente ao art. 1.337 do Código Civil italiano de 1942 pode gerar dúvidas a respeito do fundamento do dever indenizatório que incumbe à parte que, sem motivo, frustra a celebração do contrato, interrompendo ou fazendo cessar as negociações preliminares. Seria a boa-fé o único e irreduzível fundamento desse dever indenizatório? Antônio Chaves, após dissecar teorias a respeito, afirma que a grande disparidade de opiniões evidencia não ser possível construir uma justificativa da obrigação de reparar danos de ordem pré-contratual sob qualquer ponto de vista unitário. Explicando tal conclusão, aquele civilista a submete à simples razão de que a responsabilidade pré-contratual é decorrente de uma situação de fato para a qual concorrem fatores que diversificam caso por caso, não permitindo, a subordinação a um único princípio teórico, renitentes como são a qualquer classificação rígida (*Responsabilidade Pré-contratual*, Forense, 1959, p. 149).

10. Na verdade, porém, a boa-fé, no sentido de lealdade e confiança recíprocas, é princípio básico e inafastável da teoria dos contratos, que

norteia o comportamento ideal das partes que pretendem contratar. Daí porque, em última análise, a violação do dever da boa-fé representa, a nosso ver, o pressuposto da chamada responsabilidade pré-contratual, constituindo a única condição do dever de indenizar que se encontra na base de toda e qualquer lesão patrimonial decorrente da interrupção ou cessação injustificadas das negociações preliminares. Outros fundamentos podem se somar à violação do dever da boa-fé, mas esta nos parece sempre subjacente às situações apontadas. Se é verdadeira a assertiva de Ripert de que, no momento de formação do vínculo obrigatório, exige-se o mútuo respeito da boa-fé (*op. cit.*, p. 297), parece claro e irrecusável que o mesmo princípio haverá de dominar todo o procedimento de formação do consenso volitivo, desde o contato inicial entre as partes até a conclusão do contrato. E será ainda a boa-fé elemento constante a presidir todo o relacionamento contratual, no tocante à execução regular das disposições acordadas. Não se tratará apenas de princípio utilizável na interpretação do contrato, mas de verdadeira norma de conduta a determinar, na expressão do Código Civil alemão, que as partes contratantes ajam com lealdade e confiança recíprocas (v. Orlando Gomes, *ob. cit.*, p. 46).

11. Parece-nos assim que a boa-fé da parte prejudicada pela interrupção ou cessação injustificadas das negociações preliminares é pressuposto básico e irreduzível do dever de indenizar, atribuído à parte culpada. Se, nas tratativas, impõe-se que ambas as partes ajam de boa-fé, a violação desse dever por uma delas, em detrimento da outra, e sem escusa justa, é condição para o nascimento do ônus reparatório. Não verificado esse pressuposto, inexistirá o direito à indenização. Dessa forma, se a parte prejudicada não se comportou, nas negociações preliminares, de seu lado, com a exigível boa-fé, não terá título ou justificação para pleitear da outra a composição de seu eventual prejuízo. A essa conclusão se chega, inclusive, através do exame do art. 94 do Código Civil brasileiro de 1916. Com efeito, se a parte prejudicada tinha conhecimento de fatos ou circunstâncias que impediriam a celebração do contrato pela outra, não poderá por certo argüir a sua boa-fé, face ao rompimento unilateral das tratativas, desde que, como é óbvio, determinado por tais fatos ou circunstâncias. A questão se torna mais complexa quando, durante as negociações preliminares, torna-se previsível por uma das partes o cancelamento das tratativas pela outra. Nessa hipótese, será difícil, se não impossível, fixar regras apriorísticas, pois somente a aferição concreta de cada caso em particular poderá resultar na configuração da boa-fé do futuro contratante, ou seja, de sua legítima expectativa de atingir efetivamente o consenso conclusivo do contrato. A possibilidade de revogação dos entendimentos em curso existirá sempre. Mas o grau do risco de materializar-se tal revogação será um dado fundamental para o equacionamento do problema,

desde que do pleno conhecimento da parte frustrada pela não celebração do contrato.

12. Dessas considerações decorrem outras, igualmente importantes. Durante as negociações preliminares, a confiança recíproca entre as partes é, como ficou visto, uma exigência natural. Mas não se deve inferir, desse dado, que cada parte possa se eximir de todo e qualquer dever de diligência na investigação da sinceridade da outra. Sumárias declarações de intenções podem não ser suficientes para a plena caracterização da boa-fé dos interessados. Antes, deverão eles, muitas vezes, exigir-se reciprocamente demonstrações de sua respectiva capacidade e aptidão para chegarem à instauração efetiva do vínculo obrigacional. Atitudes estáticas podem denotar até mesmo imprudência na continuação dos entendimentos preparatórios. Para que se caracterize plenamente a boa-fé, a ser futuramente invocada em caso de rescisão das tratativas, um mínimo de diligência será exigível da parte interessada. Muito embora, em tese, a malícia não se presuma, não é menos verdade que somente poderão ser consideradas fundadas e razoáveis as expectativas de celebração do contrato quando elementos mínimos de probabilidade estejam disponíveis ao interessado, em razão de sua diligente iniciativa. Não se pode dizer, assim, que a inércia da parte contratante seja compatível ou conciliável com sua boa-fé. Esta, a nosso ver, deve ser entendida em sentido dinâmico, como estado psicológico marcado pela vigilância exigível em condições normais, tendo em vista a natureza e as características do contrato contemplado, o tipo de interesses em jogo e as circunstâncias especiais que possam cercar a outra parte.

4

O OBJETIVO DE TRANSPARÊNCIA E O REGIME JURÍDICO DOS DEVERES E RISCOS DE INFORMAÇÃO NAS DECLARAÇÕES NEGOCIAIS PARA CONSUMO

ALCIDES TOMASETTI JR.

Professor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Revista de Direito do Consumidor • RDC 4/1992 • out.-dez./1992

SUMÁRIO: 1. Do objetivo de transparência ao modelo da informação eficiente - 2. Função normativa do artigo 4.º, CPDC, e direito subjetivo à informação eficiente - 3. O dever de informação eficiente nas declarações negociais para consumo. Excurso e retomada - 4. A fórmula "melhor consumir até..." Assentamentos conceituais. Conseqüências dogmático-jurídicas da interpretação textual.

1. Do objetivo de transparência ao modelo da informação eficiente

No art. 4.º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90), dentre outros, está, como objetivo - no sentido teleológico ou finalístico da palavra - a consecução de transparência no mercado de consumo.

A confirmar uma sentença sagazmente cabocla de um economista e político eminente - quando escreveu que "o Brasil parece particularmente vulnerável à perversão de objetivos"¹ - por conta de um erro mecânico na redação última do texto legal, encontra-se, no *caput* daquele art. 4.º, no lugar de "transparência", a palavra "transferência".

1. Roberto Campos, "Anatomia do estatismo", in *Além do Cotidiano*, Rio, ed. Record, 1985, p. 13.