

6

A responsabilidade pré-contratual pela quebra dos deveres do contrato *The pre-contractual liability for breach of contract duties*

JOSYANE MANSANO

Mestranda na Universidade de Marília UNIMAR – SP. Integrante do Grupo de Pesquisa em Resíduo Sólidos / CNPq. Especialista em Direito Civil e Processo Civil – Instituto Paranaense de Ensino Maringá – PR. Advogada em Maringá-PR
Endereço eletrônico: jo271002@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo foi impulsionado pela importância da situação havida a partir de fatos que ensejam a responsabilidade pré-contratual pela quebra dos deveres do contrato. Essa responsabilidade, bem como as advindas no desenvolver do contrato, são de tamanha importância para o universo jurídico, no que tange à não realização do mesmo. Com o advento do Código Civil de 2002, o mandamento da boa-fé objetiva vem expressamente referido no artigo 422. O respectivo trabalho se ocupa em demonstrar o acordo de vontades na fase das tratativas, de tal forma que não haja prejuízos para as partes, e que, se houver, sejam facilmente suportáveis. Isso porque o artigo 422, do modo como foi redigido, tratou apenas dos momentos de conclusão e de execução do contrato. É nesse ínterim que a figura da responsabilidade pré-contratual vem dirimir caminhos para amenizar, indenizar e responsabilizar os desacordos que possam surgir na fase pré-contratual.

Palavras-chave: responsabilidade, pré-contrato, quebra de deveres.

ABSTRACT

This article was driven by the importance of the situation reached from facts that lead to the pre-contractual liability for breach of contract duties. This responsibility, as well as the resulting in developing of the contract, are of such importance to the legal universe, for failure to carry out the same. With the advent of the Civil Code of 2002, the commandment of good faith objectively comes expressly referred to in Article 422. Their job is to demonstrate the agreement of wills in phase of talks, in such a way that there is no damage to the parties, and that if any, are easily bearable. This is because the Article 422 as it was drafted, discussed only moments of completion and execution of the contract. It is in the meantime, that the figure of pre-contractual liability comes settling paths to soften, indemnify and hold the disagreements that may arise at the pre-contractual stage.

Keywords: liability, pre-contract, breach of duties.

1. INTRODUÇÃO

Como as ciências humanas de um modo geral, ao Direito também incumbe o estudo e a análise dos sucessivos fenômenos sociais, surgidos a partir das transformações ocorridas no seio da sociedade contemporânea, notadamente capitalista.

Neste contexto, e sempre tendo em vista a necessidade de que o Direito atue como um meio instrumentalizador da Justiça, é necessária a preservação de um equilíbrio que subsista em todas as fases das relações sociais e, em particular, das relações contratuais, e não apenas durante o momento da conclusão do negócio.

Assim, adquire grande relevância, atualmente, a tutela jurídica do período que antecede a conclusão do contrato propriamente dito, a que a doutrina tem se referido como pré-contratual.

Desta forma, o presente artigo se ocupa em demonstrar o reconhecimento deste fenômeno notadamente dentro do contexto do Direito brasileiro, a partir de fatos que motivaram sua apreciação pelos tribunais pátrios.

Em um primeiro momento, faz-se necessário demonstrar de que modo o princípio da boa-fé, mais propriamente o da boa-fé objetiva, passou a figurar no rol das diretrizes que norteiam as relações contratuais de acordo com o ordenamento jurídico nacional.

Na sequência, houve a preocupação em situar a responsabilidade pré-contratual, em face daquilo que gera em cada sujeito a confiança de que o outro perseverará até chegar ao acordo. A ruptura das tratativas, sem que estas hajam chegado, ou tido seu desenvolvimento esperado, normal, significa a violação do acordo tácito pré-contratual, que, ainda que sempre revogável, gera, em caso de

retirada intempestiva, a obrigação de ressarcimento dos gastos, danos, efetuados ou sofridos pela outra parte.

Por fim, o último e derradeiro capítulo deste estudo trata de averiguar a quebra dos deveres contratuais, bem como a construção da responsabilidade pré-contratual, seus requisitos necessários. Dentre os pontos analisados neste momento, estão os elementos a partir dos quais se operou a construção doutrinária em torno desta espécie de responsabilidade. Por fim, traz, ainda, uma visão comparada do instituto da responsabilidade pré-contratual, até chegar ao Direito brasileiro, demonstrando assim que a essa responsabilidade de fato conta com um lugar próprio dentro do estudo da responsabilidade civil como um todo.

2. INADIMPLENTO E RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

Em toda relação estabelecida, gera-se a chamada obrigação jurídica obrigacional: o devedor, ao se obrigar, retira parcela de sua liberdade em favor de um credor. Nessas relações jurídicas que têm por objeto uma prestação do devedor ao credor, a regra é o seu adimplemento, ou seja, a satisfação do crédito pelo devedor. Entretanto, por diversos motivos, pode ocorrer o não cumprimento da prestação acertada nessa relação jurídica pessoal. Tal fato pode se dar quando o devedor se recusa a satisfazer o seu débito, quando o faz com atraso ou quando cumpre a obrigação de forma diversa da prevista em um contrato.

O Código Civil de 2002 tratou desta questão nos artigos 389 a 420. A topografia do assunto no código dá uma dimensão exata do sistema do inadimplemento das obrigações no Direito Civil brasileiro. Primeiro, o legislador cuidou do inadimplemento absoluto das obrigações; em seguida, tratou da mora e, logo adiante, abordou as consequências do inadimplemento (legais, judiciais e convencionais).

2.1. Responsabilidade civil

A responsabilidade civil é um dos temas mais importantes da jurisprudência e fonte de rica e extensiva literatura nacional e estrangeira.

Seu conceito parte do pressuposto de uma atividade danosa de alguém que, atuando em regra ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se (o agente causador do dano pode controlar a ação, mas os efeitos do dano fogem de seu controle), dessa forma, às consequências de seu ato.

2.2. Pressupostos gerais da responsabilidade civil

Eis alguns dos mais importantes elementos que configuram a responsabilidade civil perante a realização dos contratos, a saber: a conduta humana (ação ou omissão), onde a responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam (neste caso, em regra é objetiva, independe de culpa); o dano ou prejuízo, também desde que haja prova do mesmo, pois, sem a comprovação do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente; o nexo de causalidade, que é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar, ou seja, o nexo de causalidade entre a conduta humana voluntária e o dano por ela causado.

A responsabilidade civil contratual pressupõe a existência de uma relação jurídica obrigacional entre as partes e divide-se sua natureza por dois grandes grupos: a responsabilidade civil contratual e a extracontratual. A primeira, por sua vez, pressupõe a existência de um dever jurídico primário, caracterizado pela obrigação de uma pessoa prestar a outra algum bem da vida; já a segunda é caracterizada pelo fato de uma pessoa causar um dano injusto a outrem, sem que tenha havido entre as partes a relação jurídica anterior ao fato danoso e, com ele, qualquer vinculação juridicamente relevante.

Para se analisar a responsabilidade civil pré-contratual, é necessário definir se a natureza dessa responsabilidade se tipifica como contratual ou extracontratual, definição esta que é de enorme importância, uma vez que cada tipo possui um tratamento específico, e as suas normas reguladoras se distinguem.

A responsabilidade civil pré-contratual apresenta autonomia suficiente para que se crie um sistema próprio de responsabilidade civil e possui sua natureza própria, não podendo ser aplicado, de forma pura, aos casos de danos perpetrados durante as tratativas.

2.3. A responsabilidade civil no Direito brasileiro

O sistema de responsabilidade civil brasileiro, claramente inspirado no sistema francês, contém como regra geral de responsabilidade a norma prevista no artigo 159¹ do Código Civil.

A teoria tradicional da responsabilidade civil soluciona o problema da reparação dos danos materiais, que são aqueles que desfalcam o patrimônio ou

¹ Artigo 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

atingem interesses comerciais, mas são insuficientes no que diz respeito à teoria da reparação do dano moral, para a qual é necessário um pressuposto mais amplo do que aqueles nela assentados.

A regra geral da responsabilidade contratual se encontra expressa no artigo 1.056 do Código Civil, que consagra o princípio de que responde por perdas e danos o devedor que não cumpre a sua obrigação, ou deixa de cumpri-la pelo modo e no tempo devido.

Há de se observar que existe uma relação negociável entre os contraentes durante o período da negociação contratual. Essa relação jurídica faz surtir uma obrigação no sentido de uma pessoa estar obrigada a prestar alguma coisa em favor de outra – essa relação jurídica é preexistente a qualquer dano que um dos contraentes venha a causar ao outro.

A natureza jurídica compreende os deveres qualificados entre as partes, estes que decorrem diretamente da lei e são subprodutos do dever geral da boa-fé objetiva, obtendo uma finalidade benéfica para ambas as partes.

A responsabilidade civil contratual, como o nome mesmo já sugere, ocorre pela presença de um contrato existente entre as partes envolvidas, agente e vítima. Assim, o contratado, ao unir os quatro elementos da responsabilidade civil (ação ou omissão, somados à culpa ou dolo, nexa e o consequente dano) em relação ao contratante, em razão do vínculo jurídico que lhes cerca, incorrerá na chamada responsabilidade civil contratual.

Em relação à responsabilidade civil extracontratual, também conhecida como aquiliana, o agente não tem vínculo contratual com a vítima, mas tem vínculo legal, uma vez que, por conta do descumprimento de um dever legal, o agente, por ação ou omissão, com nexa de causalidade e culpa ou dolo, causará à vítima um dano.

Neste derradeiro aspecto, ambas as figuras de responsabilidade civil estão fundamentadas, genericamente, nas palavras do artigo 186² do Código Civil. Desse modo, pode-se verificar que a única diferença entre as duas figuras de responsabilidade civil encontra-se no fato de a primeira existir em razão de um contrato que vincula as partes, e a segunda surgir a partir do descumprimento de um dever legal.

3. A BOA-FÉ COMO PRINCÍPIO GERAL DAS OBRIGAÇÕES

A boa-fé visa a conferir segurança ao tráfego jurídico, em face da proteção da confiança dos sujeitos envolvidos, onde deverá existir um meio através do qual,

² Artigo 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

sobretudo quando houverem sido realizadas despesas necessárias com vistas à efetivação do negócio, possam ser ressarcidos os prejuízos experimentados pela parte prejudicada.

Segundo Judith Hofmeister Martins Costa, é possível traduzir concretamente o mandamento da boa-fé objetiva em:

Modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Por este modelo de conduta, levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo³.

Fica claro, portanto, que, em tais situações, busca-se o equilíbrio entre as prestações, tendo em mente a finalidade contratual almejada. E, embora esta possa sofrer alterações com o tempo, o mais importante é que esta situação de equivalência quanto aos beneficiários auferidos permaneça inalterada. Na célebre definição de Henry De Page, este princípio deve ser entendido como:

O poder que tem as vontades particulares de regularem elas próprias todas as condições e modalidades de seus ajustes (...), de decidirem sozinhas e sem tutela legal, da matéria e da extensão de suas convenções, numa palavra, de darem aos seus contratos o conteúdo, o objeto que entenderem conveniente e que lhes é permitido escolherem com toda a liberdade, inspirando-se nos seus únicos interesses, e sob a única garantia de seus consentimentos recíprocos validamente trocados⁴.

Para Claudia Lima Marques, a boa-fé objetiva, tratada com ênfase no âmbito das relações de consumo, fica definida como:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes⁵.

³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411.

⁴ *Apud* NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 114.

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 181-182.

Nesse ínterim, observa-se que o legislador ordinário, ao tratar da boa-fé objetiva, prescreve a adoção de determinadas condutas às partes contratantes, e são exatamente estas que serão analisadas no decorrer do artigo, tais como: liberdade contratual, obrigatoriedade das convenções como dever de informar, inexistência de justo motivo para a ruptura das negociações e confiança na conclusão do contrato, dentre outras.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES CONTRATUAIS

4.1. Formação do contrato

A teoria da responsabilidade pré-contratual enriqueceu-se notadamente com as apreciações do jurista italiano Gabriele Faggella, segundo o qual, no período de preparação de qualquer contrato, devem distinguir-se três períodos:

Um primeiro período de elaboração, o momento pré-formativo da oferta; um segundo período de aperfeiçoamento ou de concreitude da proposta, e um terceiro período que ele denominou “momento operativo” ou de colocar em movimento, operacionalizar a proposta⁶.

Destaca-se a colaboração do autor pela importância que fez destacar o primeiro dos períodos mencionados, no qual, para a doutrina da época, as partes poderiam retirar-se a qualquer momento sem que tivessem nenhuma obrigação de ressarcimento.

Sendo assim, ainda por uma concepção mais sucinta, os contratos se formam a partir do encontro de duas declarações de vontade, a proposta do contrato e a subsequente aceitação.

4.2. Princípio da autonomia da vontade

Deve sempre ser observado e vigorado, no âmbito das negociações contratuais, o princípio da autonomia da vontade, sendo o contraente livre para encerrar as tratativas em qualquer momento anterior ao estabelecimento da relação contratual, o que se deve levar em conta por óbvio é a boa-fé objetiva, que não pode ser mensurada pelo capricho de um dos contraentes, por exemplo.

⁶ FAGGELLA, Gabriele. Dei periodi precontrattuale e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. *In: DIVERSI AUTORI. Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*. Tomo III. Napoli: L. Pierrò, 1906. p. 271..

Antes, porém, do momento em que ocorre o encontro dessas declarações de vontade, realizam as partes uma série de atos preparatórios, em que trocam informações sobre o objeto do contrato a ser estipulado e negociam as bases da contratação. Por fim, há que se ressaltar que, durante as tratativas, não há ainda vínculo jurídico entre as partes, no sentido de que uma esteja obrigada a prestar alguma coisa à outra. As partes são, em “princípio”, livres para abandonar as negociações, sem constituir vínculo obrigacional algum.

4.3. Surgimento da relação jurídica contratual

Ninguém é obrigado a estabelecer o contrato com outra pessoa pelo simples fato de ter dado início às negociações. Somente com o surgimento da relação jurídica contratual passa a existir entre as partes o liame obrigacional, através do qual surgem créditos e débitos que devem ser adimplidos, sob pena da eclosão da responsabilidade civil de natureza contratual. O que se preza com o surgimento desta relação é que há importância jurídica durante a fase das tratativas.

4.4. Responsabilidade pré-negocial

A lei poderia ter tutelado a fase das negociações contratuais e estabelecido o dever da parte que encerra as negociações, de indenizar as despesas em que incorreu a parte contrária.

Para o autor Mota Pinto⁷, em sua obra *Responsabilidade pré-negocial*, a responsabilidade pré-contratual é a “essência das negociações, manifestações, que por excelência compõe a liberdade negocial”, afirmando ainda que “as partes em negociação só poderão ter uma certeza: a da incerteza da utilidade das despesas efetuadas”.

Não existe, assim, uma obrigação de contratar, decorrente do simples fato de se ter dado início às negociações. Se tal obrigação existisse, ela certamente se constituiria em um sério entrave à circulação de riquezas e ao estabelecimento das relações econômicas entre as pessoas.

Para o italiano Gabriele Faggella⁸, “a ruptura das negociações contratuais pode acarretar a violação de um acordo pré-contratual existente entre os contraentes.” A ruptura totalmente imotivada das negociações, sem que as partes

⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Responsabilidade pré-negocial*. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁸ FAGGELLA Gabriele. Dei periodi precontrattuale e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. In: DIVERSI AUTORI. *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*. Tomo III. Napoli: L. Pierro, 1906. p. 270.

cheguem a um resultado, positivo ou negativo, obriga a parte responsável a indenizar a parte contrária.

Discordando desse posicionamento, o jurista francês Raymond Saleilles⁹ não pactuou com o autor italiano no que diz respeito ao fundamento da responsabilidade pela interrupção das negociações contratuais, que, para ele, “não reside em um acordo tácito pré-contratual, mas sim em uma espécie de garantia legal fundada na boa-fé e na equidade, que imporia limites para a retirada intempestiva das negociações.”

Para finalizar a discussão, tem-se que o entendimento majoritário passou a ser o de que o princípio da boa-fé, erigido como princípio fundamental no estabelecimento e no adimplemento da obrigação, não podia incidir somente após ter surgido entre as partes a relação jurídica contratual. O fato de os contratantes estarem negociando os aproxima, faz surgir entre eles uma relação social especial, e potencializa ainda mais a capacidade que um indivíduo tem de causar dano a outro.

5. QUEBRA DOS DEVERES CONTRATUAIS NA FASE DAS TRATATIVAS: RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

5.1. Do fundamento da responsabilidade pela interrupção das negociações contratuais

Torna-se decisivo para o exame da responsabilidade pela interrupção das negociações contratuais o grau de confiança que a parte que desistiu do contrato incutiu na outra, quanto ao seu propósito e às suas condições de constituir o contrato.

Antonio Chaves, quando, ao analisar a terminologia da situação fático-jurídica originadora da responsabilidade denominada pré-contratual, reconheceu que tal terminologia não pode ser considerada perfeita, adiante corroborou o seguinte:

Não falta quem objete que, a rigor, uma responsabilidade pré-contratual não existe: ou se trata de uma responsabilidade decorrente de contrato, ou então de uma responsabilidade extracontratual, não se concebendo que antes que um acordo tenha lugar, possa dar margem a qualquer responsabilidade¹⁰.

Em certas situações, porém, o exercício do direito de pôr fim às negociações pode se dar de forma abusiva, vindo a prejudicar a parte contrária.

O fundamento, portanto, desse tipo de responsabilidade, reside no dever que as partes têm, durante a fase das tratativas, de comportar-se segundo as exigências da boa-fé objetiva.

⁹ SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle – À propos d’une étude nouvelle sur la matière. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. I, n. 6, p. 697-751, Paris, 1907.

¹⁰ CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997. p. 98.

5.2. Elementos de configuração da responsabilidade pela interrupção das negociações contratuais

Na tentativa de se consolidar qualquer instituto jurídico, é imprescindível que este esteja calcado em sólidos fundamentos, que lhe darão o subsídio necessário para que subsista de forma autônoma, enquanto objeto de análise da ciência jurídica. Tais pressupostos, além de lhe darem o sustentáculo necessário, tornam possível delimitar com exatidão seu âmbito de incidência, possibilitando assim distingui-lo dos demais institutos. Com relação à responsabilidade pré-contratual, não foi diferente.

O primeiro pressuposto de configuração desse tipo de responsabilidade é que duas ou mais pessoas tenham iniciado negociações, com vista a uma relação jurídica contratual.

Outro pressuposto é a não exigência, para o fim de reconhecer a responsabilidade pré-contratual, de que as partes pratiquem um ato formal de consentimento na elaboração do contrato, sendo, assim, desnecessária, também, para o início das negociações a existência de uma oferta.

5.3. Requisitos necessários

Duas são as espécies de requisitos necessários para que a responsabilidade pré-contratual esteja presente: os de caráter genérico, aplicáveis à responsabilidade civil em geral, e os específicos, próprios a cada uma de suas espécies – contratual, pré-contratual e pós-contratual, segundo as particularidades de cada uma delas.

5.3.1. Dos requisitos genéricos

5.3.1.1. Consentimento às negociações

É certo que, se ambas as partes não estiverem de acordo quanto ao início das tratativas negociais, não há como se cogitar o instituto em debate.

Embora o consentimento possa ocorrer de modo expresso ou tácito, certo é que o que realmente importa é a sua inequívoca existência, a qual precisa ser provada. Como se vê, isto nem sempre é uma tarefa simples.

Portanto, quando, por exemplo, um comerciante aborda um transeunte que circula em via pública para que compre seus produtos, mas este o ignora, não há como se atribuir um eventual prejuízo àquele. Caso isso viesse a ocorrer, todos estariam diante de verdadeira hipótese em que a parte se encontraria agindo *venire contra factum proprium*¹¹.

¹¹ A propósito, o Professor Carlyle Popp referiu-se ao instituto, dizendo que “o princípio da boa-fé objetiva veda comportamentos contraditórios, enfim incompatíveis com posturas anteriormente tomadas”. *Op. cit.*, p. 125.

Stella Richter Giorgio¹², em sua obra *La responsabilita*, observou que “não é esperado das partes em negociação que adotem uma conduta heroica, no sentido de que devem sacrificar um interesse próprio, em proveito de interesse da parte contrária”.

5.3.1.2. *Dano patrimonial*

Sendo outro pressuposto essencial da responsabilidade pré-contratual, é importante lembrar que não é todo dano que admite ressarcimento. Ele deve ser, antes de mais nada, certo e atual. Certo, porque deve se pautar em um fato preciso, e não hipotético, e atual porque, no momento da propositura da ação, já deve ter ocorrido.

Como é de se imaginar, a demonstração da ocorrência de prejuízo e a prova de início de negociações por vezes podem representar um trabalho de grande complexidade. No que tange a esta última, o TJSP¹³ já admitiu a possibilidade de que se faça pela via testemunhal, uma vez serem escassos os elementos em que se possa ampará-la¹⁴.

Vale dizer também que o dano¹⁵ pode ter sido experimentado tanto pelo proponente quanto pelo oblato, sendo mais usual esta última hipótese.

5.3.1.3. *Relação de causalidade*

Em relação a este pressuposto, é necessário que entre o evento danoso, ainda que omissivo, e em seu resultado haja um nexu causal, quer dizer, aquele deve ser o responsável pela ocorrência deste. Em uma palavra: entre o fato e o resultado a ele atribuído, deve haver um liame que torne possível o reconhecimento da relação de causa e efeito.

Segundo Sergio Cavalieri Filho¹⁶, nexu de causalidade é o que se chama de teoria da causalidade adequada, ou seja, efeito direto e imediato, onde a causa está ligada ao fato antijurídico ou omissão. O nexu procura mitigar o efeito dominante na responsabilidade civil, ou seja, o chamado dano indireto.

5.3.1.4. *Inobservância do princípio da boa-fé*

A importância de tal exigência para a configuração da responsabilidade pré-contratual se depreende até mesmo do conteúdo dos capítulos iniciais deste artigo.

¹² GIORGIO, Stella Richter. *La responsabilita precontrattuale*. Roma: UTET università, 1996.

¹³ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

¹⁴ A esse respeito, v. RT n. 104/608 e 609 *apud* CAPPELLARI, R. E. *Op. cit.*, p. 38.

¹⁵ Este dano, conforme já se aludiu, pode se configurar sob as mais diversas formas, desde o tempo e o trabalho perdidos quanto os lucros que se deixou de auferir na contratação com pessoas idôneas. Quanto a estes, pode-se tomar por base o valor médio pago pela hora de trabalho de cada profissional.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

De qualquer forma, vale dizer que a exigência de uma conduta em atenção aos ditames do referido princípio se manifesta com a observância dos deveres laterais, também conhecidos como “deveres acessórios de conduta”. Estes, embora não constituam o cerne do contrato, garantem a sua execução de forma que a prestação possa ser cumprida de modo útil e satisfatório ao credor, o que não afasta a possibilidade de que seja observado por todos os contraentes. Isto porque, como bem lembrou Récio Eduardo Cappelari:

O importante, durante as tratativas, é justamente averiguar a conduta das partes, se houve com honestidade e lealdade, a fim de se apurar a existência ou não de motivo justo para abandonar as mesmas, tarefa que incumbe ao princípio da boa-fé na sua feição objetiva, e não à culpa¹⁷.

A questão, contudo, não deve ser confundida com a adoção de um modelo objetivo de responsabilidade. Neste, não haveria a necessidade de comprovação de ter a parte agido com dolo ou culpa. Verdadeiramente, não se pode admitir um modelo desta natureza nesta fase do negócio, uma vez que, se fosse levada adiante, chegar-se-ia a um grau de segurança superior àquele existente no interior do próprio contrato, o que, segundo o mesmo autor, poderia até mesmo “conduzir a uma diminuição acentuada das contratações”¹⁸.

Ainda com relação à não observância da boa-fé, existe a responsabilidade do contraente pela não realização do negócio sem justificativa. Haverá, neste caso, responsabilidade pré-contratual pela ruptura ilegítima nas negociações contratuais. Frustra-se a confiança, que é a pedra de toque entre a vontade das partes. Diante dessa situação, o dever de lealdade se contrapõe ao mero capricho por parte de um dos contraentes; há, portanto, imposição de indenizar danos causados, pois se frustrou a confiança legítima do contraente prejudicado, observando-se aqui expectativa legítima de conclusão formal do negócio, por isso há dever de indenizar.

Com relação à reparação por dano pré-contratual, tem-se que se trata das despesas e dos prejuízos relativos à frustração da formação do contrato de trabalho, atendendo ao chamado interesse negativo, conforme explicou José Affonso Dallegrave Neto:

O interesse contratual positivo abrangem-se (*sic*) todas as consequências da ineficácia de um contrato supostamente válido, havendo interesse na própria execução do contrato. Já o interesse contratual negativo atinge apenas o prejuízo

¹⁷ CAPPELLARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 43.

¹⁸ CAPPELLARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 42.

traduzido no que a parte perdeu ou deixou de ganhar em fase da negociação encetada e posteriormente frustrada pela parte adversa; geralmente são despesas que sofreu para se credenciar negociação ou em razão do tempo que gastou (dano emergente), abrangendo também as oportunidades imediatas que deixaram de se concretizar (lucro cessante) em face da frustrada quebra ou vício contratual da parte contrária¹⁹.

Se, porém, não há induzimento à despesa para a celebração do contrato (mudança de domicílio, viagens etc.), não se falará em responsabilidade por parte do contraente, pois não houve supressão de direito, e sim de expectativa de direito.

Com relação aos contratos realizados com terceiro, é necessário verificar se houve preferência. Nesse caso, leva-se em conta a boa-fé objetiva, e o episódio será considerado como violação do dever de lealdade; logo, haverá obrigação de indenizar os danos experimentados pela outra parte. A prova inequívoca neste caso de preferência para com um terceiro, tendo em vista a realização do contrato, é que o contratante não desistiu totalmente do negócio – esta, enfatiza-se, é a prova inequívoca. O contratante ainda se interessa pelo negócio; logo, para não haver direito de indenizar por parte do mesmo, deverão existir relevantes motivos, tais como melhor oferta (lei da oferta e da procura), inimizade pessoal ou preferência de ordem pessoal.

Vistos os requisitos genéricos, seguem-se os específicos.

5.3.2. Dos requisitos específicos

5.3.2.1. Confiança na seriedade das tratativas

De fato, à medida que as negociações vão avançando, é certo que também a confiança recíproca das partes aumenta. Na prática, caberá ao intérprete avaliar o grau de confiança lesado, isto é, em que momento da negociação as partes já se encontravam quando a ruptura injustificada ocorreu. Por óbvio, tanto maior será a indenização cabível quanto maior tiver sido o grau de confiança lesado, sobretudo nas fases mais adiantadas deste processo.

Sendo exigível dos indivíduos em todo o tráfego jurídico, também deve ser observada na fase preliminar à da conclusão do negócio.

Com relação ainda à confiança existente no trato contratual, tem-se ainda que se analisar quanto à violação de sigilo contratual, a qual poderá muitas vezes atíçar espectadores do mercado de capitais, e, nesses casos em especial, estas

¹⁹ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 106.

especulações sobre empresas que, porventura, venham a sofrer fusão ou secção, poderão atrair investidores no sentido de alterar valores das ações, tanto para cima como para baixo. Em outras palavras, poderá haver diminuição no valor das ações da empresa que vai ser comprada, e esta perder valor no momento da realização do contrato, ou efeito inverso, aumento no valor das ações da empresa que irá se fundir com uma empresa ou um grupo de grande porte, e o valor do contrato, ao final, aumentar exageradamente.

6. POSIÇÃO LEGISLATIVA COMPARADA

O Código Civil italiano, em seu artigo 1.337, determina, genericamente, que as partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que, segundo a generalidade dos autores, precisa ser entendida no sentido objetivo. No artigo 1.338, acresce-se que a parte que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, não der conhecimento à outra parte, fica obrigada a ressarcir-lhe o dano causado por haver confiado, sem culpa, na validade do contrato.

Na Alemanha, com fundamento de que, como proposição jurídica genérica que tenha por conteúdo o que já se entabulou em negociações contratuais, seria capaz de gerar certas obrigações de proteção em favor do parceiro de negociações, não tem disposição precisa no BGB²⁰. Há possibilidade de se aplicarem os parágrafos 276 e 278, que determinam que: “aqueles que infringem obrigações resultantes de uma relação obrigacional, respondem ao lesado por reparação de dano, mesmo quando não chegou a se efetivar uma conclusão de contrato entre as partes em negociações contratuais.”

O Código Civil português de 1966 dispõe, no artigo 227, que: “Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.”

Na Espanha, o Código Civil carece de preceito que, com caráter geral, sanciona a responsabilidade derivada das negociações preliminares. Entretanto, existem alguns preceitos existentes que podem impor tal responsabilidade. Assim, o artigo 1.487 do Código Civil espanhol determina que, “para uma coisa vendida que se perde por efeito de vícios ocultos conhecidos do devedor, este restituirá os preços e ressarcirá os custos do contratante”; também o artigo 1.483 do referido código contempla o suposto em que exista atuação dolosa ou negligência grave do vendedor, o que permite ao comprador do imóvel a possibilidade de um ano, desde

²⁰ *Bürgerliches Gesetzbuch*, o Código Civil alemão.

a celebração do contrato, para a rescisão do mesmo e o ressarcimento correspondente à diminuição do valor do imóvel por causa do gravame que lhe era desconhecido.

O Código Civil francês não possui de forma expressa disposição legal exprimindo a exigência de boa-fé na formação do contrato. Contudo, no seu artigo 1.134, alínea 3, ao legislar sobre as convenções, afirma que “elas devem ser executadas de boa-fé”.

Na Holanda, após a entrada em vigor do Novo Código Civil (*Nieuw Burgerlijk Wetboek* – NBW), em 01 de janeiro de 1992, em nome das “exigências da razão e da equidade”, não apenas no momento da execução dos contratos, mas na sua formação, desde o início das negociações, prevê-se, no artigo 6:2, que “qualquer credor e todo devedor (e não apenas as partes de um contrato) devem igualmente conduzir-se de acordo com os interesses legítimos da outra parte. Cada parte é livre para romper as negociações, a menos que tal seja inaceitável à confiança legítima da outra parte ou à conclusão do contrato.”

No Código Civil suíço, através do cumprimento ao artigo 2^o, alínea 1, que dispõe que “cada um está obrigado a exercer seus direitos e executar suas obrigações conforme as regras da boa-fé”, não se prevê nenhuma limitação à liberdade de as partes concluírem ou não suas tratativas. No entanto, caso, ao se romperem tais negociações preliminares, constatar-se violação das regras de boa-fé, então cabe ação de indenização para ressarcimento dos danos causados à outra parte.

No Brasil, para se concluir esta breve análise legislativa comparada, caso a oferta, encarada, antes da aceitação, como conteúdo de negociações preliminares, seja recusada pela pessoa a quem foi proposta, tal conduta não faz gerar nenhuma possibilidade de ressarcimento, visto entender a doutrina que, de modo genérico, a recusa de contratos está no âmbito da liberdade de fazê-lo, parte integrante deste modo, da autonomia da vontade. No entanto, tem-se entendido que a liberdade na recusa de contratar tem limites, como na oferta ao público partindo de quem exerce atividade comercial, industrial ou de prestação de serviços, que faz anunciar, por exemplo, por intermédio de artefatos publicitários tornados públicos (jornais, rádios, TVs) com condições de venda ou de serviços, com preços adrede prefixados, que devem ser mantidos e cumpridos a quem quer que se apresente para adquiri-los ou beneficiar-se do serviço anunciado, e a negativa injustificada, tornaria cabível indenização que, na doutrina majoritária brasileira, não tem caráter contratual, e sim extracontratual ou delitual.

Assim, a ruptura nas negociações preliminares, no Brasil, se comprovadamente causar danos à outra parte e não se justificar por motivos de caso

fortuito ou de força maior, ensejará apenas a indenização como ato ilícito, com base, portanto, em conduta desleal ou abusiva.

7. CONCLUSÃO

Em derradeiro, baseado no princípio da autonomia da vontade, surge a relação jurídica contratual, com consequências no âmbito pré-contratual. Tem como fundamento a responsabilidade pela interrupção das negociações contratuais, o acometimento do abuso de direito e o não respeito à boa-fé objetiva, que, com a edição do Código Civil de 2002, em seu artigo 422, sem dúvida veio a contribuir sobremaneira para a aplicação em situações que reclamam soluções justas.

Assim, ao analisar esta forma de responsabilidade, a doutrina passou então a se debruçar sobre uma nova e importante questão: como qualificar juridicamente o instituto? Surgiram adeptos de ambas as correntes: tanto as que defendiam o seu caráter contratual quanto aquelas que a equiparavam às hipóteses de outra responsabilidade.

Constata-se, portanto, que, na realidade, não há como equiparar os casos em que um dever de diligência genérico se impõe a toda uma coletividade. Aqueles em função dos quais há a violação da confiança despertada unicamente no âmbito da relação travada entre as partes. Entende-se, portanto, que o instituto possui natureza contratual, uma vez que eventuais prejuízos experimentados não possuem outra origem senão aquela decorrente do início das negociações e que, por certo, deva ser reparada.

Desta forma, existindo as negociações pré-contratuais e ocorrendo a inobservância do princípio da boa-fé, nasce o dever de indenizar.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 10 de junho de 2010.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. In: EDITORA SARAIVA. *Vademecum Saraiva*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPPELLARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo. Atlas, 2010.
- CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Lejus, 1997.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- FAGGELLA Gabriele. Dei periodi precontrattuale e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. In: DIVERSI AUTORI. *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*. Tomo III. Napoli: L. Pierro, 1906.
- GIORGIO, Stella Richter. *La responsabilita precontrattuale*. Roma: UTET Università, 1996.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister . *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MORI, Igor. A responsabilidade pré-contratual pela quebra dos deveres acessórios: admissibilidade no Direito brasileiro. *Jus Navigandi*, ano 10, n. 868, Teresina, novembro, 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7598>>. Acesso em: 19 de junho de 2010.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Responsabilidade pré-negocial*. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

RIBEIRO, Antonio Campos. Responsabilidade pré-contratual. *Revista Direito*, v. 3, n. 5, p. 15-26, Rio de Janeiro, janeiro/junho, 1999.

SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle – À propos d'une étude nouvelle sur la matière. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. I, n. 6, p. 697-751, Paris, 1907.