

RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL: a violação da boa-fé objetiva pela ruptura abrupta e injustificada das negociações¹

GABRIEL NAJFELD STANTON²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade civil pré-contratual na modalidade de violação da boa-fé objetiva pelo rompimento abrupto e injustificado das negociações preliminares. Ainda, visa a, de início, identificar os momentos decisivos na vida dos contratos, partindo da etapa pré-negócio jurídico, buscando diferenciar as tratativas da proposta, indo em direção à conclusão e execução. Propõe-se a dissertar acerca da incidência da boa-fé objetiva e de seus deveres anexos na vida dos contratos. A partir desses elementos, apresenta o embate existente entre os princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva por uma análise histórica, a fim de examinar a tensão entre ambos no estágio das negociações preliminares. Por derradeiro, procura elencar os pressupostos para a qualificação da *culpa in contrahendo* pelo recesso das tratativas.

Palavras-chave: Responsabilidade civil pré-contratual. Boa-fé objetiva. Negociações preliminares. Ruptura.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, os dois momentos mais valorizados pelo Direito na vida do contrato eram o tempo da formação e de sua execução. Contudo, a vida social e empresarial passou a exigir semelhante atenção para outros períodos, como a fase pré-contratual.

A partir da complexidade dos negócios jurídicos, sujeitos observaram a necessidade de haver um estágio de tratativas, visando à aproximação recíproca

¹ Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelo Prof. Dr. Daniel Ustároz (Orientador), pela Prof. Laura Antunes de Mattos e pela Prof. Liane Tabarelli Zavascki, em 25 de junho de 2015.

² Acadêmico do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: gabriel@stantons.com.br

para posterior análise de formulação de proposta. Consolidado nas vias legais, doutrinárias e jurisprudências que a proposta é vinculante, razão pela qual, se aceita pelo oblato, o proponente pode ser responsabilizado se não cumpre com o proposto. As tratativas, entretanto, não vinculam as partes nelas envolvidas. Apesar disso, há negociações que, por estarem tão fortemente entabuladas, criam nas pessoas a legítima expectativa de conclusão do negócio jurídico e, quando interrompidas ilegitimamente, levam a pessoa a pleitear responsabilização da contraparte.

Do quadro exposto, abordar-se-á a *culpa in contrahendo* pelo recesso abrupto e injustificado das tratativas. Para melhor compreensão do objeto de estudo, identificar-se-ão, exordialmente, os momentos decisivos na vida dos contratos, de modo a delimitar o espaço compreendido pela conclusão e execução do negócio jurídico, bem como das suas etapas anterior e posterior, ou seja, das negociações preliminares e do estágio pós-contratual.

Também serão abordados no trabalho os aspectos históricos da responsabilidade civil pré-negocial, iniciando pelas conclusões proposta por Rudolph von Jhering, pioneiro no tema em comento, que, diante da problemática posta – como o errante responderia pelo dano que, por sua culpa, causou ao outro sujeito – buscou no Direito romano a fonte para sua resposta; passando para os tempos atuais, a fim de identificar a incidência da *culpa in contrahendo* no ordenamento jurídico pátrio.

Após, analisar-se-á a incidência do princípio da boa-fé objetiva, construído a partir da cláusula geral inscrita no art. 422 do Código Civil, em todas as etapas contratuais, inclusive durante as tratativas, de maneira a verificar sua aplicabilidade também nessa etapa, uma vez que o dispositivo em comento indica tão somente a observância do princípio na conclusão e na execução do contrato.

Em seguida, averiguar-se-á o embate entre os princípios da autonomia privada, compreendido nas suas duas formas – liberdade de contratar e liberdade contratual – e da boa-fé objetiva, com vistas a caracterizar possibilidade de o sujeito interromper as negociações preliminares sem por isso ser responsabilizado. Outrossim, examinar-se-á se, por estar no campo de sua autonomia, decidir não contratar ensejará sua responsabilização. Para responder aos questionamentos, far-se-á digressão histórica para haja compreensão da constitucionalização do Direito civil e ingerência do público sobre as relações privadas.

Por derradeiro, aprofundar-se-á no cerne do trabalho, com escalação dos pressupostos para qualificação da responsabilidade pré-negocial pelo rompimento abrupto e injustificado das negociações preliminares e, como forma de aproximar teoria da prática, analisar-se-á jurisprudência brasileiro no tocante ao tema.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL E BOA-FÉ OBJETIVA

Consoante a opinião doutrinária majoritária, no Brasil, a responsabilidade civil pré-contratual, especialmente a relativa ao rompimento abrupto e injustificado das tratativas, está calcada na violação dos deveres anexos da boa-fé objetiva³.

Para a melhor compreensão do assunto, faz-se necessário iniciar o estudo pelos conceitos basilares que envolvem o tema, começando pelos momentos decisivos na vida dos contratos, a fim de avaliar a etapa antecedente à formação do negócio jurídico, para que após seja possível analisar pormenorizadamente o descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

2.1 Os momentos decisivos na vida dos contratos

Ao longo da história do Direito, muitos foram os conceitos sugeridos pela doutrina para o fenômeno contratual.

Por ilustração, contrato, no entendimento de Orlando Gomes, é “uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na *formação*, por exigir a presença pelo menos de duas *partes*. Contrato é, portanto, *negócio jurídico bilateral*, ou *plurilateral*”⁴. Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira, é o “acordo de vontades, na conformidade da lei, e com finalidade de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”⁵.

³ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012; PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual**: aplicabilidade ao Direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais**: direito do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4: Contratos de consumo. p. 25-34.

⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v.3: Contratos. p. 7.

Conquanto o clímax da relação obrigacional seja a conclusão do contrato, diversas etapas pretéritas, que revelam o caráter não estático desse processo de formação, devem ser ultrapassadas, a fim de que o negócio seja perfectibilizado.

Traduzindo a ideia de que a formação contratual não é estática, mas um desenrolar de atos sucessivos e coligados, Clóvis do Couto e Silva cunhou pela primeira vez no Brasil a expressão “obrigação como processo”, para “sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”⁶. Percebe-se, pois, que é necessário um desencadeamento de ações, que, inter-relacionadas, tendem a um fim: a formação do contrato, que, por sua vez, objetiva ao cumprimento das obrigações nele previstas⁷.

Enquanto a proposta e a aceitação são indispensáveis para a formação do contrato, não se pode afirmar o mesmo das negociações preliminares, na medida em que o negócio jurídico pode surgir instantaneamente da aquiescência da oferta sem que as tratativas tenham, sequer, ocorrido⁸. Passa-se, assim, à análise de cada uma das etapas pretéritas à conclusão do negócio jurídico e, em seguida, à distinção de cada um desses institutos, não só por ser o escopo do trabalho a caracterização da responsabilidade civil decorrente da interrupção abrupta e injustificada das tratativas – momento em que ainda não ocorreu a concretização da oferta –, mas também por serem conceitos similares e, por isso, acarretam compreensão equivocada quando analisados sem a devida atenção.

A fase das negociações preliminares, em que pese não seja indispensável para a formação do negócio jurídico, é cada vez mais comum, haja vista a complexidade de contratos que se tem intenção de concluir. Por ser esta etapa “caracterizada por sondagens, conversações, estudos e debates (*tractatus*,

⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 20.

⁷ Na mesma senda, refere Judith Martins-Costa: “compreensão da relação obrigacional como uma ‘totalidade concreta’, a qual se desenvolve através de um *processo dinâmico, polarizado por uma finalidade*”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 382.). Também afirma: “percebe-se ser a mesma [relação obrigacional] um *vínculo dinâmico* – porque passa a englobar, num permanente fluir, todas as vicissitudes, ‘casos’ e problemas que a ela possam ser reconduzidas – que se movimentam processualmente, posto criado e desenvolvido à vista de uma finalidade, desenvolvendo-se em fases distintas, a do nascimento ao vínculo, do seu desenvolvimento e adimplemento”. (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 394.).

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3: Contratos e atos unilaterais. p. 49.

trattative, pourparlers)”⁹, é o momento em que os potenciais contratantes se aproximam para o “exame das condições e exigências da relação que se desenvolverá”¹⁰, sendo propício para decidirem, em manifestação evidente do princípio da autonomia privada, se querem ou não formalizar uma proposta. A existência desse estágio é considerada “quando as partes começam a manter conversações concretas sobre possível celebração do negócio”¹¹.

Logo, a função precípua das tratativas é que os sujeitos envolvidos nelas troquem “informações fundamentais para a deliberação de cada qual, sobre realizar ou não o negócio jurídico e sobre o conteúdo que devem imprimir nele”¹². Frisa-se que, “como as partes não manifestaram a sua vontade, não há nenhuma vinculação ao negócio”¹³, razão pela qual “repugna logicamente qualquer tentativa de execução específica; se ainda não há consenso, não há como supri-lo mediante recurso às vias jurisdicionais”¹⁴.

A desobrigação das negociações, segundo ponto elementar, advém do sentido de que, por mais avançado o estágio em que elas se encontrem, o lapso ainda é o da pré-formação, e não o da pré-obrigatoriedade, como pontua Antônio Chaves¹⁵, diferentemente, pois, do pré-contrato.

Segundo Clóvis do Couto e Silva, a divisão do pré-contrato do negócio definitivo acarretaria “corte inexistente no desenvolvimento do vínculo obrigacional, desnaturando a declaração de vontade nele inserta e que lhe fixa a categoria jurídica”¹⁶, ao passo que isso não ocorreria nas negociações preliminares. Por ser a eventualidade característica central destas, o negócio pode ou não perfectibilizar-se, pois apenas há “mera tentativa para a realização dos contratos”¹⁷, nas lições de Orlando Gomes.

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3: Contratos e atos unilaterais. p. 49.

¹⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 43.

¹¹ SOARES, Maria Fernanda Campos Lopes. Responsabilidade civil pré-contratual em caso de rompimento injustificado das tratativas: possibilidade de tutela específica à luz do contrato de locação não residencial. **Revista dos Tribunais**, v. 946, p. 57, ago. 2014.

¹² PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 46.

¹³ GONÇALVES, op. cit., p. 49.

¹⁴ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A boa-fé nas negociações preliminares. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4: Contratos: formação e regime. p. 144.

¹⁵ *Ibid.*, p. 63.

¹⁶ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 126.

¹⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. 3. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 72.

No que toca à proposta, matéria disciplinada pelo Código Civil Brasileiro nos artigos 427 a 435, pode ser definida como a “firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público”¹⁸.

Cabe, assim, destacar os elementos que diferenciam as negociações pré-contratuais da proposta. Nesse aspecto, Antônio Chaves partiu dos estudos de Giovanni Carrara para demonstrar as principais distinções entre os dois institutos.

Enquanto a formação do contrato pressupõe a “combinação da proposta com a aceitação, desaparecendo ambas numa entidade superior e compreensiva”¹⁹, o mesmo não se pode afirmar das negociações preliminares, uma vez que é plenamente possível que o contrato perfectibilize-se tão somente com a aquiescência da proposta e sem que tenham ocorrido as tratativas.

No que se refere especificamente ao conteúdo da vontade das partes, se nas negociações preliminares o intuito é de preparar conteúdo do contrato que, ainda em mente, pode se formar, no âmbito da proposta há compromisso do sujeito de vincular-se caso o outro aceite sua proposta. Logo, o contrato não pode surgir pelas tratativas, pois imprescindível que se faça presente o elemento subjetivo²⁰.

Por derradeiro, não é imprescindível que as negociações sejam completas, na vertente de não ser necessário que absolutamente todo o conteúdo do potencial negócio jurídico seja abordado nelas, diferentemente da proposta. Esta, ao seu turno, como já explanado, deve ser completa, clara e precisa²¹.

Apesar de as negociações pré-contratuais não serem vinculantes e, portanto, não serem capazes de, por si só, obrigarem as partes à conclusão do contrato, é pacífico que se um dos sujeitos provoca a confiança na outra de que o negócio jurídico será formado, mas após, abrupta e injustificadamente interrompe as negociações, o outro terá direito a ser ressarcido²². Isso se explica pela “teoria da *‘culpa in contrahendo’*. Aquele que é ilaqueado em sua boa-fé, frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem direito à reparação dos prejuízos sofridos”²³.

¹⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. 3. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 73.

¹⁹ Ibid., p. 66.

²⁰ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 66.

²¹ Ibid., p. 67.

²² GOMES, op. cit., p. 72.

²³ GOMES, op. cit., p. 72.

Sobre o tema, foi Rudolph von Jhering quem, pioneiramente, o abordou, tendo publicado o artigo “Culpa in contrahendo: ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição” em 1861.

O autor buscou compreender se o “errante não responde perante a contraparte pelo dano que, por sua culpa, lhe causou”²⁴. Para isso, exemplificou com situação que ocorrera consigo: solicitou a um amigo que viajaria a Bremen que lhe trouxesse um quarto de caixa de charutos. Entretanto, por engano, o amigo encomendou quatro caixas. O jurista alemão indagou se nessa hipótese era o remetente que deveria suportar os custos ou se poderia exigir ressarcimento do destinatário²⁵.

Por não ter encontrado suporte no ordenamento jurídico alemão para a indagação, Jhering buscou nas fontes do Direito romano o apoio suficiente para encontrar a resposta para a solução da problemática posta em discussão²⁶. Observou que a *actio empti*, ação contratual, a base para solucionar a problemática, na medida em que, para ao autor, a “pretensão de indemnização baseia-se numa vinculação *contratual*”²⁷, ainda que o contrato não tivesse chegado a se formar e que fosse nulo. Isso porque a “expressão ‘nulidade’ do contrato designa, segundo a terminologia romana e actual, apenas a ausência *daquele* efeito, mas não a de *todos* e quaisquer efeitos”²⁸.

Jhering compreendeu que a relação contratual em formação precisava ser protegida pelas disposições que regiam a culpa, mesmo que isso não fosse – até aquele momento – aceito pelos ordenamentos jurídicos.

Embora as considerações do autor alemão tenham sido publicadas na metade do século XIX, a doutrina da responsabilidade pré-negocial somente teve respaldo no Brasil quase cem anos depois, com a publicação de “Responsabilidade pré-contratual” de Antônio Chaves, em 1959. Antes disso, como lembra o próprio Chaves, e também Régis Fichtner Pereira, afirmara Carvalho de Mendonça, em “Tratado de direito comercial brasileiro”, a impossibilidade de ocorrer *culpa in contrahendo* pela ruptura das negociações, uma vez que tudo realizado anteriormente à proposta não se reveste de obrigatoriedade. Outros autores, entre

²⁴ JHERING, Rudolph von. **Culpa in contrahendo**: ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1.

²⁵ Ibid., p. 3.

²⁶ Ibid., p. 18.

²⁷ Ibid., p. 20.

²⁸ Ibid., p. 24.

os quais, Carvalho do Santos e Aducto Fernandes, seguiram na mesma linha de raciocínio²⁹.

Após, outros autores debruçaram-se sobre o tema, dentre eles Pontes de Miranda, Clóvis do Couto e Silva, Antônio Junqueira de Azevedo e, mais recentemente, Judith Martins-Costa, próprio Régis Fichtner Pereira, Récio Eduardo Cappelari³⁰ e Daniel Ustárroz, entre outros.

Realizadas as considerações atinentes aos momentos decisivos na vida dos contratos, importante identificar a incidência do princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, visando à análise posterior de sua inobservância para caracterização da responsabilidade civil pré-contratual pelo rompimento abrupto e injustificado das negociações preliminares.

2.2 A incidência da boa-fé objetiva e seus deveres anexos na vida dos contratos

A boa-fé objetiva exprime um standard de comportamento social esperado, devendo a pessoa “ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, probidade e lealdade”³¹. Nesse sentido, é impossível arrolar exaustivamente o significado de proceder mediante a boa-fé objetiva, na medida em que esta análise deve ser casuística, não sendo aconselhável, pois, pré-fixar esse atendimento, de maneira a engessar a valoração do caso concreto³².

Inspirada no § 242 do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Código Civil alemão, a boa-fé objetiva assumiu a feição de cláusula geral no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que o art. 422 do Código Civil reflete este instrumento legislativo, porque presentes todas as exigências. São requisitos das cláusulas gerais a vagueza nos termos utilizados, serem normativizadas – diferenciando-se, pois, dos princípios, que não precisam estar expressos no texto, o que não impede, contudo, de haver um princípio dentro de uma cláusula geral, como ocorre no caso em apreço – e a promoção a outros valores de dentro, ou até mesmo de fora, do

²⁹ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 102; PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 138.

³⁰ PEREIRA, op. cit., p. 145-154.

³¹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 411.

³² Ibid., p. 412.

ordenamento jurídico. Dessa maneira, isso exprime a ideia de abertura do sistema, pois cabe ao intérprete buscar em outras fontes os elementos necessários para fundamentação³³.

Sublinha-se que, por as cláusulas gerais não conterem suporte fático e consequência jurídica, mas apenas previsão genérica – a exemplo do art. 422 do Código Civil, que não traz o conceito, condição e extensão da boa-fé objetiva –, cabe ao magistrado construir a solução do caso concreto³⁴. Com efeito, o método de interpretação mais adequado não é o da subsunção, pois esta maneira reflete um sistema fechado, que apenas leva em consideração a premissa maior (previsão legal) e a premissa menor (fatos do caso concreto) para, assim, retirar-se a conclusão jurídica. A técnica adequada, em se tratando de cláusula geral, é a da concreção, porquanto deve ser levado em apreço tudo o que permeia o caso: a legislação, jurisprudência e outros elementos relevantes³⁵.

Nota-se que o legislador brasileiro, diferentemente do que ocorreu em outros ordenamentos jurídicos, como o de Portugal³⁶ e o da Itália³⁷, redigiu o art. 422 do Código Civil de modo que o dispositivo contemplasse tão somente a observância da boa-fé na conclusão e na execução do contrato. O texto legal foi severamente criticado pelos juristas pátrios, como Antônio Junqueira de Azevedo³⁸ e Régis

³³ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais: direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.1: Contratos de consumo. p. 107-136.

³⁴ MARTINS-COSTA, op. cit. p. 328; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais: direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1: Fundamentos do Direito do Consumidor. p. 377-387; SANTOS, Murilo Rezende. As funções da boa-fé objetiva na relação obrigacional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 219, abr./jun. 2009.

³⁵ MENKE, op. cit., p. 107-136.

³⁶ Em Portugal, o Código Civil contempla especificamente a responsabilidade civil pré-negocial. Veja-se: Artigo 227.º (Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negocea com outrem para 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. (LISBOA. Procuradoria-Geral Distrital. **Código Civil**. 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=775&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 05 abr. 2015.).

³⁷ Art. 1.337 – Trattative e responsabilità precontrattuale: Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede. Em tradução livre: “Negociações e responsabilidade pré-contratual: as partes, durante as negociações e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé”. (THE CARDOZO INSTITUTE. **II Códice Civile Italiano**. 1942. v. 4: Delle Obbligazione. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.).

³⁸ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3: Contratos: princípios e regimes. p. 615-624.

Fichtner Pereira³⁹ pelo fato de não haver previsão de aplicação do princípio em comento nas fases pré e pós-contratual. A pressão culminou com proposta apresentada, em junho de 2002, ao Plenário da Câmara dos Deputados para alteração da redação do artigo, que, contudo, não prosseguiu⁴⁰.

Em que pese a redação do art. 422 do Código Civil não abarque as etapas pré e pós-contratual, é assente, seja no âmbito doutrinário, seja no jurisprudencial, que a boa-fé objetiva estende-se a estas fases⁴¹, posicionamento consagrado nos enunciados de números 25, aprovado na I Jornada de Direito Civil, e 170, aprovado na III Jornada de Direito Civil.

No que tange à *culpa in contrahendo*, mister ressaltar que esta “pode ocorrer mesmo se não se chegou a concluir o negócio jurídico bilateral, como se não se passou de punctuações, que deram despesa ou prejuízo ao futuro figurante”⁴², pois, em que pese não haja vinculação contratual entre os sujeitos, é assente que “já existem efeitos jurídicos antes de existir contrato”⁴³.

Importante trazer à baila o magistério de Clóvis do Couto e Silva, que contribuiu na construção jurídica ao introduzir no Brasil o conceito de contato social. Tendo buscado na sociologia a definição do fenômeno, que já era admitido no ordenamento jurídico italiano e no alemão⁴⁴, referiu que o contato entre pessoas já

³⁹ “O Projeto brasileiro, como visto, se limita a criar o dever jurídico do contraente, de guardar, na conclusão do contrato, os princípios da probidade e boa-fé. Diante de exemplos anteriores tão próximos, como o português, poderia o projeto brasileiro ter dado tratamento bem mais adequado à responsabilidade civil pré-contratual”. (PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 211.).

⁴⁰ De autoria do Deputado Ricardo Fiuzza, a intenção do Projeto de Lei nº 6.960 era de que o art. 422 passasse a assim constar: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”. (FIUZZA, Ricardo. **Projeto de Lei 6.960, de 2002**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=27A21778BCF21C5FD04A89235DCAAA4A.proposicoesWeb1?codteor=50233&filename=Tramitacao-PL+6960/2002>. Acesso em: 05 abr. 2015.).

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012, p. 318.

⁴² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 438.

⁴³ CAPPELARI, Récio Eduardo. Responsabilidade pré-contratual. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 40, p. 176, jan./jun. 1998.

⁴⁴ Referidos artigo 1.337 e § 242 do Código Civil italiano e alemão, respectivamente. (LISBOA. Procuradoria-Geral Distrital. **Código Civil**. 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=775&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 05 abr. 2015.; ALEMANHA. Federal Ministry of Justice and Consumer Protection. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). 1896. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html>. Acesso em 04 mar. 2015.).

seria o suficiente a ponto de justificar o surgimento de direitos e obrigações mesmo que o negócio jurídico não estivesse formado⁴⁵. Mais tarde, outros juristas dissertaram acerca do tema em sede de responsabilidade pré-contratual, entre os quais Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que destacou: “o contato social é uma subespécie de categoria mais ampla, denominada ‘*relações contratuais de fato*’, onde não há contrato e se prescinde do elemento vontade”⁴⁶.

Ainda que o contato social seja suficiente a ponto de justificar a criação de direitos e obrigações, nota-se que há diversos graus de proximidade entre os sujeitos – o que definitivamente impacta na natureza da responsabilidade civil –, sendo o contrato o grau de proximidade máxima, configurando, portanto, responsabilidade civil contratual; e o dever de *alterum non laedere*, imposto a todos, caracterizando responsabilidade aquiliana. Na zona intermediária encontra-se o argumento central da responsabilidade civil pré-negocial: contatos sociais que, por um lado, são mais qualificados em comparação com um dever genérico de não lesar a ninguém, mas, por outro lado, menos intensos que um negócio jurídico formado⁴⁷.

Destaca-se que o posicionamento em relação à natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual não é pacífico. Parcela da doutrina entende que a *culpa in contrahendo* é enquadrada na responsabilidade civil contratual, pois, conquanto não haja contrato, os deveres violados que a fazem surgir são anexos à boa-fé objetiva, eminentemente afeita aos negócios jurídicos. Logo, não pode decorrer exclusivamente do princípio do *neminem laedere*, já que é um dever genérico previsto a todos⁴⁸. Filiam-se a este posicionamento Jhering⁴⁹, Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁵⁰, Carlyle Popp⁵¹, Antônio Junqueira de Azevedo⁵² e Karina Nunes Fritz⁵³, encontrando respaldo na jurisprudência⁵⁴.

⁴⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 75.

⁴⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção do contrato por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 245.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil. **Revista dos Tribunais**, v. 867, p. 18-19, jan. 2008.

⁴⁸ FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 883, ano 98, p.25, mai. 2009.

⁴⁹ JHERING, Rudolph von. **Culpa in contrahendo**: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 41.

⁵⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção do contrato por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 245.

⁵¹ POPP, Carlyle. **A responsabilidade civil pré-negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001, p. 150.

⁵² Arremata o professor: “Pessoalmente, tendo em vista nossa idéia de que o contrato é um processo (uma sucessão de ‘tempos’, como ocorre com o próprio negócio jurídico), que vai, desde a fase

Perfilha-se à corrente doutrinária de que a responsabilidade pré-negocial caracteriza-se como extracontratual Judith Martins Costa, que entende poder enquadrá-la dessa maneira por ser ampla a previsão da responsabilidade aquiliana no ordenamento jurídico brasileiro e, ademais, pelo afastamento completo do princípio da tipicidade⁵⁵. Outrossim, Récio Eduardo Cappelari adota essa linha, por compreender que é o comportamento das partes o elemento configurador da responsabilidade pré-contratual, e não o inadimplemento contratual, motivo pelo qual considera-se como ofensa ao princípio de não lesar a ninguém o descumprimento dos deveres da etapa pretérita à conclusão do negócio jurídico⁵⁶.

Por derradeiro, fração minoritária da doutrina posiciona-se na senda de a responsabilidade civil pré-contratual configurar um *tertium genus*. Régis Fichtner Pereira, expoente dessa linha, entende que não há uma natureza específica para a responsabilidade pré-negocial, pois esta não possui nem natureza contratual, nem extracontratual, sendo, assim, necessário construir um sistema para que se atenda às peculiaridades dela⁵⁷.

pré-contratual, passando à fase contratual, distribuída em três fases menores (conclusão do contrato, eficácia do contrato e execução/adimplemento do contrato), e indo até a fase pós-contratual, todas subordinadas à boa-fé objetiva, pensamos que, embora surgindo de ato ilícito, a responsabilidade pré-contratual, por se tratar de deveres específicos, gerados pela boa-fé objetiva, deva se submeter ao tratamento da responsabilidade contratual (...). (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais: direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4: Contratos de consumo. p. 25-34.).

⁵³ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 265; FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 883, ano 98, p.25, mai. 2009.

⁵⁴ O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Paulo de Tarso Sanseverino, em acórdão de sua relatoria, que, por opção legislativa, a responsabilidade civil pré-contratual tem natureza contratual, haja vista o art. 422 do Código Civil estar inserido no Título V ("Dos Contratos em Geral"), e não no Título III, referente aos atos ilícitos.(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1367955**. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. São Paulo, SP, 18 de março de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1305705&num_registro=201102623917&data=20140324&formato=PDF>. Acesso em: 16 abr. 2015.).

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil. **Revista dos Tribunais**, v. 867, p. 26-28, jan. 2008.

⁵⁶ CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 58.

⁵⁷ PEREIRA, Régis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 273-277.

Como descrito, na *culpa in contrahendo* há violação dos deveres laterais à boa-fé objetiva, entre os quais se destacam: a lealdade, a assistência, a diligência, a consideração com o outro, o informativo e de o de probidade, entre outros.

Especificamente, no que se refere à responsabilidade pré-contratual pelo recesso das negociações, observa-se a violação aos deveres laterais à boa-fé objetiva de probidade e de lealdade. A probidade é definida como honradez e retidão⁵⁸, a correção da conduta, conceituada na Itália como *correttezza*⁵⁹. Salienta-se que são duas as possibilidades que podem advir do rompimento das tratativas: a primeira é caracterizada pela atitude da parte que impõe condições sem qualquer motivação econômica com a finalidade de frustrar a formação do negócio jurídico. O sujeito que efetua isso incorre, dependendo do estágio em que as tratativas se encontram, em abuso do direito⁶⁰.

Da mesma forma, por violar a lealdade, que é inerente às negociações, há responsabilidade pré-negocial quando o sujeito ou inicia as tratativas mesmo sem o real interesse de contratar, ou se abandona abrupta e injustificadamente as negociações, quando criou na contraparte a legítima expectativa de que ocorreria a conclusão do negócio jurídico. Isso, porque o outro sujeito pode inclusive ter incorrido em despesas, já que confiava na formação do contrato⁶¹.

Na jurisprudência pátria, mister ressaltar o acórdão referente ao “caso dos tomates”, decisão paradigmática em matéria de responsabilidade civil pré-contratual. Da lavra do então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 06 de junho do ano de 1991, julgou a Apelação Cível nº 591028295⁶², que tratava da seguinte situação: a

⁵⁸ PROBIDADE. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 3. ed. 1999, p. 1640.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 29.

⁶⁰ Ibid., 29-30.

⁶¹ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 94.

⁶² CONTRATO. TRATATIVAS. "CULPA IN CONTRAHENDO". RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ALIMENTÍCIA, INDUSTRIALIZADORA DE TOMATES, QUE DISTRIBUI SEMENTES, NO TEMPO DO PLANTIO, E ENTÃO MANIFESTA A INTENÇÃO DE ADQUIRIR O PRODUTO, MAS DEPOIS RESOLVE, POR SUA CONVENIÊNCIA, NÃO MAIS INDUSTRIALIZÁ-LO, NAQUELE ANO, ASSIM CAUSANDO PREJUÍZO AO AGRICULTOR, QUE SOFRE A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE VENDA DA SAFRA, UMA VEZ QUE O PRODUTO FICOU SEM POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO. PROVIMENTO EM PARTE DO APELO, PARA REDUZIR A INDENIZAÇÃO À METADE DA PRODUÇÃO, POIS UMA PARTE DA COLHEITA FOI ABSORVIDA POR EMPRESA CONGÊNERE, ÀS INSTÂNCIAS DA RE. VOTO VENCIDO, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 591028295**. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, RS, 06 de janeiro de 1991.).

Companhia Industrial de Conservas Alimentícias – CICA regularmente manteve relação com agricultores produtores de tomate do município de Canguçu, fornecendo-lhes as sementes do alimento e comprometendo-se a adquirir a safra, sendo os produtores obrigados a pagar o investimento da companhia com a colheita. Esta reiterada prática, nos termos da sentença e da decisão da Corte, originou a confiança dos trabalhadores no negócio.

Na safra de 1987/1988, todavia, não ocorreu isso. Sendo muitos os produtores que pretendiam plantar tomate, a CICA doou-lhes as sementes, comprometendo-se a receber toda a produção, de acordo com os depoimentos dos empregados da companhia. Entretanto, a sociedade empresária constatou, nos termos do depoimento do administrador, que a mobilização que teria de fazer seria muito grande para a quantidade de produtos que entrariam, optando, ao final, por não comprar a produção.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu que, diante de ter sido criada a justa expectativa da celebração do negócio jurídico, por ter a CICA incentivado os produtores a plantarem tomates e ter posteriormente desistido de industrializá-los, ocorreu violação ao princípio da boa-fé objetiva e do dever de lealdade, que deveriam ter sido respeitados durante a etapa das tratativas.⁶³

Uma vez realizados os apontamentos atinentes à boa-fé objetivo e à recepção da responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura abrupta e injustificada das negociações preliminares por parte da doutrina e da jurisprudência, necessário abordar os efeitos jurídicos do rompimento das tratativas.

3 EFEITOS JURÍDICOS DO ROMPIMENTO ABRUPTO E INJUSTIFICADO DAS NEGOCIAÇÕES

Antes de discorrer acerca das projeções jurídicas decorrentes do rompimento abrupto e injustificado das tratativas, faz-se necessário verificar o embate entre os princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva na etapa pretérita à conclusão do negócio jurídico e os requisitos mínimos constituintes desta espécie de responsabilidade civil.

⁶³ Páginas 3 e 6 do acórdão. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 591028295**. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, RS, 06 de janeiro de 1991.).

3.1 Tensão entre a autonomia privada e a boa-fé objetiva nas tratativas

É impossível imaginar contrato sem pensar em autonomia privada, porque, no que diz respeito à formação dos negócios jurídicos, este é o princípio basilar. Em linhas gerais, as pessoas vinculam-se através do contrato pelo legítimo exercício de autonomia.

O conceito se apresenta sob duas formas distintas na dicção de Arnaldo Wald, a saber: liberdade de contratar e liberdade contratual. Aquela concerne à faculdade que o sujeito tem de pactuar ou não. É dizer: sopesando as conjunturas econômica e subjetiva (qualidades da contraparte) que permeiam as negociações, ou se estas não ocorreram, a própria proposta, a pessoa verifica se deseja ou não concluir o negócio. Esta, ao seu turno, diz respeito à fixação do conteúdo do contrato (se haverá ou não cláusula compromissória, quais serão as condições do mútuo, qual será o valor do prêmio no contrato de seguro, por exemplo)⁶⁴. Por essas razões, fica evidente que este princípio é reconhecido como a “pedra angular do sistema civilístico”⁶⁵.

A autonomia privada pode ser compreendida no aspecto concernente à distinção existente entre as leis coativas, que se traduzem pela determinação positiva – imperativa – ou negativa – proibitiva –, e as leis supletivas, aplicadas quando as partes silenciam acerca de determinado aspecto. Especialmente por ser o Direito Contratual composto pelas normas supletivas, possibilita uma grande ingerência da vontade das partes, dominando, assim, a autonomia delas sobre as questões postas⁶⁶.

No campo das negociações não é diferente. A parte envolvida nas tratativas, percebendo que, após os estudos e as conversas efetuados no decorrer desse estágio, será econômica e socialmente vantajoso concluir o contrato, formaliza uma proposta; assim como pode decidir não o fazer, no caso de entender que não haverá benefícios decorrentes disso para o exercício da sua atividade. Isso é corolário da

⁶⁴ WALD, Arnaldo, **Obrigações e Contratos**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 162.

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson. O aggiornamento do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 2/3, p. 26, 1998/1999. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/issue/view/418>>. Acesso em: 29 abr 2015.

⁶⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 26.

faculdade proporcionada às partes pela autonomia privada. Ressalta desses elementos que o contrato é a “veste jurídico-formal de operações econômicas”⁶⁷.

Apesar disso, não se pode afirmar que a vontade dos sujeitos, ou de apenas um deles, se sobrepõe aos demais pontos, sob o fundamento de que a autonomia privada impera sem restrições. Isso, porque “mesmo as relações contratuais, cujo enfoque patrimonial é obrigatório e conceitual, devem ser vistas sob o ângulo da primazia da pessoa humana como protagonista das relações sociais”⁶⁸; afinal, é “um dos escopos do direito a busca da dignidade da pessoa humana”⁶⁹.

A respeito disso, o Código Civil Brasileiro de 2002 previu expressamente no art. 421 que a liberdade de contratar deve ser exercida não só em razão, mas nos limites da função social do contrato. Ainda, não se pode olvidar das funções da boa-fé objetiva, que serve como fator de interpretação dos negócios jurídicos e também cria e limita direitos.

Dos elementos expostos, percebe-se que em se tratando de responsabilidade civil pré-contratual, o ponto nodal da discussão reside na maneira de conciliação entre a autonomia privada e a boa-fé objetiva⁷⁰. Por um lado afirma-se que à parte é facultado retirar-se das negociações quando desejar sem que isso implique sanções jurídicas, pois age assim no âmbito de sua vontade e, portanto, liberdade conferida pelo Direito Contratual. Por outro lado, também é possível referir que pelo sistema em que o sujeito está inserido, deve guardar a boa-fé na etapa anterior à conclusão do negócio jurídico, razão pela qual se, pelas suas atitudes, gerou confiança na contraparte a ponto de esta crer que o contrato seria celebrado, deve ser responsabilizada e, por conseguinte, ressarcir-la pelos danos ocorridos, o que será pormenorizadamente analisado do subcapítulo seguinte.

Para que seja possível compreender o cenário ditado pela autonomia privada e como a boa-fé objetiva modificou o tratamento das relações privadas, é necessário analisar-se historicamente a relação entre o Direito Público e o Direito Privado. Antecipa-se que, se hoje a problemática gravita em torno da identificação dos limites na aplicação das cláusulas gerais e no controle das decisões judiciais que as

⁶⁷ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998, p. 11.

⁶⁸ POPP, Carlyle. **A responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 66.

⁶⁹ Ibid., p. 68.

⁷⁰ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 276.

utilizam como fundamentação, anteriormente o problema já repousou no fato de o sistema ser fechado, em comparação com a dinâmica atual⁷¹.

No decorrer da história, não se concretizou um tratamento linear, mas sinuoso acerca da prevalência do Direito Público ou do Direito Privado. Na Grécia, por exemplo, ocorria intersecção entre os dois ramos, como se percebe pela participação dos cidadãos nos interesses sociais em reuniões que ocorriam na ágora. Já em Roma, a dicotomia era mais clara, já que era pouca a participação direta dos cidadãos na esfera pública⁷².

O momento de evidente dicotomia entre o Direito Público e o Privado foi na França do século XVIII, em razão da Revolução Francesa e dos ideais iluministas, que culminaram com a edição do *Code Napoléon*, datado de 1804⁷³. Cumpre pontuar que a sociedade burguesa se encontrava livre das restrições características da conjuntura do Antigo Regime, o que convergiu para que o Código elevasse a “aquisição da propriedade privada ao ponto culminante do direito da pessoa”⁷⁴, sendo o contrato o instrumento adequado para adquiri-la⁷⁵.

A época em questão ficou marcada pelo legislador ter, pela primeira vez, contemplado temas referentes ao direito privado, e não apenas os que diziam respeito ao Direito Público. O Direito torna-se instrumento da nova classe dominante a partir da ruptura inaugurada pela revolução burguesa. Esse período também traduz a importância que os Códigos ganharam, pois havia pretensão do legislador de regular todos os aspectos da sociedade. Isso se evidencia pela concepção de juiz ser a *bouche de la loi*⁷⁶, uma vez que o legislador já teria exaurido todas as situações fáticas e as consequências jurídicas⁷⁷.

⁷¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para a interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 258.

⁷² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17-18.

⁷³ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19.

⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.2: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. p. 358.

⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 141, p. 101, jan./mar. 1999. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em 14 abr. 2015.

⁷⁶ A ideia de que o juiz seria a “boca da lei” reflete o método de interpretação da subsunção, que, como exposto no ponto 2.2 deste artigo, não corresponde à maneira mais adequada de interpretação das cláusulas gerais, mormente que se reconstrói princípio a partir delas.

⁷⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito

Nota-se que as codificações ocorridas no século XIX, e mesmo aquelas do século seguinte, foram baseadas na concepção francesa pós-revolução, sobretudo os Códigos latino-americanos⁷⁸, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916. O Código Comercial de 1850 aludiu à boa-fé como elemento de interpretação dos negócios jurídicos no art. 131⁷⁹, todavia não recebeu atenção, como demonstra o fato de que nem os melhores comentaristas daquele tempo referiram “a possibilidade de constituir a boa-fé fonte autônoma de direitos e obrigações”⁸⁰.

Com relação ao Código Civil Brasileiro de 1916, constata-se caráter eminentemente patrimonialista. Não era visto como parte de um grande sistema, razão pela qual havia incomunicabilidade entre este diploma legal e os outros ramos do Direito, sobretudo o Público. Embora não houvesse dúvida de que era formalmente superior, a ingerência da Constituição Federal frente a ele, ou seja, do Estado (do público) nas relações privadas, era rejeitada. À época, portanto, o entendimento consubstanciado entre os juristas era de que havia primazia material do Direito Civil sobre o Constitucional⁸¹.

No século XX, verifica-se fenômeno de transição do Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social⁸², que rompeu com a ideologia de que as relações entre os indivíduos eram paritárias e, conseqüentemente, retirou gradualmente o aspecto patrimonialista até então dominante, inaugurando, assim, uma lógica com cunho mais social⁸³. Houve, portanto, o abandono da “ética do individualismo pela ética da

privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 22-23.

⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.2: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. p. 358.

⁷⁹ Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases:

1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras; (LISBOA. Procuradoria-Geral Distrital. **Código Civil**. 1966. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=775&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: 05 abr. 2015.).

⁸⁰ SILVA, op. cit., p. 45.

⁸¹ HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995, p. 38.

⁸² “O Estado social, no plano do direito, é todo aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 141, p. 102, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

⁸³ Ibid., p. 102.

solidariedade; relativiza-se a tutela da autonomia da vontade e se acentua a proteção da dignidade da pessoa humana”⁸⁴.

No exemplo brasileiro, vigia à promulgação do Código Civil de 1916 a Constituição Federal de 1891. Foi apenas com a segunda Lei Maior da era da República, promulgada em 1934, entretanto, que foi introduzido no país o constitucionalismo social^{85 86}. Conquanto os novos aspectos constitucionais, não houve tempo hábil para eles se consolidarem, haja vista a dissolução do Congresso Nacional e a outorga da Carta de 1937, que instituiu o Estado Novo. Além disso, não se pode esquecer que o Código Civil de 1916 viveu durante oitenta e seis anos, consagrando, por conseguinte, seu conteúdo eminentemente patrimonialista até a publicação da nova lei.

A nova Constituição Federal particulariza-se por não ter se limitado a dispor unicamente sobre “normas de ordem pública, mas também, e em profusão enorme, normas que instrumentam a intervenção do Estado na economia – normas de intervenção”⁸⁷, tomando, assim, a forma de uma Constituição dirigente^{88 89}. O aspecto central, em se tratando das relações econômicas, é que, como destaca Eros Grau, “a ordem econômica liberal é substituída pela ordem econômica intervencionista”⁹⁰ a partir de 1988.

A ideia de dirigismo parte da constatação do legislador de que a relação entre as pessoas não se encontrava em pé de igualdade, motivo pela qual se impunha regulação pública sobre as relações privadas, na tentativa de encontrar equilíbrio.

Diante dessas considerações, destaca-se que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser “pressuposto genérico de validade das relações jurídicas negociais, total ou parcialmente, o respeito à dignidade da pessoa

⁸⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 25.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 231; LÔBO, op. cit., p. 102.

⁸⁶ A respeito da Constituição de 1934, cumpre destacar: “no campo dos direitos e garantias do cidadão, muito embora a existência, na Carta Imperial de 1824, de algumas posições jurídicas, isoladas e pontuais, atinentes à categoria dos direitos sociais, foi apenas na Constituição de 1934 que o comprometimento (ao menos formal) com a noção de um Estado Social e com a ideia de direitos sociais passou a ser incorporada, de forma perene, ao constitucionalismo brasileiro”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, op. cit., p. 232.).

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 75.

⁸⁸ Ibid., p. 76.

⁸⁹ No mesmo sentido, LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 722, p. 42, dez. 1995.

⁹⁰ GRAU, op. cit., p. 74.

humana”⁹¹, cuja visualização se dá pela “boa-fé objetiva, verdadeiro cerne da dignidade no âmbito negocial”⁹². Portanto, a Carta Magna foi definitivamente colocada no topo do ordenamento jurídico, não apenas formalmente, mas com intencionalidade material, criando, assim, a discussão em torno da autonomia privada sob a nova orientação constitucional⁹³.

Da análise evolutiva das influências do Direito Constitucional sobre o Direito Civil, percebe-se que há, à primeira vista, um embate entre a autonomia privada e a boa-fé objetiva durante as tratativas frustradas pelo rompimento abrupto e injustificado por um dos sujeitos nelas envolvido. Isso, porque as negociações preliminares constituem momento pretérito à conclusão do contrato e não são vinculantes, de modo que, se a parte desejar, pode retirar-se das negociações, conduta que vai ao encontro da concepção de autonomia privada. De outra banda, em ocasiões que a confiança na conclusão do negócio jurídico é gerada na contraparte pelo desenrolar e pelo estágio avançado das tratativas, percebe-se é possível sustentar violação aos deveres anexos da boa-fé objetiva, o que impõe limitações à autonomia privada do sujeito.

Não se está dizendo com isso que o agir de acordo com a probidade e a boa-fé objetiva, princípios reconstruídos a partir do art. 422 do Código Civil, pressupõe adoção de condutas que necessariamente correspondam às expectativas e aos interesses do outro sujeito participante das negociações, pois nem mesmo o simples desenrolar e estímulo das tratativas constitui fundamento jurídico a vincular conclusão do negócio jurídico⁹⁴. Afinal, seria ilógico “constranger os negociantes a celebrar contratos pelo simples fato de um dia terem se aproximado. A regra da autonomia privada vale”⁹⁵.

Para compreender, então, a configuração da responsabilidade civil pré-negocial, é necessário verificar os seus elementos constitutivos, que é o que se passa a analisar.

⁹¹ POPP, Carlyle. **A responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 71.

⁹² *Ibid.*, p. 72.

⁹³ BRANCO, op. cit., p. 264.

⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil. **Revista dos Tribunais**, v. 867, p. 24, jan. 2008.

⁹⁵ USTÁRROZ, Daniel. A responsabilidade pré-negocial no Direito brasileiro. In: _____. **Direito dos contratos: temas atuais**. 2. ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 50.

3.2 Pressupostos para qualificação do rompimento abrupto e injustificado das negociações

O entendimento projetado pela doutrina sobre os pressupostos da responsabilidade civil pré-contratual não é unânime. Há divergências entre os autores no tocante a alguns requisitos. A despeito disso, em se tratando de responsabilidade pré-negocial pelo rompimento abrupto e injustificado das tratativas, é pacífico o posicionamento de que é fundamental que existam negociações preliminares, razão pela qual se elenca esse como primeiro elemento constitutivo⁹⁶.

Para que se dê início às tratativas, exige-se o consentimento dos sujeitos para que elas sejam desenvolvidas. Tendo em vista que isso se constitui em ato bilateral, a sua inexistência – seja porque a parte expressamente não consentiu, seja porque silenciou – afasta a responsabilidade que derivaria das negociações⁹⁷. Isso porque o recesso das tratativas se baseia em uma situação que é, a princípio, estribada na equidade, o que supõe aceitação recíproca para o desenvolvimento de uma relação com vistas à conclusão do negócio jurídico⁹⁸.

Nesse passo, se uma das partes, por sua própria iniciativa, realiza estudos e incorre em despesas para minutar um projeto a fim de submetê-lo a outro sujeito, que sequer tinha conhecimento disso, e este o rejeita sem motivo e imediatamente após a sua sujeição, sem possibilitar início das tratativas, não haverá obrigação de indenizar, pois nenhum dos requisitos da *culpa in contrahendo* ora tratada se configuraram, mormente o consentimento às tratativas⁹⁹.

A anuência ao início das tratativas, embora seja necessária, não é suficiente para preencher o primeiro pressuposto de qualificação, na medida em que exige-se a efetiva existência delas. É o que Mário Júlio de Almeida Costa define como

⁹⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura abrupta das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 54; CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 35; PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 305.

⁹⁷ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 155; POPP, Carlyle. **A responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 222-225.

⁹⁸ CHAVES, op. cit., p. 156; CAPPELARI, op. cit., p. 35.

⁹⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura abrupta das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 56; PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 310.

“verdadeiras negociações”, cuja ocorrência se dará pela “verificação de uma actividade comum dos contratantes, destinada à análise e elaboração do projecto do negócio”¹⁰⁰. É necessário que as negociações entabuladas sejam consistentes, ou seja, direccionadas à conclusão do contrato, e que não sirvam como preparação das tratativas¹⁰¹.

A consistência das negociações preliminares não é aferida quantitativa, mas qualitativamente. Significa que conquanto diversas conversações tenham existido ou inúmeras correspondências tenham sido trocadas, o que efetivamente importa é se as tratativas foram aptas a incutir na contraparte a confiança de que o negócio jurídico seria celebrado, o que é medido pelo conteúdo da fase negocial. Um dos parâmetros objetivos que pode ser levado em consideração para medir a confiança é o volume de recursos empregados para que o negócio viesse a perfectibilizar-se. Em teoria, o sujeito que aplica capital no transcurso das tratativas sopesa com mais cautela as chances de êxito em comparação àquele que não movimentou recursos¹⁰². Isso, contudo, diz-se em plano teórico, na medida em que a avaliação de uma situação concreta pode gerar conclusão diversa.

Ainda, a doutrina elenca como maneira de demonstrar a existência de efetivas negociações as punctações, termo que remete ao direito alemão (*punktation*) e que designa a prática de elaborar pontualmente o contrato, ou seja, as partes declaram a sua vontade sobre parcelas do que consistirá o negócio jurídico a que se está visando a concluir, de modo que a formação do contrato ocorre gradualmente. Esses atos possuem o condão de documentar as negociações (a exemplo da minuta contratual e das cartas de intenção)¹⁰³; sendo considerados como “prova inequívoca, portanto, não do contrato, mas da existência de uma fase formativa”¹⁰⁴.

Observa-se, por fim, que as negociações preliminares podem ser verbais ou escritas. Neste caso, facilita-se não só a comprovação da existência das tratativas, mas também do segundo elemento constitutivo da responsabilidade civil pré-

¹⁰⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura abrupta das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 54.

¹⁰¹ Ibid., p. 54.

¹⁰² PEREIRA, Régis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 308.

¹⁰³ Ibid., p. 311; FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 287.

¹⁰⁴ PEREIRA, op. cit., p. 311

negocial pela ruptura abrupta e injustificada das negociações: a confiança legítima na conclusão do negócio jurídico¹⁰⁵.

Antes de aprofundar-se na confiança, faz-se necessário, para o bom êxito do estudo, pontuar que o conceito retratado como segundo requisito para caracterização da *culpa in contrahendo* pela ruptura abrupta e injustificada das tratativas envolve, quando analisado juridicamente, aspectos sutilmente distintos de quando interpretado de maneira atécnica. Impõe-se, portanto, a análise especializada do tema em tela.

Tem-se que a confiança desempenha o papel de possibilitar aos sujeitos projetarem seus atos futuros de acordo com os fatos que ocorreram até o momento do planejamento, excluindo tudo aquilo que confiam que não ocorrerá, sendo mais forte que a mera esperança; é o que possibilita a diminuição da insegurança¹⁰⁶. A confiança está intimamente atrelada à ideia de estabilidade, motivo que leva a concluir que é essencial para o desenvolvimento. Sabe-se, afinal, que países com ambiente social, político, econômico e jurídico mais estável são mais propícios para realização de negócios, na medida em que há possibilidade de os sujeitos envolvidos na operação preverem as suas ações e as de terceiros.

Dada a importância da confiança, o Direito não se eximiu de protegê-la, aproximando para si a “responsabilidade de ofertar um mínimo de previsibilidade aos interessados, apontando as bases em que poderá desenvolver-se a relação, sem ocasionar danos a qualquer dos sujeitos”¹⁰⁷, com a finalidade de que as “justas expectativas produzidas no outro não restem frustradas em virtude de falta de cautela alheia”¹⁰⁸.

Tratando-se de negociações preliminares, afirma-se que não resulta da incerteza inerente às tratativas o afastamento da confiança¹⁰⁹ e, a *contrario sensu*, não é possível afirmar que pelo grau de confiabilidade que envolve as negociações ser elevado, a conclusão do negócio jurídico necessariamente ocorrerá.

¹⁰⁵ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 287.

¹⁰⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 49.

¹⁰⁷ USTÁRROZ, Daniel. A responsabilidade pré-negocial no Direito brasileiro. In _____: **Direito dos contratos**: temas atuais. 2. ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51.

¹⁰⁸ Ibid., p. 51.

¹⁰⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura abrupta das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 55.

Aspecto que merece destaque é de a confiança na celebração do contrato crescer à medida que as negociações evoluem¹¹⁰. Consequentemente, pelo avanço das tratativas torna-se mais fácil comprovar que as partes “criaram no espírito uma da outra a idéia de que havia uma firme intenção de contratar e que nenhuma delas encerraria as negociações se um justo motivo”¹¹¹, ou seja, pela ruptura abrupta e injustificada delas. Isso corrobora o aspecto distinto que a confiança, em contraste com definições correntes, assume ao ser juridicamente analisada, porquanto em que pese esteja presente carga de subjetividade, trata-se de identificar se a parte tinha motivos suficientes para confiar que as negociações necessariamente desembocariam na conclusão do contrato, levando-se apenas em consideração os atos materiais até então ocorridos, isto é, critério eminentemente objetivo¹¹².

Considerando que o art. 422 do Código Civil não contemplou expressamente a etapa pretérita à conclusão do negócio jurídico em sua redação e que o intérprete reconstrói o princípio da boa-fé a partir da cláusula geral, para concluir que existe um padrão de conduta minimamente exigível – o estandarte de comportamento –, então se afirma que as tratativas devem ser coordenadas pelos ditames da boa-fé objetiva. Significa que se espera das partes envolvidas nas negociações preliminares conduta idônea, ou seja, leal, transparente e honesta.

Insta referir que há possibilidade de um justo motivo para o recesso das negociações preliminares não caracterizar responsabilidade civil pré-contratual¹¹³, levando-se a concluir que a ruptura das tratativas a ensejar *culpa in contrahendo* deve ser abrupta e injustificada.

A averiguação da legitimidade da ruptura não ocorre sob a ótica da parte que a efetuou, mas pela averiguação se o recesso teria aptidão de prevalecer sobre a contraparte por si mesmo, ou, em outras palavras, objetivamente¹¹⁴. Por ser o justo motivo conceito jurídico indeterminado, cabe assinalar alguns parâmetros para

¹¹⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura abrupta das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 54; FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 295.

¹¹¹ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 332.

¹¹² Ibid., p. 330.

¹¹³ Ibid., p. 321; CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 47; COSTA, op. cit., p. 62; FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 299.

¹¹⁴ COSTA, op. cit., p. 62.

delimitar e indicar o seu conteúdo, referindo-se, em primeiro lugar, o momento em que a justificativa surgiu. Se o recesso das negociações preliminares ocorreu em estágio avançado da relação das partes, e o motivo já existia desde os primeiros contatos, então o motivo não será, a princípio, considerado justo, ao passo que, se por fato superveniente um dos sujeitos verifica que o negócio jurídico não possibilitará atingir os seus objetivos, poderá finalizar as tratativas sem por isso ser responsabilizado¹¹⁵.

De suma importância repisar que mesmo a boa-fé objetiva tendo papel fundamental nas relações – sejam elas anteriores ou posteriores à celebração do contrato –, vige concomitante a ela o princípio da autonomia privada. Diante disso, “na dúvida entre um sacrifício de um interesse próprio e o sacrifício de um interesse alheio, a parte está autorizada a optar pela solução que melhor convenha aos seus interesses”¹¹⁶. Iria de encontro ao Direito brasileiro afirmar que à parte seria sempre vedado romper com as negociações, mas também atentaria contra a lógica do ordenamento afirmar que “depois de um certo comprometimento decorrente das esperanças que faz nascer no co-contratante, o outro se retire pura e simplesmente, *sem um motivo plausível sem uma satisfação convincente*”¹¹⁷.

Assim, percebe-se que o cerne da configuração da legitimidade da ruptura repousa na conduta exercida pelo sujeito ativo, ou seja, se guiada pela boa-fé objetiva, então o recesso das tratativas teve justo motivo; no sentido oposto, se não seguiu esses ditames, foi abusiva¹¹⁸. Há, contudo, autores que discordam disso, a exemplo de Carlyle Popp. De acordo com ele, a interrupção das negociações preliminares sempre é presumidamente ilegítima quando a confiança legítima na conclusão do negócio jurídico já existe na contraparte¹¹⁹.

Importa averiguar tema que não encontra posicionamento pacífico: se é indenizável o interesse positivo, entendido como sendo a efetiva vantagem que o sujeito perceberia com a conclusão e execução do contrato, ou o interesse negativo,

¹¹⁵ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 323.

¹¹⁷ CHAVES, Antônio. Responsabilidade pré-contratual. In: NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais**: responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2: Direito das obrigações e direito negocial. p. 247.

¹¹⁸ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 305.

¹¹⁹ POPP, Carlyle. **A responsabilidade civil pré-negocial**: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001, p. 260-261.

compreendido como aquele que a parte não teria efetivamente sofrido se não tivesse se envolvido nas negociações que viriam a ser ilegítimamente interrompidas pela contraparte¹²⁰, aí englobados, portanto, o dano emergente e o lucro cessante.

Corroborando o aspecto polêmico que repousa sobre o assunto as posições distintas expostas por Régis Fichtner Pereira, Carneiro da Frada e Carlyle Popp, os dois primeiros se filiando ao ressarcimento dos danos negativos, enquanto o segundo admite a possibilidade de a parte que causou recesso injustificado das negociações preliminares ser responsabilizada pelo interesse positivo.

A resposta correta, referente aos danos, parece ser a que diz respeito aos interesses negativos, conforme, inclusive, posicionamento majoritário da jurisprudência. Conforme exposto, trilham paralelamente ao *iter* negocial os princípios da autonomia privada e o da boa-fé objetiva. Isso conduz à afirmação de que o recesso das tratativas não é vedado pelo Direito, porquanto a parte tem autonomia para isso sem que seja responsabilizada por esse ato. São inúmeras as possibilidades que poderiam levá-la a tomar a decisão de não concluir o negócio jurídico, como a sua instabilidade financeira e melhor proposta de terceiro – considerando, para que não haja discussão, que o sujeito com quem negociava estava ciente de que não havia exclusividade nas tratativas. Por outro lado, não seria admissível que, tendo sido despertada a legítima confiança na perfectibilização do negócio jurídico, as negociações abrupta e injustificadamente interrompidas não ensejassem a responsabilização do sujeito que a elas deu cabo. Por isso, importa analisar cautelosamente a defesa de ressarcimento dos danos positivos.

Destarte, preenchidos os pressupostos da existência de efetivas negociações preliminares, a criação de confiança legítima na conclusão do negócio jurídico, a ruptura ilegítima, havendo dano e nexo causal entre, a espécie de responsabilidade civil pré-negocial em comento restará configurada.

4 CONCLUSÃO

Como se observou, é patente a importância de estudos relativos à responsabilidade pré-contratual pela ruptura abrupta e injustificada das tratativas,

¹²⁰ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual:** a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 306; USTÁRROZ, Daniel. A responsabilidade pré-negocial no Direito brasileiro. In: _____. **Direito dos contratos:** temas atuais. 2. ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 61-62.

como forma de compreensão dos limites de atuação do sujeito no decorrer das negociações preliminares, embora, repisa-se, não seja essa exclusiva modalidade de *culpa in contrahendo*.

A responsabilidade pré-negocial está calcada no princípio da boa-fé objetiva, e não no dever geral de *neminem laedere*. Em que pese o art. 422 do Código Civil refira apenas terem os contratantes o dever de guardar a boa-fé nas etapas de conclusão e execução do contrato, o princípio é aplicável às negociações preliminares. Como se demonstrou, a despeito de negócio jurídico não haver se formado nas tratativas, existe entre as partes, pelo contato social, o dever de agir segundo a boa-fé objetiva. Significa que, conquanto não haja vinculação contratual, admite-se a possibilidade de configuração de vinculação obrigacional, uma vez preenchidos os adequados pressupostos, quais sejam: a efetiva realização das tratativas, a legítima confiança gerada em uma das partes de que o contrato seria celebrado, o recesso ilegítimo das negociações preliminares, a violação à boa-fé objetiva, o dano e a comprovação do nexo de causalidade.

Repisa-se que não incide somente a boa-fé, mas também seus deveres anexos, como de lealdade, assistência, diligência, consideração com a outra parte, probidade, entre outros, que ultrapassam a conclusão e a execução do negócio jurídico. Corrobora-se, assim, a noção do processo obrigacional, isto é, ser caracteristicamente dinâmica, e não estática.

Não se quer com isso afirmar que a mera aproximação entre as partes faz nascer entre elas a necessidade de contratação ou que haverá indubitavelmente responsabilização pela não satisfação do interesse do outro sujeito, haja vista o princípio da autonomia privada.

Não há, entretanto, como desconsiderar que, se o sujeito gerou no outro a confiança legítima de conclusão do contrato sob negociação, não havendo motivo legítimo para o recesso das tratativas efetivamente entabuladas, deverá indenizar a parte pelos interesses negativos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção do contrato por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais: direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4: Contratos de consumo. p. 25-34.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Elementos para a interpretação da liberdade contratual e função social: o problema do equilíbrio econômico e da solidariedade social como princípios da teoria geral dos contratos. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). **Modelos de direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 257-290.

BRASIL. _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1367955** .

Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. São Paulo, SP, 18 de março de 2014.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1305705&num_registro=201102623917&data=20140324&formato=PDF>.

Acesso em: 16 abr. 2015.

CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

_____. Responsabilidade pré-contratual. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 40, p. 173-182, jan./jun. 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura abrupta das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-62.

FIUZZA, Ricardo. **Projeto de Lei 6.960, de 2002**. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=27A21778BCF21C5FD04A89235DCAAA4A.proposicoesWeb1?codteor=50233&filename=Tramitacao-PL+6960/2002>. Acesso em: 05 abr. 2015.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 883, ano 98, p. 9-56, mai. 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A boa-fé nas negociações preliminares. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas essenciais: obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 4: Contratos: formação e regime. p. 143-148.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004. v.3: Contratos e atos unilaterais.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

JHERING, Rudolph von. **Culpa in contrahendo: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Tradução de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

LISBOA. Procuradoria-Geral Distrital. **Código Civil**. 1966. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=201&artigo_id=&nid=775&pagina=3&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em 05 abr. 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil. **Revista dos Tribunais**, v. 867, p. 11-51, jan. 2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: Tomo XXXVIII**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3: Contratos.

PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

POPP, Carlyle. **A responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001.

PROBIDADE. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 3. ed. 1999, p. 1640.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 591028295**. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre, RS, 06 de janeiro de 1991.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SOARES, Maria Fernanda Campos Lopes. Responsabilidade civil pré-contratual em caso de rompimento injustificado das tratativas: possibilidade de tutela específica à luz do contrato de locação não residencial. **Revista dos Tribunais**, v. 946, p. 49-75, ago. 2014.

THE CARDOZO INSTITUTE. **II Codice Civile Italiano**. 1942. v. 4: Delle Obbligazione. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib4.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.

USTÁRROZ, Daniel. A responsabilidade pré-negocial no Direito brasileiro. In: _____. **Direito dos contratos: temas atuais**. 2. ed. rev. ampl. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 43-66.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.2: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.

WALD, Arnoldo, **Obrigações e Contratos**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.