

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: OS DEVERES DE CONDUTA NA
FASE DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

ALICE LENZI FIGUEIREDO

Rio de Janeiro
2019/1º semestre

ALICE LENZI FIGUEIREDO

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: OS DEVERES DE CONDUTA NA
FASE DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

Monografia final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Cintia Muniz de Souza Konder.

RIO DE JANEIRO

2019/1º semestre

FIGUEIREDO, Alice Lenzi

“Responsabilidade pré-contratual: os deveres de conduta na fase das negociações preliminares” / Alice Lenzi Figueiredo – Rio de Janeiro: UFRJ/FND, 2019.

Orientadora Dr^a. Cintia Muniz de Souza Konder

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito.

Referências bibliográficas: fls. 84-86.

ALICE LENZI FIGUEIREDO

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: OS DEVERES DE CONDUTA NA
FASE DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

Monografia final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação da Professora Doutora Cintia Muniz de Souza Konder.

Data da Aprovação: __/__/__.

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2019/1º semestre

AGRADECIMENTOS

À Prof^a. Dr^a. Cintia Muniz de Souza Konder, pelo apoio, pela compreensão, paciência e generosidade, que marcaram a orientação desse trabalho.

Aos meus pais, à minha irmã, aos meus padrinhos Paulo e Elisa e aos familiares, pela compreensão e pelo incentivo.

Ao meu avô Cândido, à minha avó Cléia e ao meu avô Ivan, de quem guardo apenas boas memórias.

Às minhas amigas, que ouviam generosamente longos áudios de whatsapp e me acalmavam em momentos de ansiedade.

Aos funcionários da biblioteca do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, pela paciência e boa vontade.

RESUMO

As negociações são uma fase na qual se mantém uma relação especial, em que, apesar de ainda não haver um contrato efetivamente concluído entre os envolvidos, estes travam um intenso contato, havendo grande troca de informações e maior possibilidade de interferência na esfera jurídica alheia. A especialidade que marca esse período requer uma proteção maior do que a conferida pelo princípio do “neminem laedere”, surgindo, assim, a responsabilidade civil pré-contratual. O caso mais famoso e mais frequente de responsabilidade civil pré-contratual é o que envolve um abandono abrupto de negociações quando já se havia criado no outro negociante, a legítima expectativa de contratação. No entanto, a doutrina aponta que a responsabilidade pré-contratual é mais ampla, abarcando todas as situações nas quais deveres anexos oriundos da boa-fé objetiva são descumpridos na fase pré-contratual. O presente trabalho busca, assim, realizar pesquisa jurisprudencial para verificar se há casos concretos que apontem para responsabilidade pré-contratual sem que seja causada pelo abrupto abandono de tratativas.

Palavras-chave: tratativas; negociações preliminares; responsabilidade pré-contratual; deveres anexos; boa-fé objetiva; fase pré-contratual.

ABSTRACT

Preliminary negotiations are a period in which a special business relationship is maintained, when the parties, even though there is not yet a contract in force, are in close contact, sharing information and thus increasing possibilities of damages arising from the negotiations. The special trait that marks this period requires legal protection to be more effective than what the "neminem laedere" principle can provide, thus giving space to pre-contractual liability. The most famous and common case of pre-contractual liability is the one in which damages are caused by an unexpected interruption of negotiations when the other party legitimately believed the contract was in fact going to be executed. However, jurisprudence points out that the scope of this type of liability is broader, encompassing all situations in which obligations arisen from good faith are disregarded during negotiations. The present work seeks to find possible judicial decisions that illustrate pre-contractual liability not related to arbitrary interruption of negotiations.

Keywords: negotiations; preliminary negotiations; pre-contractual liability; obligations arisen from the principle of good faith; the principle of good faith; pre-contractual phase.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A BOA-FÉ OBJETIVA.....	11
1.1. O desenvolvimento da boa-fé.....	11
1.2. Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva.....	14
1.3. As funções da boa-fé no ordenamento jurídico.....	17
1.4. A obrigação como processo.....	26
2. AS NEGOCIAÇÕES.....	33
2.1. As negociações preliminares.....	33
2.2. As negociações e a proposta.....	40
2.3. Documentação das negociações e formação progressiva dos contratos.....	43
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL.....	51
3.1. O surgimento e a evolução da responsabilidade pré-contratual.....	51
3.2. A natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual.....	56
3.3.1. Os deveres da fase pré-contratual.....	59
3.3.2. Os deveres de informação.....	64
3.4. Casos concretos.....	68
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	84

INTRODUÇÃO

Como é cediço, a responsabilidade civil pode se originar de duas situações: ou de um ato ilícito aleatório, caso no qual a violação ao dever geral de não lesar dará lugar à responsabilidade extracontratual ou aquiliana, ou pode se originar do descumprimento de uma obrigação, caso em que surge a responsabilidade contratual.

Em outras palavras, por trás da responsabilidade aquiliana, não haverá prévia relação jurídica entre autor e vítima: esta ter-se-á formado a partir do delito aleatório, podendo ser um acidente de carro, um arremesso de bola equivocado ou qualquer outra situação do dia-a-dia em que se viole o dever geral de cuidado que todos devem observar. Por outro lado, antes da responsabilidade contratual haverá sempre uma relação jurídica negocial entre vítima e autor, prejudicada pelo descumprimento de algum dever contratual.

No entanto, existe um cenário que não se encaixa perfeitamente em nenhum dos casos descritos acima, situando-se, de certa forma, entre uma situação e outra. Trata-se da hipótese na qual duas pessoas discutem e estudam a realização de um contrato entre si, e, em razão dessa negociação, um dano é produzido. Por trás desse dano, haverá mais do que um mero delito aleatório e não precedido por nenhuma relação jurídica, porém menos do que uma relação contratual – surgirá, assim, a responsabilidade pré-contratual.

A responsabilidade pré-contratual, ou *culpa in contrahendo*, é frequentemente utilizada como fundamento para indenizar prejuízos a um negociante causados em função de um projeto de contrato que este legitimamente acreditava que viria a se concretizar, porém é frustrado pela outra parte, que de forma arbitrária e abrupta, desiste do negócio. Nesse sentido, a situação mais comum, conhecida e estudada de responsabilidade pré-contratual é a responsabilidade pela ruptura injustificada e arbitrária de negociações, porém, a doutrina aponta que a responsabilidade pré-contratual não se limita a essa situação. Assim, a presente monografia busca estudar essa figura jurídica de forma mais ampla, sem se limitar apenas à possibilidade de dano em função do rompimento arbitrário de tratativas. Dessa forma, o objetivo da monografia é investigar, analisando os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo, se há casos julgados em que a responsabilidade pré-contratual não é causada pela retirada abrupta e injustificada das negociações, confirmando, assim, o que a doutrina já apontava como existente.

Para isso, no primeiro capítulo será estudada a boa-fé e seu desenvolvimento, diferenciando suas acepções objetiva e subjetiva. Estando claro o sentido da boa-fé objetiva, o capítulo explorará seu papel no ordenamento jurídico, especialmente sua função criadora de deveres anexos e independentes da vontade. Após, será abordada a concepção da obrigação como processo, sua relação com a boa-fé objetiva, com os deveres dela oriundos e com o afastamento da vontade do centro do direito privado.

No segundo capítulo, será estudada a fase pré-contratual e as negociações preliminares, buscando diferenciá-las da proposta e compreender em que medida são relevantes juridicamente. As tratativas também serão examinadas do ponto de vista de sua finalidade e do intenso contato que ocasionam entre os negociantes, de forma a compreender o diferencial desse período, que o afasta da aleatoriedade típica da responsabilidade aquiliana, embora ainda não se apoie em um contrato. Por fim, serão estudados os documentos pré-contratuais comumente produzidos no curso das negociações.

Finalmente, no terceiro capítulo, será estudada a responsabilidade pré-contratual, sendo abordada sua origem e seu desenvolvimento. Sob a perspectiva da boa-fé objetiva e da especial relação ocasionada pelas negociações, passar-se-á ao estudo dos deveres pré-contratuais, com enfoque especial naqueles ligados à informação.

Ao final do terceiro capítulo, alguns casos concretos envolvendo deveres pré-contratuais de informação serão analisados, procurando-se examinar, com isso, se a vulnerabilidade a que negociantes se expõem pode ocasionar danos fora da perspectiva da ruptura injustificada de tratativas.

Para realizar o estudo proposto utilizou-se o método de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entre 2000 e 2019, com as seguintes palavras-chave: “responsabilidade pré-contratual”, “responsabilidade civil pré-contratual”, “boa-fé objetiva”, “dever de informação”, “omissão”, “esclarecimento”, “ruptura justificada”, “ruptura motivada”, “informações”, “negociações”, “tratativas”.

1. A BOA-FÉ OBJETIVA

1.1. O desenvolvimento da boa-fé

A boa-fé objetiva é, hoje, um princípio central, sem o qual não é possível compreender o direito privado em sua atual concepção, não mais marcada pelo liberalismo e pelo excessivo enfoque no dogma da vontade, típico do século XIX.

No entanto, não é um instituto novo – e nem sempre se apresentou como um princípio. Tendo em vista a importância e o relevo da boa-fé objetiva para a compreensão da própria responsabilidade civil pré-contratual, se faz necessário recapitular sua origem e transformação. Afinal, como observa Schreiber¹, a boa-fé, embora existisse desde tempos romanos, apenas assumiu a feição que tem hoje no início no século XX, tendo passado por uma grande evolução.

A boa-fé surge no direito romano, relacionada, num primeiro momento, a alguns institutos jurídicos, como o instituto da clientela, pelo qual o patrício se comprometia a proteger o cliente, contexto no qual significava promessa de proteção². Com o aumento da relação entre os romanos e os estrangeiros, causada pela expansão militar, a boa-fé, referida como *fides*, passa a ser utilizada na regulação das relações comerciais com o estrangeiro, ganhando – eis que não se podia aplicar o “*ius civile*”, destinado a reger contratos entre os cidadãos romanos, para os contratos internacionais³ - o sentido de respeito ou fidelidade à palavra dada⁴. Nesse momento, passa a ser referida como *bona fides* e adquire uma dimensão ético-normativa⁵, significando “critério objetivo de regulamentação dos negócios”.⁶

¹ SCHREIBER, Anderson. Palestra proferida no V Congresso Brasileiro de Direito de Família, em 28 de outubro de 2005.

² FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 204., jan. 2007.

³ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. 2v. p. 120.

⁴ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 205., jan. 2007.

⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. 2v. p. 120.

⁶ Menezes Cordeiro explica, em relação à *fides*, que “a dimensão ético-normativa de que ela, então, se reveste, mereceu-lhe o qualificativo de *bona*.” CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. 2v. p. 120.

Com o passar do tempo, o instituto passa por uma “diluição vertical e horizontal.”⁷ Diz-se que a boa-fé passa por uma diluição horizontal porque a mesma expressão passa a designar um segundo instituto, pertencente a um outro campo do direito, transmudando-se para outra área. Assim, com o sentido de estado psicológico de ignorância, surge a “*bonae fidae possessio*”, instituto criado no âmbito dos direitos reais como o requisito para a configuração da usucapião, “qual seja, o estado de ignorância, por parte do possuidor, do vício ocorrido no negócio transmissivo do direito real a ser constituído pela usucapião”.⁸

Dessa maneira, a expressão usada para designar um “complexo normativo de ação”⁹, ou “norma jurídica objetiva de comportamento honesto e correto”¹⁰ passa a ser usada para designar a crença de não prejudicar direitos alheios, ou, como explica Menezes Cordeiro, “a convicção de actuação correcta”¹¹, deixando o “papel normativo que caracterizava a *fides dos iudicia*”.¹²

Já no âmbito do direito das obrigações, no qual a boa-fé é ligada a um comportamento honesto e correto, o instituto passa por uma mudança vertical, eis que começa a se mesclar aos conceitos vagos e imprecisos de equidade e justiça¹³. Karina Nunes Fritz sintetiza:

Essas difusões vertical e horizontal da boa-fé, processadas no decorrer de séculos, provocaram a diluição de seu conceito, de forma que esta chegou à compilação de Justiniano, no século VII, expressando não somente situações jurídicas diferentes – a boa-fé possessória e obrigacional – mas também princípios gerais, como é o caso da equidade.¹⁴

Essa dualidade de sentidos seria superada pelo direito canônico, fase na qual a boa-fé era concebida sem a mudança de conotação conforme estivesse no campo do

⁷ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 205., jan. 2007.

⁸MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons., 2015, p. 75.

⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. 2v. p. 120.

¹⁰ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 205-206., jan. 2007.

¹¹CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. 2v. p. 120.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 75.

¹³ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 205-206., jan. 2007.

¹⁴ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 206., jan. 2007.

direito das obrigações ou dos direitos reais¹⁵. Na Idade Média, a boa-fé passou a ser associada à ausência de pecado e, sendo o contrário de má-fé (a qual, por sua vez, tinha a conotação de pecado), numa concepção fundamentalmente subjetivista do instituto¹⁶ e intimamente ligada à moral cristã.¹⁷ Nesse contexto, seus significados foram unificados tendo como referência o pecado.¹⁸

Quando o código napoleônico, primeira grande codificação civil, é editado, a boa-fé é recepcionada em sua acepção subjetiva e, apenas de maneira formal, objetiva. Em razão do distanciamento da boa-fé de seu sentido objetivo, de lealdade de comportamento, o dispositivo no código francês que a recepciona, acaba a limitando ao significado de reforço ao pactuado¹⁹. Como observa Judith Martins-Costa, “a boa-fé será tida como mera fórmula de reforço ao princípio supremo do *Code* em matéria contratual, qual seja, o da adstrição ao pactuado, tal qual pactuado”.²⁰

No entanto, na cultura germânica, a boa-fé se desenvolveu de outra forma. Surge a fórmula “*Treu und Glauben*”, na qual “*Treu*” significa lealdade e “*Glauben*”, crença²¹. Como observa Judith Martins-Costa:

Como se percebe, o Direito germânico propôs significados diversos daqueles atribuíveis à *bona fides* romana, o que teria consequências duradouras na noção que lhe seria posteriormente conotada, marcando-lhe a distinção entre a acepção da boa-fé nos Ordenamentos jurídicos situados na órbita do Direito francês (cujo enfoque deriva do Direito Romano e do canônico) e os Ordenamentos que sofreriam o influxo do Direito germânico²².

Na Idade Média, devido à fragmentação territorial, o instituto ganha importância na prática comercial germânica e é aplicado como regra de conduta a ser seguida pelas partes, de acordo com lealdade e honestidade.

A elaboração da boa-fé como regra de conduta surgiu não de elaborações doutrinárias, mas da prática comercial alemã de épocas medievais. Essa prática comercial, pacificamente aceita no meio social, foi gradativamente

¹⁵ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 206., jan. 2007.

¹⁶ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 206., jan. 2007.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 75.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 87.

¹⁹ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 207., jan. 2007.

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons., 2015, p. 107.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 79.

²² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 81 e 82.

reconhecida e assimilada pelos tribunais comerciais surgidos na Alemanha com o desenvolvimento do liberalismo. Em decorrência da ausência de um Estado centralizado – a Alemanha encontrava-se à época fracionada em diversas unidades políticas independentes – esses tribunais comerciais decidiam não de acordo com uma fonte legislativa homogênea, mas fundados sobremaneira no direito romano (*Corpus Iuris Civilis*), no direito comum, nos usos e costumes de cada localidade e na boa-fé²³.

1.2. Boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva

Feita uma breve exposição do desenvolvimento da boa-fé, cumpre diferenciar a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva. Isso porque, o instituto que contribuiu para a mudança na forma com que as relações contratuais e obrigacionais são tratadas, fazendo parte do contexto de temperamento de dogmas com base nos quais o direito obrigacional se erguia – notadamente, a autonomia da vontade – é a boa-fé em sua acepção objetiva, norma de conduta honesta e leal, e não a boa-fé subjetiva²⁴.

Esta depende da aferição de um estado psicológico individual²⁵, estando ligada à íntima convicção do sujeito e à sua consciência. Assim, a boa-fé subjetiva está relacionada com “um estado de fato, a crença legítima”²⁶, sendo, portanto, o oposto de “má-fé”.

Noronha explica que a boa-fé subjetiva ocorre quando uma pessoa acredita legitimamente ser titular de um direito quando, na realidade, não é, o que gera uma situação de confiança subjetiva²⁷.

Para aplicá-la, o intérprete deve considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico, sua convicção, independentemente se equivocada, ou não, de ter agido conforme o Direito²⁸. Trata-se, portanto, como de uma análise subjetiva de intenções do sujeito que exerceu a conduta que se pretende avaliar. É nesse sentido o termo alemão que designa a boa-fé subjetiva: o instituto é chamado “guter Glaube” ou

²³ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 208-209., jan. 2007.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 410.

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 261.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 263.

²⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 262.

“guter Glauben”, o que quer dizer “boa crença”. Em contrapartida, “Treu und Glauben”, termo que designa a boa-fé objetiva, significa “lealdade e crença”.²⁹

De fato, o conceito de boa-fé objetiva, desenvolvido no século XX através da interpretação do §242 do BGB, traz o sentido de uma norma de conduta qualificável como leal, exigível de um sujeito reto, consistindo em um modelo de conduta objetivo, um “standard”, pautado em lealdade, honestidade, probidade e levando em consideração fatores concretos do caso e os interesses e expectativas do outro, formadas legitimamente a partir da conduta do sujeito e de elementos casuísticos.³⁰

Teresa Negreiros apresenta a boa-fé objetiva como o novo princípio do direito contratual: uma norma de conduta que, além de servir como critério de avaliação de comportamentos, impõe deveres,³¹ obrigando que os sujeitos da relação jurídica ajam positivamente, colaborando um com o outro. É um padrão de conduta que impõe a recíproca cooperação, pautada na consideração de interesses da contraparte.³²

No mesmo sentido, Regis Fichtner Pereira esclarece ter a boa-fé objetiva seu substrato na relação jurídica de cooperação, sendo um modelo de comportamento ou standard jurídico que valora condutas de acordo com a honestidade, lealdade e probidade, parâmetros os quais as pessoas são obrigadas a atender.³³

Esse padrão de conduta fixa exigências mínimas, estabelecendo modelos éticos de comportamento com um caráter positivo, ou seja, exigindo mais do que uma mera abstenção.³⁴ O comportamento estabelecido pela boa-fé contratual, inspirado e informado pelos interesses da outra parte da relação, alimenta um espírito de colaboração entre elas.

²⁹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132, nota de rodapé.

³⁰ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, pp. 208-209., jan. 2007.

³¹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 119-120.

³² NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 122-123.

³³ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A responsabilidade civil pre-contratual*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001, p. 76.

³⁴ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *A responsabilidade civil pre-contratual*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001, p. 77.

Noronha explica que a boa-fé objetiva instaura um “modelo abstrato de pessoa, razoavelmente diligente”³⁵ com o objetivo de tutelar legítimas expectativas criadas no outro, contribuindo, assim para maior segurança e estabilidade das transações.³⁶

O autor esclarece que a boa-fé objetiva pressupõe a existência de pelo menos mais de duas pessoas conectadas por uma relação jurídica, sendo o modelo de conduta abstrato delas exigido pela boa-fé condizente com sua qualificação, de forma que seja exigido de um profissional especializado a conduta razoavelmente diligente típica de profissionais equivalentes³⁷. A determinação do padrão a ser seguido deve, igualmente, levar em consideração a outra parte, no sentido de que a expectativa protegida deve ser aquela à qual a se deu causa, ou seja: deve-se verificar se havia as condições para que surgisse o estado de confiança no negócio jurídico celebrado.³⁸

Por fim, Noronha explica, inspirado no termo alemão “Treu und Glauben”, haver a “boa-fé objetiva lealdade” e a “boa-fé objetiva confiança”, expressando aquela o dever de lealdade devido, e, esta, a expectativa de confiança na contraparte.³⁹

Sobre a boa-fé e a confiança, Judith Martins-Costa explica que a boa-fé objetiva tutela as legítimas expectativas⁴⁰, de modo a haver uma superposição entre o princípio da confiança e a boa-fé – os quais encontram substrato comum na *fides*.⁴¹ É dessa forma que princípio da confiança está sobreposto em relação ao da boa-fé, que o engloba. Porém, esclarece a autora que, embora a boa-fé e a confiança exerçam a função comum de estabelecer um dever de coerência⁴², mantendo a palavra dada e a conduta exercida anteriormente, bem como deveres de proteção⁴³, enquanto a função imediata do princípio

³⁵ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 138.

³⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.136.

³⁷ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 138.

³⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 138.

³⁹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.139.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons., 2015, p. 233. Nesse sentido, a autora esclarece que a boa-fé objetiva protege a confiança objetivada, ou seja, não a criada pela íntima convicção de um sujeito, ligada à boa-fé subjetiva.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 233.

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 234.

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 235.

da confiança é assegurar expectativas, a boa-fé objetiva se volta ao direcionamento de condutas, exercendo um papel ativo.⁴⁴

Ainda, segundo Judith Martins-Costa, a boa-fé, em sua acepção objetiva, pode ser qualificada de três formas, quais sejam: como um modelo jurídico, um modelo comportamental e, também, como princípio jurídico⁴⁵. A boa-fé objetiva como princípio jurídico, explica, orienta condutas em direção a um modelo comportamental de valores ético-jurídicos.

A boa-fé configura um *modelo jurídico complexo e prescritivo*. Trata-se de um modelo porque o significado e as eficácias do “comportamento segundo a boa-fé” não resultam de uma norma isolada, mas de uma estrutura normativa que articula, finalisticamente, normas provindas de mais de uma das fontes (lei e jurisprudência; ou lei, costume e negócio jurídico; ou lei, jurisprudência e doutrina, quando a jurisprudência acolhe um modelo hermenêutico sedimentado na doutrina para suprir lacuna do sistema normativo prescritivo), ou propor determinado entendimento. E se trata de um *modelo prescritivo* porque, é dotado da possibilidade de impor ações, condutas, vedações, sanções – e não apenas “recomendações” ao aplicador do Direito.⁴⁶

A autora explica que a boa-fé objetiva, ao atuar no sistema jurídico, age modulando a interpretação de contratos, integrando lacunas, gerando deveres e pautando e indicando limites ao exercício seja de direitos subjetivos, formativos, direitos de exceção, direitos, expectativas, posições, situações e faculdades jurídicas⁴⁷. Estas são, como será exposto a seguir, as funções exercidas pela boa-fé objetiva.

1.3. As funções da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico

As diferentes funções da boa-fé se complementam, não estando claro, frequentemente, qual função exatamente a boa-fé está exercendo em determinado caso concreto⁴⁸. No entanto, a doutrina identifica, de forma geral, três funções.

Assim, a boa-fé atua no sistema jurídico sendo ora o limite ao exercício de direitos – ou, conforme Menezes Cordeiro, exercício de situações jurídicas, ora como um parâmetro hermenêutico, critério indicador da melhor interpretação de uma cláusula

⁴⁴MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 236.

⁴⁵MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 263.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 266.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 265.

⁴⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140.

contratual, ora como a fonte criadora dos chamados “deveres de consideração”, também chamados de deveres instrumentais, secundários, laterais, acessórios, anexos, de proteção, de conduta ou fiduciários.

O papel da boa-fé objetiva de impor limites ao exercício de direitos subjetivos encontra fundamento no art. 187 do Código Civil, segundo o qual “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”⁴⁹, servindo, assim, como critério para se averiguar se houve abuso no exercício de um determinado direito subjetivo. A boa-fé está, assim, relacionada com a teoria do abuso de direitos de tal forma que atua como uma referência de valoração do comportamento das partes. O exercício do direito será irregular quando frustrar expectativas legitimamente constituídas, porque, nesse caso, o comportamento formalmente ou aparentemente lícito é contrário à boa-fé – e, em função disso, abusivo⁵⁰.

Ao ser aplicada para impedir o exercício de um direito em contrariedade à recíproca lealdade, a boa-fé promove a consideração pela posição da outra parte, protegendo seus interesses e expectativas e tutelando, assim, a confiança⁵¹.

É nesse contexto que a boa-fé, em sua função limitadora do exercício de direitos e do comportamento desleal, deu espaço para o desenvolvimento de diversas figuras hoje já amplamente conhecidas⁵², como *venire contra factum proprium*, *surrectio*, *supressio* e *tu quoque*, ainda, ao adimplemento substancial, eis que, faltando apenas uma parcela pequena da prestação, a resolução do contrato com perdas e danos seria abusiva.⁵³

A ideia central das figuras acima elencadas é a proteção da confiança (abarcada, como já exposto anteriormente, pela boa-fé objetiva). Proibindo o *venire contra factum proprium*, a boa-fé objetiva protege a confiança vedando um comportamento contraditório em relação à conduta que vinha sendo exercida como um padrão.⁵⁴ Da mesma forma, não pode uma parte que já não cumpriu um dever contratual, quando lhe

⁴⁹ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), artigo 187.

⁵⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 140-141.

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005, pp. 83-85.

⁵² FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série GVlaw), p. 53.

⁵³ FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série GVlaw), p. 57.

⁵⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 142.

convém, exigir da outra o comportamento que ela própria não satisfaz, o que é chamado de *Tu Quoque*: contratantes igualmente faltosos devem ser tratados de forma igual.⁵⁵

A boa-fé igualmente permite o reconhecimento de que o exercício de uma posição jurídica continuada faz surgir um direito⁵⁶, fenômeno chamado de *surrectio*, ao qual corresponde o *supressio*, que ocorre quando “a aplicação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé”.⁵⁷

A função interpretativa, ou “hermenêutico-integrativa”⁵⁸, da boa-fé se fundamenta no art. 113 do Código Civil. Trata-se de um papel de critério hermenêutico, exigindo a boa-fé “que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes”⁵⁹, função que vai além de simplesmente impedir interpretações maliciosas⁶⁰.

Em razão da função interpretativa da boa-fé, quando um dispositivo textual der origem a dois sentidos diferentes, o sentido que deverá ser adotado é aquele que “a boa-fé aponte como razoável”.⁶¹ Noronha observa que, além disso, a função de vetor interpretativo da boa-fé exige que “os contratos (e os negócios unilaterais) devem ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo, aparente, salvo quando o destinatário da declaração conheça a vontade real do declarante, ou quando devesse conhecê-la, se agisse com razoável diligência”.⁶² Karina Nunes Fritz sublinha a importância da boa-fé objetiva nesse sentido, pois esta afasta o intérprete da necessidade de considerar a íntima convicção no processo hermenêutico, seja do redator, seja do receptor do dispositivo que

⁵⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 143.

⁵⁶ FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série GVlaw), p. 55.

⁵⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). *Da boa fé no direito civil*: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2011, p. 797.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 428.

⁵⁹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005, p. 81.

⁶⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005, p. 81.

⁶¹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 152.

⁶² NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 152.

se deseja interpretar, valorizando, ao invés, “o que um homem reto, honesto e leal poderia compreender do conteúdo negocial”.⁶³

Dessa forma, para Noronha, a função hermenêutica da boa-fé objetiva se desdobra na exigência tanto de interpretar um negócio jurídico de acordo com seu sentido objetivo ou aparente, quanto, sempre que haja ambiguidade, (ou seja, quando “o próprio sentido objetivo suscite dúvidas”⁶⁴) na exigência de se escolher a interpretação mais conforme à boa-fé objetiva⁶⁵. Esta seria identificada, conforme regras criadas pela jurisprudência em diversos países, verificando-se qual melhor preserva o negócio jurídico, qual é mais favorável à parte que assume as obrigações ou, finalmente, qual é menos favorável ao redator do dispositivo ambíguo⁶⁶.

Por fim, a interpretação pode ser feita para se preencher lacunas no negócio. O preenchimento ou integração de eventuais lacunas, deve ser feito sempre de acordo com a boa-fé objetiva⁶⁷. Como observa Judith Martins-Costa, em caso de lacunas não intencionais, a potencialidade integradora da boa-fé se manifesta na criação de deveres de instrumentais de conduta⁶⁸.

Nesse ponto, surge a última função – e mais relevante para a compreensão da responsabilidade pré-contratual – a qual se traduz na criação dos deveres de consideração, os quais, ao lado dos deveres de prestação, passam a integrar a relação obrigacional.

Os deveres de prestação são divididos em primários e secundários. O dever primário é a prestação principal, que compõe o objeto do vínculo obrigacional, sendo, por exemplo, no caso de um contrato de prestação de serviços, a atividade exercida pelo prestador de serviços e o preço devido pelo tomador⁶⁹. Já os deveres de prestação secundários são aqueles que se dirigem “à realização de prestações ainda específicas, mas

⁶³ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 195.

⁶⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 155.

⁶⁵ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 152.

⁶⁶ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 155-156.

⁶⁷ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 195.

⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 520.

⁶⁹ MARINELLI, Gabriel Machado. *Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares*. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 181.

diferentes da prestação principal”, voltando-se à realização de prestações acessórias, substitutivas ou complementares da principal⁷⁰. Nessa linha, os deveres de prestação secundários, podem ser traduzidos em “obrigações existentes no contrato que podem ser exigidas diante da impossibilidade ou da perda de conveniência do cumprimento da obrigação principal”⁷¹ como também “obrigações que guardam estreita relação com a prestação principal e se posicionam, em relação a esta, em caráter de complementariedade”.⁷²

Os deveres de consideração guardam uma série de particularidades que os diferem dos deveres de prestação, sendo os principais a ligação indireta com os deveres principais, na medida em que servem não ao resultado da relação obrigacional, mas ao seu correto processamento, a absoluta desvinculação desses deveres da vontade expressa nos termos do contrato e igual independência de eventuais previsões legais e a contínua dependência, para que surjam, de circunstâncias concretas.

Os deveres anexos, de fato, ao contrário dos deveres de prestação, não possuem relação direta com a prestação principal⁷³, no sentido de que se voltam não ao resultado, mas sim ao processamento que leva ao adimplemento. A boa-fé origina os deveres anexos ao dar prosseguimento em direção à finalidade das obrigações, garantindo o desenvolvimento e a realização obrigacional⁷⁴. Os deveres anexos se traduzem como o “meio para garantir a consecução do fim do contrato”⁷⁵, e, apesar de não estarem ligados diretamente à prestação principal, são fundamentais para o “exato processamento da relação obrigacional”.⁷⁶ Enquanto os deveres principais são cumpridos quando o resultado do comportamento do devedor se realiza para o credor⁷⁷, ou seja, quando o credor obtém a prestação devida, os deveres anexos têm a função de pautar a conduta das partes e, portanto, são cumpridos independentemente do resultado dessa conduta. Em

⁷⁰ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 161. Nota de rodapé.

⁷¹ MARINELLI, Gabriel Machado. *Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares*. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 181.

⁷² MARINELLI, Gabriel Machado. *Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares*. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 181.

⁷³ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 161.

⁷⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. 2v. p. 149.

⁷⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 150

⁷⁶ COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. *Direitos das obrigações*. 3.ed. ref. Coimbra: Almedina, 1979, p. 57.

⁷⁷ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 202.

geral, “não exigem mais do que a observância de um determinado comportamento por seu destinatário, sendo adimplidos quando esse age conforme a boa-fé objetiva, independente do resultado de sua conduta”.⁷⁸

Dessa forma, Menezes Cordeiro explica que “a boa-fé, na medida em que implica a efectiva prossecução do fim da obrigação, complementa as formulações, por vezes lacónicas, dos vínculos creditícios”.⁷⁹

Ainda, como observa Schreiber, referindo-se aos deveres de consideração:

Aspecto interessante dos deveres anexos está na sua origem não-voluntarista. Tendo como fonte a própria boa-fé objetiva, tais deveres independem da vontade das partes, e podem surgir mesmo contra esta vontade.⁸⁰

O aspecto ao qual o autor se refere é central para os deveres de consideração. Se são criados unicamente pela incidência da boa-fé objetiva e não precisam estar expressos no contrato, são avoluntarísticos⁸¹: independem completamente da vontade das partes. Mesmo que estas os tenham excluído do contrato, os deveres de consideração continuam surgindo de acordo com as circunstâncias do caso concreto, já que não têm como fonte a autonomia da vontade. Como observa Judith Martins-Costa, “considerada em seu papel jurisgênico ou monogenético, a boa-fé é fonte de deveres jurídicos alocados na relação obrigacional independentemente de expressa previsão legal ou negocial”.⁸²

Como explica Couto e Silva, diversos atos são necessários por parte tanto do credor quanto do devedor, para se atingir a finalidade em razão da qual o negócio foi estabelecido. Enquanto alguns desses atos, que o autor chama de “preparatórios”, voltados à satisfação do interesse do credor, surgem da manifestação da vontade jurisdicizada, outros nascem completamente desvinculados dela⁸³. Os deveres de consideração estão, assim, intimamente ligados ao abandono do eixo paradigmático do

⁷⁸ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 202.

⁷⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. 2v. p. 150.

⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005, p. 82

⁸¹ Judith Martins-Costa, ao explicar deveres que independem de previsão legal ou contratual, menciona em nota que, por isso, são chamados “avoluntarísticos”, fazendo referência Giovanni Maria Uda, em *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corresponsabilità delle prestazioni*. *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 4, p. 309, 1990. MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998.

⁸² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 219.

⁸³ SILVA, Clovis Verissimo do Couto e, 1930-1992. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976, p. 36.

direito privado individualista e voluntarista. Nesse sentido, Teresa Negreiros observa o seguinte:

Com efeito, o princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenômeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios, na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos.⁸⁴

Nesse contexto, os deveres anexos, como resultado da concretização do princípio da boa-fé objetiva, não estão, nem poderiam estar arrolados de forma exaustiva. São identificáveis a partir de situações e circunstâncias que podem ocorrer no desenvolvimento do dever, em toda e qualquer vinculação⁸⁵. A conformidade da conduta dos sujeitos envolvidos na relação obrigacional com a boa-fé só pode ser verificada *in concreto*, “examinando-o o fato sobre o qual o princípio incide, e daí induzindo o seu significado”.⁸⁶ Da mesma forma, os deveres de consideração não são identificáveis a priori ou dedutíveis da literalidade do dispositivo legal⁸⁷.

Portanto, não podem ser determinados a partir da verificação de compatibilidade entre fatos descritos em abstrato, na norma, e fatos concretos, conforme a técnica de subsunção do fato à norma: devem ser determinados caso a caso, dependendo de circunstâncias concretas, da qualidade das partes integrantes do vínculo bem como de diversos outros fatores de impossível previsão.

Essa característica, ao invés de ser tomada por desvantajosa, trouxe benefícios ao permitir a criação jurisprudencial dos deveres de consideração ao longo do tempo, respeitando e considerando as circunstâncias de cada caso⁸⁸.

Os deveres de consideração são, portanto, deveres existentes no âmbito de uma relação obrigacional, devidos por todas as partes integrantes do vínculo, não relacionados diretamente com a prestação principal e que independem da vontade das partes ou da lei, baseando-se diretamente na boa-fé objetiva. São chamados por grande parte da doutrina,

⁸⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 116

⁸⁵ SILVA, Clovis Verissimo do Couto e, 1930-1992. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976, p. 29.

⁸⁶ SILVA, Clovis Verissimo do Couto e, 1930-1992. *A obrigação como processo*. São Paulo: J. Bushatsky, 1976, p. 36.

⁸⁷ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 203.

⁸⁸ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 203.

sem distinção, de deveres anexos, secundários, laterais, instrumentais, acessórios, ou mesmo “de consideração”, numa alusão ao fato de que surgem justamente em consideração pelos interesses do outro, expressando lealdade, solidariedade e cooperação⁸⁹.

Couto e Silva separa os deveres de consideração, que chama de forma genérica de “deveres anexos”, em deveres independentes e dependentes. Os deveres independentes seriam aqueles dotados de vida própria, no sentido de que seriam capazes de sobreviver após o cumprimento da prestação principal, em função da circunstância de que têm um fim próprio, que difere da finalidade da obrigação principal⁹⁰.

Judith Martins-Costa aponta para a existência de dois grupos de deveres de consideração: aqueles que chama de deveres anexos, ou instrumentais aos deveres de prestação, e deveres de proteção, ou laterais, contra danos que podem ser causados pelo negócio jurídico. Ambos, oriundos da boa-fé objetiva, são, em essência, deveres de cooperação e de proteção dos interesses, resultado da terceira função da boa-fé objetiva. Porém, enquanto os deveres anexos ou instrumentais se voltam à otimização dos deveres de prestação, pertencendo à esfera dos *interesses de prestação*, os deveres de proteção visam a evitar eventuais danos advindos seja das tratativas, seja do próprio negócio jurídico, estando relacionados a *interesses de proteção*⁹¹.

Como observa Judith Martins-Costa, ao passo que os interesses de prestação só podem surgir a partir do momento em que uma prestação é devida e a obrigação extraída de um contrato deve ser adimplida, os interesses à proteção perduram para além do adimplemento e já existem antes de concluído um contrato. Assim, a autora reconhece que uma relação obrigacional contendo deveres de proteção pode surgir no período pré-contratual, ou, como prefere, pré-negocial⁹².

⁸⁹ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 201.

⁹⁰ SILVA, Clovis Verissimo do Couto e, 1930-1992. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro, RJ: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 97.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 522.

⁹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 225.

Nesse sentido, como percebe Menezes Cordeiro, não raro “torna-se, aliás, difícil distinguir os deveres de proteção constituídos na vigência dos contratos dos pré-contratuais”⁹³.

Os deveres de consideração possuem distintos graus de intensidade. Karina Nunes Fritz afirma que esta aumenta à medida em que a relação obrigacional se prolonga no tempo, trazendo um maior dever de cooperação entre as partes.⁹⁴

Referindo-se aos deveres de proteção (ou seja, aos deveres de consideração que se voltam a evitar que, da relação obrigacional, surja um dano, pertinentes aos interesses de proteção), Judith Martins-Costa afirma que estes variam de intensidade conforme as diversas situações, que fazem parte da complexidade interna das obrigações, se desenvolvendo ao longo da relação.

Por não concernirem ao *status ad quem*, a ser obtido pelo cumprimento da obrigação, mas à proteção do *status quo* (seu conteúdo sendo determinado caso a caso conforme a possibilidade concreta de cada parte para intervir na esfera jurídica da outra), os deveres de proteção apresentam *graus escalonados de intensidade* conforme o dinâmico desenrolar da relação obrigacional, e segundo as relações jurídicas subjetivas em causa.⁹⁵

Pode-se dizer, assim, que os deveres de consideração não apenas surgem ao longo da relação obrigacional, como experimentam uma variação em sua intensidade, que é determinada de acordo com a situação que jurídica subjetiva encontrada no curso da relação.⁹⁶

O fato de serem oriundos da boa-fé e independerem da vontade expressa no contrato ou da lei é compatível com a concepção da obrigação como processo, como será exposto adiante.

⁹³ CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). *Da boa fé no direito civil: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 604.

⁹⁴ Referindo-se aos deveres de consideração, a autora afirma que “Além disso, sua intensidade aumenta à medida em que a relação obrigacional se prolonga no tempo e exige uma cooperação, um trabalho conjunto das partes. Os deveres de cooperação têm, portanto, distintos graus de intensidade.” FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 202.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 225.

⁹⁶ Conforme explicita a autora, “a ideia de ‘situação jurídica’ leva em conta a complexidade interna das relações jurídicas. E pode ser vista sob um aspecto passivo e um ativo.” MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 225.

1.4. A obrigação como processo

Em consonância com a transformação introduzida no direito obrigacional em razão do papel da boa-fé objetiva, como exposto acima, outro instituto do direito das obrigações relevante para a compreensão da responsabilidade civil pré-contratual foi objeto de discussão. Trata-se do próprio conceito de obrigação, antes limitado à sua visão estática e clássica, oriunda do direito romano, segundo a qual a obrigação é “o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável.”⁹⁷ A obrigação, de fato, vinha sendo enxergada e raciocinada como sendo um vínculo rígido e estático, no qual se opõem dois polos da relação obrigacional: o devedor, o qual deve uma prestação, e o credor, em face de quem a prestação é devida.

Essa visão clássica e tradicional deixa de contemplar uma série de situações e elementos que integram o vínculo obrigacional, reduzindo-o a uma simples relação linear na qual um sujeito tem o poder de exigir uma prestação e o outro, o dever de realizá-la. Na realidade, essa definição de obrigação linear e simples não é o que se encontra no dia-a-dia. De fato, como afirma Noronha, “considerada em si mesma, a relação obrigacional simples é mera abstração; aquilo que encontramos na vida real são relações obrigacionais complexas [...]”⁹⁸

Conforme explica Judith Martins-Costa, a concepção da obrigação ligada à visão clássica não explicava uma série de problemas que surgiam em casos concretos, como os demais deveres nascidos de uma relação obrigacional, ou o problema em torno de como tratar relações que se estendiam de forma duradoura no tempo, ou questões relacionadas a lacunas em contratos. Devido a esses entraves práticos, essa perspectiva de obrigação foi superada primeiro no campo da jurisprudência germânica, e, depois, na doutrina. Passou-se a considerar seu aspecto dinâmico e complexo, reconhecendo que a obrigação é integrada por vários elementos⁹⁹.

O dinamismo da relação obrigacional está ligado às mudanças que esta sofre à medida em que se desenvolve no tempo. Judith Martins-Costa observa o seguinte, sobre essa expressão:

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 07.

⁹⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 158.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 203.

A expressão traduz a ideia de a relação de obrigação no transcorrer de sua existência, e de seu percurso em direção ao adimplemento poder gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal; ou, ainda, poderes e deveres não indicados no título (contrato), ou, ainda, poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos estados de sujeição não vislumbrados na relação original; pode, por igual, importar na criação ônus jurídicos e deveres laterais (“deveres de proteção”) correspondentes a interesses de proteção que convivem a lare do interesse à prestação.¹⁰⁰

Noronha explica que há duas formas de enxergar as relações obrigacionais: estas podem ser vistas como uma relação obrigacional simples, conforme a perspectiva tradicional, ou como uma relação obrigacional complexa ou sistêmica¹⁰¹.

Ao analisar uma relação obrigacional sob a perspectiva clássica, o que ocorre é, na verdade, a seleção de um direito subjetivo ao qual corresponde um dever de prestação. Trata-se, na realidade, de “apenas um dos vínculos que se podem distinguir no âmbito do todo constituído pela relação obrigacional complexa”¹⁰². A perspectiva clássica traz um hábito analítico que ignora outros elementos integrantes da relação, induzindo à não percepção de outros vínculos. Como observa Noronha:

Quando se considera a relação obrigacional simples, seleciona-se de uma determinada situação da vida real apenas um direito respeitante a uma prestação exigível (direito subjetivo de crédito), acompanhado do dever correspondente de realizá-la, que está a cargo de outra pessoa. Quando se considera a relação obrigacional complexa, olha-se a situação na sua totalidade, considerando direitos, deveres, poderes, ônus e faculdades, digam ou não respeito a prestações exigíveis de uma ou outra parte.¹⁰³

É verdade que já houvera um avanço dogmático por parte da doutrina anteriormente, com o reconhecimento do fracionamento do conteúdo obrigacional, quando do surgimento da teoria dualista da obrigação¹⁰⁴, que separava o débito, ou Schuld, da responsabilidade, ou Haftung. A doutrina dualista, elaborada no final do século XIX na Alemanha por autores como Bekker e Brinz e aperfeiçoada por Von Gierke¹⁰⁵, permitiu a visualização da distinção analítica entre o débito e a garantia. Assim, separou-

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 213.

¹⁰¹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 157.

¹⁰² NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 158.

¹⁰³ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 157-158.

¹⁰⁴ CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). *Da boa fé no direito civil*: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2011, p. 586.

¹⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 205.

se o dever de efetuar determinada prestação, por parte do devedor (débito), da possibilidade de o credor agredir o patrimônio do devedor em caso de adimplemento (responsabilidade)¹⁰⁶.

Porém, apesar de o fracionamento da obrigação em “débito” e “responsabilidade” ter representado um avanço dogmático, “deve entender-se que, como modo de explicar a obrigação, estão ultrapassados”.¹⁰⁷ Isso porque essa concepção ainda se estrutura na ideia de dois polos estáticos e opostos, que opõem devedor e credor¹⁰⁸.

Após, com a concepção de relação obrigacional como um organismo, foi possibilitada a visualização de “uma multiplicidade de pretensões, presentes ou possíveis, para o futuro, estando o todo unificado em função do conjunto orgânico formado pela relação global”¹⁰⁹ e a distinção da relação obrigacional em sentido amplo, abrangendo o conjunto da situação jurídica creditícia, e em sentido estrito, para se referir a cada pretensão nela inserida isoladamente¹¹⁰.

A palavra “organismo” foi substituída por “processo” por Larenz, para expressar a ideia de fim perseguido. Como observa Judith Martins-Costa, o termo “processo” “encontra-se hoje presente uma perspectiva hegeliana, vislumbrando-se o processo como uma sucessão de atos entre si relacionados e dirigidos a uma finalidade, que os polariza ou atrai”¹¹¹. Assim, o uso do termo “processo” “permite a Larenz focar o sentido final das obrigações as quais, viradas para um escopo, vão sofrendo alterações durante o seu percurso temporal, sem prejuízo da identidade de base.”¹¹²

É importante notar que a percepção da complexidade e do dinamismo da relação obrigacional atinge tanto a posição do devedor quanto a do credor, significando uma superação total da leitura liberal pura, a qual permitiria, por exemplo, que um credor não cooperativo mantivesse o devedor para sempre vinculado, na medida em que impedisse

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 206.

¹⁰⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). *Da boa fé no direito civil*: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2011, p. 587.

¹⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 208.

¹⁰⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). *Da boa fé no direito civil*: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2011, p. 588.

¹¹⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). *Da boa fé no direito civil*: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2011, p. 588.

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 214.

¹¹² CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). *Da boa fé no direito civil*: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2011, p. 590.

o adimplemento da obrigação, pois, pela visão clássica, ao credor não caberia nenhum ônus ou dever.¹¹³

No direito brasileiro, Clovis do Couto e Silva foi o autor que introduziu a ideia de obrigação complexa, (mais especificamente, obrigação como processo). Inspirado na doutrina alemã, o autor foi o primeiro no Brasil que analisou a obrigação globalmente e de uma perspectiva dinâmica, explicando que, ao invés de uma relação estática polarizada pelo adimplemento, a obrigação é, na verdade, um processo que se movimenta, se desenvolve e se transforma, passando por diferentes fases sempre em direção à sua finalidade, qual seja, o adimplemento, ou “utilidade econômico-social ou a necessidade servida pelo contrato”.¹¹⁴

O autor identifica uma crise na teoria das fontes da obrigação – já que a vontade e a lei deixaram de ser suas únicas fontes¹¹⁵:

A crise decorre da concepção de que um código, por mais amplo que seja, não esgota o *corpus juris* vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, mas também na doutrinação.¹¹⁶

Chega à conclusão de que a crise das fontes está ligada principalmente ao princípio da boa-fé, que ocasiona a principal transformação na teoria das fontes, na medida em que possibilita o surgimento de deveres a partir de sua concreção¹¹⁷, alterando o desenvolvimento tradicional da obrigação e impondo deveres de cooperação entre os envolvidos na relação jurídica que podem inclusive perdurar para além do adimplemento da prestação principal.¹¹⁸

Considerando em sua análise a separação entre as diferentes fases pelas quais a obrigação passa – o nascimento, o desenvolvimento e o adimplemento – e conjugando a autonomia da vontade com a boa-fé, o autor conclui que a obrigação é um conceito

¹¹³ CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). *Da boa fé no direito civil*: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2011, p. 593.

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 396.

¹¹⁵ SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e, 1930-1992. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro, RJ: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 65.

¹¹⁶ SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e, 1930-1992. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro, RJ: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 65.

¹¹⁷ SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e, 1930-1992. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro, RJ: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 91.

¹¹⁸ SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. 1964. 234 p. Cátedra - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Concurso da Cadeira de Direito Civil, Porto Alegre, 1964. p. 222.

finalístico, voltado à satisfação dos interesses do credor¹¹⁹, podendo ter variados graus de intensidade.¹²⁰

Assim, a obrigação passa a ser vista a partir de uma perspectiva interna em relação ao vínculo que existe entre o devedor e o credor, de forma a levar em consideração toda a sua totalidade, englobando problemas e casos a ela reconduzíveis. O vínculo é dinâmico, pois é formado por elementos e atos concatenados e interligados que se estruturam e organizam para alcançar a finalidade, passando por várias fases distintas.

Dessa forma, o caminho para a satisfação do crédito inclui um complexo de direitos, deveres, sujeições, ônus, pretensões, legítimas expectativas e elementos que, inclusive, podem ter caráter indeterminado e com origem nas cláusulas gerais. De fato, “os múltiplos elementos integradores da relação obrigacional complexa, e o caráter indeterminado de alguns, ligam-se à aplicação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais”.¹²¹

Nesse sentido, Noronha observa que a análise da obrigação de uma perspectiva “sistêmica ou globalizante”¹²², põe em evidência os diversos deveres de consideração oriundos da boa-fé¹²³:

É partindo da análise do conteúdo da relação obrigacional complexa, ou sistêmica, que se encontram inúmeros deveres de conduta, que têm todos como pressupostos a necessidade de agir de acordo com a boa-fé.¹²⁴

Como observa Karina Nunes Fritz, a concepção da relação obrigacional como um processo dinâmico facilita a visualização da fase pré-contratual, na medida em que nesta também incidem deveres que independem da manifestação da vontade, em consonância com a mudança no paradigma do direito privado, que deixa de se fundar no dogma da vontade. Assim, explica:

A potencialidade integrativa da boa-fé – a qual tem permitido inserir na relação obrigacional deveres não previstos pelas partes, quando da celebração do negócio jurídico – está diretamente relacionada com sua função de fonte

¹¹⁹ SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. 1964. 234 p. Cátedra - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Concurso da Cadeira de Direito Civil, Porto Alegre, 1964. p. 221.

¹²⁰ SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e, 1930-1992. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro, RJ: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 81.

¹²¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 250.

¹²² NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 157.

¹²³ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 157.

¹²⁴ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: Autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 160.

criadora de deveres de conduta, compreensão resultada da alteração do modo de ver o fenômeno obrigacional – classicamente concebido como vínculo jurídico de sujeição do credor sobre o devedor, com os polos da relação perfeitamente delimitados por direito versus dever – operada pela jurisprudência alemã logo após a 1ª Guerra Mundial. Com o abandono da ideia de relação obrigacional como pretensão do credor, como afirma Wieacker¹²⁵, a doutrina pôde visualizar as distintas fases que compõem esse fenômeno: elaboração (pré-contratual), execução (contratual) e término (pós-contratual). Daí surge a ideia de obrigação como organismo ou processo de direitos e deveres, ordenados logicamente para uma finalidade, traduzida na realização dos interesses legítimos das partes.

Essa visão dinâmica do fenômeno obrigacional permitiu constatar que os deveres de conduta incidem não apenas durante o vínculo obrigacional, quando se está diante de um negócio jurídico, mas ainda nas fases pré e pós contratual, quando as partes encontram-se apenas em uma relação de contato. A boa-fé objetiva atua em todas essas fases, embora com intensidades distintas, criando direitos e deveres para as partes, os quais independem da vontade dos envolvidos.¹²⁶

Nesse ponto, observa Martins-Costa:

A concepção da obrigação como um processo e como uma totalidade concreta, qualificada como “relação de cooperação” põe em causa um determinado paradigma do Direito das Obrigações, fundado nuclearmente na valorização jurídica da vontade humana, inaugurando outro paradigma, articulando, dialeticamente, os princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva.”¹²⁷

A fragmentação da obrigação em diferentes fases e a percepção de que, ao longo delas, diferentes situações jurídicas se formam, vem acompanhada do reconhecimento de que deveres independentes da vontade surgem conforme o desenrolar do fenômeno obrigacional.

Assim, a concepção da obrigação como processo complexo e dinâmico está inserida no movimento que retira a centralidade que tinha o dogma da vontade no direito privado.

Uma das consequências dessa mudança de paradigma do direito civil foi reconhecer que as negociações são dotadas, em algum grau, de normatividade. As tratativas constituem uma fase que, por excelência, está ligada ao exercício da

¹²⁵ Wieacker aponta como uma das tendências jurisprudenciais dos tribunais alemães do século XX: “A relação obrigacional, equiparada pelo BGB à pretensão do credor (ou a uma multiplicidade de pretensões) foi reconhecida pela prática e pela teoria como uma relação jurídica complexa (‘organismo’) de contornos vastos e alastrantes, a partir da qual podem ser deduzidos não só múltiplos deveres acessórios e ‘deveres de proteção’ de caráter geral, tanto do lado de uma das partes como do lado da outra, mas também assunções de deveres pré-contratuais (*culpa in contrahendo*) e uma e uma responsabilização contratual do respectivo credor (*culpa in exigendo*).” WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

¹²⁶ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, p. 217., jan. 2007.

¹²⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 217.

liberdade de contratar – como será melhor exposto no capítulo seguinte, trata-se do momento em que as partes decidirão contratar, ou não.

No entanto, assim como os deveres de proteção sobrevivem ao adimplemento da obrigação, incidindo no período pós-contratual, da mesma forma já devem ser observados na fase pré-contratual, protegendo a confiança dos negociantes, que, assim, antes da conclusão do contrato, já deverão observar, um em relação ao outro, deveres anexos oriundos da boa-fé objetiva.

Nesse contexto, é possível dizer que as negociações preliminares são dotadas de certa normatividade, a qual tem origem não na vontade – já que ainda não foi firmado o contrato –, mas na boa-fé objetiva, cuja proteção é atraída pela especial relação que se forma durante as tratativas, o que será explorado no capítulo seguinte.

2. AS NEGOCIAÇÕES

2.1. As negociações preliminares

Passa-se, agora, ao estudo da fase pré-contratual, na qual ocorrem as negociações. Para avaliar a ocorrência de responsabilidade civil pré-contratual, é imprescindível analisar esse período, que antecede a conclusão do contrato e no qual é realizada a deliberação sobre o negócio pretendido.

Como observa Orlando Gomes, é nesse momento que são debatidas as circunstâncias do negócio jurídico discutido, visando a possibilitar e verificar a sua viabilidade. Explica o autor, que podem ser criadas minutas, apontamentos e projeções do contrato visado, porém, por mais completas que sejam as negociações preliminares, estas não criam a obrigação de contratar, não tendo força vinculante nesse sentido¹²⁸.

De resto, é comum fazer preceder à proposta de entendimentos destinados à sua melhor formulação, chamadas negociações preliminares. Debatem os interessados as condições que podem tornar o contrato viável prolongando-as com o objetivo de verificarem se o negócio realmente lhes convém. Chegam, não raro, a elaborar um projeto do futuro contrato, redigindo, de comum acordo, a minuta que servirá de roteiro, para a redação do competente instrumento, cujo texto, via de regra, a reproduz. Outras vezes, as negociações preliminares registram-se em simples apontamentos, utilizados posteriormente para precisar a vontade dos interessados quanto ao conteúdo do contrato, Seja qual for, porém, a forma que assumam, as negociações preliminares constituem atividade que, embora não seja propriamente contratual, possui, em certas circunstâncias, indiscutível relevância jurídica. Tais negociações não passam, entretanto, de mera tentativa para realização de contratos, não se confundindo com as negociações contratuais propriamente ditas.¹²⁹

Caio Mário da Silva Pereira ensina que o contrato não nasce “de pronto”, sendo o resultado de uma série de momentos e fases que se interpenetram¹³⁰. As negociações preliminares são, segundo o autor, “conversas prévias, sondagens, debates”¹³¹ que giram em torno do contrato futuro, ocorrendo, portanto, na fase que antecede a sua formação¹³². Assim como Orlando Gomes, o autor observa que, em comparação com a proposta, ou o próprio contrato, as negociações não são dotadas de vinculabilidade. Assim, mesmo

¹²⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 72.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 72.

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva, 1913-2004. *Instituições de direito civil*. V. III. Ed. 18ª. Revisão e atualização de Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro, RJ: Gen: Forense, 2014, p. 35.

¹³¹ *Ibidem*, p. 34.

¹³² *Ibidem*, p. 34.

quando surja um projeto ou uma minuta, enquanto as negociações preliminares se mantiverem meras conversações, não obrigam¹³³.

Esse período é apresentado por Flávio Tartuce de forma didática como a primeira fase do processo de formação do contrato¹³⁴, durante a qual ocorrem conversações, debates, entendimentos e estudos sobre o contrato visado.

Antônio Chaves se refere a esse período como negociações preliminares, fase preparatória ou pré-constitutiva. Ao indagar a natureza jurídica das negociações, o autor chega à conclusão de que, o que se pode dizer com certeza sobre as elas, é que são uma “situação de fato”¹³⁵, sendo “elementos materiais indeterminados material e juridicamente, e que não podem ser conceituados justamente porque lhes falta qualquer organicidade”.¹³⁶

Maristela Basso afirma que as negociações podem ser compreendidas como um “conjunto de fatos e atos jurídicos que podem ser qualificados juridicamente como atos pré-contratuais”¹³⁷, sendo um período necessário de reflexão acerca do possível futuro contrato, ocasião na qual o agente vai gradualmente sedimentando sua vontade em um processo de formação sucessiva do negócio jurídico¹³⁸.

Nesse sentido, Roberto Braga de Andrade afirma que as negociações são “uma instituição que brota naturalmente no seio da sociedade, um fato social”¹³⁹, estando a fase negocial ligada ao fenômeno da formação gradual e progressiva dos contratos de elevado valor econômico e de conteúdo complexo. O autor entende que, nesse contexto, as tratativas nascem espontaneamente, sendo um fato da vida social ainda não idealizado

¹³³ PEREIRA, Caio Mario da Silva, 1913-2004. Instituições de direito civil. V. III. Ed. 18ª. Revisão e atualização de Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro, RJ: Gen: Forense, 2014, p. 34 e 35.

¹³⁴ O autor divide a formação do contrato civil em quatro fases, a fase de negociações preliminares, proposta, contrato preliminar e contrato definitivo. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 10.ed. São Paulo: Método, 2015, p. 139.

¹³⁵ CHAVES, Antônio. Responsabilidade pré-contratual. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959, p. 70.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 70.

¹³⁷ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1998. p. 131.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 127.

¹³⁹ ANDRADE, Roberto Braga de. *Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 68-78., out. 1992, p. 69.

pelo legislador, um procedimento informal necessário para satisfazer a exigência do ser humano de ponderar racionalmente o conteúdo do contrato perseguido.¹⁴⁰

Judith Martins-Costa explica a fase de negociações como uma zona gris, na qual há graus intermediários de contato entre os agentes, através da perspectiva do contato social. Segundo esse enfoque, o contato mais próximo expressaria o negócio jurídico e, o contato mínimo, os vínculos rarefeitos de responsabilidade extracontratual, decorrente de caso fortuito e aleatório. Nas negociações há um contato notadamente mais intenso daquele que origina um delito civil aleatório e menos intenso do que um contrato, estando, por isso, em uma “zona gris” não determinada, em algum lugar entre a proximidade máxima e a distância máxima, expressando graus intermediários de contato social.¹⁴¹

A finalidade das negociações é que, ao seu final, os sujeitos tenham corretamente avaliado se é vantajoso ou não prosseguir para a conclusão do contrato. É a fase na qual os sujeitos (que podem, nesse estágio, ser chamados de candidatos a contratantes) debatem e discutem o possível futuro contrato a fim de formar o juízo de conveniência do negócio.¹⁴²

Roberto Braga de Andrade observa que, após a troca de proposições e contraproposições acerca do conteúdo do futuro contrato, a negociação “pode ou não desaguar em acordo, conforme as partes verifiquem a seu término, que o contrato realmente lhes convém.”¹⁴³

Apoiado em Messineo, o autor afirma que, durante as negociações “as partes são animadas unicamente pela vontade de discutir e não necessariamente pela vontade de contrair: há uma vontade de tratar, a qual não é equivalente à vontade de estipular o contrato.”¹⁴⁴

Isso não quer dizer que se admita que um sujeito se envolva em negociações tendo vontade de não contratar – o que não faz sentido e pode ser considerado um comportamento contraditório que fere legítimas expectativas e confronta a boa-fé

¹⁴⁰ ANDRADE, Roberto Braga de. Op. Cit., pp. 68 e 69.

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51, jan. 2008., p. 19.

¹⁴² FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012., p. 20. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/>>. Acesso em 05/05/2019.

¹⁴³ ANDRADE, Roberto Braga de. Op. Cit., p. 69.

¹⁴⁴ ANDRADE, Roberto Braga de. Op. Cit., p. 74.

objetiva. Porém, embora todos que entrem em tratativas pelo menos vislumbrem a possibilidade de realizar o negócio jurídico com o outro, nem todos têm certeza de que devem celebrá-lo.

Assim, quando se diz que as partes entram em negociações com o objetivo de contratar, deve ser feita essa observação. De fato, se não houvesse a possibilidade de contratar ao final, sequer haveria tratativas. Dessa forma, quem entra em negociações ao menos considera a possibilidade de que valha a pena contratar. Durante as negociações, os sujeitos vão confirmar se de fato é conveniente o negócio jurídico perseguido, se é possível realizar o negócio jurídico que desejam, não sendo garantido que o resultado a essas indagações seja positivo. Dessa forma, parece mais correto entender a vontade das partes no período negocial como a vontade de tratar, antes de uma vontade de pactuar.

Por isso, Roberto Braga de Andrade observa que as negociações levam ao “desenho ou projeto de contrato inscrito em uma minuta, à qual falta o carimbo da vontade de concluí-lo, como fonte de uma relação jurídica”¹⁴⁵, diferenciando, assim, a vontade de meramente discutir daquela de efetivamente contratar, com a figura do “carimbo” da vontade de concluir o contrato, que falta a eventuais documentos pré-contratuais.

Karina Nunes Fritz menciona Messineo, igualmente, para explicar que as negociações expressam um estágio ainda imaturo no qual se discute apenas a possibilidade de concluir, futuramente, um contrato, inferindo-se daí que são movidas não pela vontade de contratar propriamente, mas, antes, de discutir.¹⁴⁶

Em se tratando de negociações acerca de operações complexas e de grande monta, atingir o juízo de conveniência acerca da realização ou não do contrato é um processo que em geral não se limita a ponderar pela adesão ao negócio, como se os termos do contrato já existissem. As negociações envolvem, em geral, como Regis Fichtner observa, a atividade de discutir e decidir conjuntamente *qual o conteúdo* do negócio, caso se pretenda realizá-lo¹⁴⁷.

¹⁴⁵ ANDRADE, Roberto Braga de. Op. Cit., p. 74.

¹⁴⁶ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012., p. 20. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/>>. Acesso em 05/05/2019.

¹⁴⁷ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 47.

É, por isso, um período de suma importância e que dará o aspecto do vínculo final. Strenger observa que as negociações devem ser tocadas com atenção, afinal, são os entendimentos preliminares que alicerçam o contrato final.¹⁴⁸

Nesse sentido, Maristela Basso considera que as negociações se destinam a definir o “projeto de contrato, suas condições fundamentais e, conseqüentemente, de trazê-lo ao conhecimento da outra parte.”¹⁴⁹

Outra observação a ser feita é que as tratativas podem se voltar não apenas ao conteúdo do contrato e ao juízo de conveniência do negócio como, também, para o próprio procedimento de negociação. Wanderley Fernandes, nesse sentido, explica que as tratativas podem versar sobre dois aspectos: ou sobre “condições que poderão figurar no contrato perseguido pelas partes e que estas pretendem documentar para que, mantidas em suspenso até a conclusão do acordo quanto aos demais itens da negociação, não sejam mais objeto de discussão”¹⁵⁰ ou sobre “regras de procedimento, ou seja, regras de conduta a serem observadas no curso da negociação”.¹⁵¹ Esse último caso, em que os sujeitos negociam, afinal, o próprio procedimento de negociação, se deve à complexidade das relações jurídicas e econômicas, que gera a necessidade de formalização e organização do período de tratativas, estabelecendo-se “regras de como negociar”¹⁵².

Além disso, uma característica importante das negociações, é que estas implicam em maior vulnerabilidade de um negociante em relação ao outro. Isso se deve à aproximação e exposição que a formação do juízo de conveniência acerca do negócio requer.

De fato, como observa Regis Fichtner, a conclusão atingida ao final do procedimento negociatório quanto a celebrar ou não o contrato, é sempre baseada em informações, seja aquela fornecida pelo outro ou obtida através de investigação – o que é muito comum e até esperado em casos mais complexos.

Por exemplo, a deliberação sobre a aquisição de uma sociedade envolve uma série de fatores que devem ser expostos e investigados, tais como a carteira de clientes da

¹⁴⁸ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 111.

¹⁴⁹ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1998. p. 132.

¹⁵⁰ FERNANDES, Wanderley. O Processo de Formação do Contrato. In: FERNANDES, Wanderley (coord.) *Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. – São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVlaw), p. 224.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 224.

¹⁵² FERNANDES, Wanderley. *Op Cit.*, p. 224.

sociedade, seu ativo e passivo¹⁵³, entre muitos outros elementos, que podem ainda variar em razão da atividade da sociedade. Não raro, ocorre troca de informações sigilosas, seguida de investigação para confirmar eventuais informações obtidas ou descobrir possíveis omissões ou irregularidades, uma das circunstâncias que concorrem para criar uma situação na qual surgem mais possibilidades de danos de uma parte à outra¹⁵⁴. A troca de informações sigilosas é um dos desdobramentos do fato de que, durante as negociações, “as partes mantêm entre si um contato social mais estreito e mais complexo que o ordinário.”¹⁵⁵

Com grande quantidade de fatores a serem considerados, negociações podem se prolongar, envolvendo gastos em dinheiro, tempo e mesmo possibilidades não aproveitadas¹⁵⁶, o que, de certa forma, expressa mais um aspecto da vulnerabilidade à qual as partes ficam voluntariamente expostas durante esse período.

Karina Nunes Fritz, nesse sentido, explica que a intensa proximidade dos sujeitos durante as negociações enseja maior risco de que um cause dano ao outro, de forma que o intenso contato desenvolvido durante as tratativas faz aumentar “a possibilidade de atuação na esfera jurídica do outro, com perigo de dano, o que faz com que essas relações de contato sejam consideradas especiais e, portanto dignas de proteção pela ordem jurídica”.¹⁵⁷

Assim, explica a autora que o contato estabelecido em tratativas voltadas a possível contrato leva a uma situação na qual o risco de que um sujeito invada a esfera jurídica do outro aumenta consideravelmente. Em outras palavras, o contato mantido no escopo de uma negociação expõe os envolvidos a mais hipóteses de dano. Em consequência, os negociantes deixam de estar meramente sujeitos ao dever genérico de não lesar e passam a dever, um ao outro, uma série de deveres de consideração, pautados no respeito mútuo, na lealdade, honestidade e retidão. À medida em que as negociações avançam, aumentam os deveres oriundos da boa-fé objetiva.¹⁵⁸

Explica a autora:

¹⁵³ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 46.

¹⁵⁴ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 51.

¹⁵⁵ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 51.

¹⁵⁶ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 51.

¹⁵⁷ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 43.

O *neminem laedere*, enquanto vinculação geral, mostra-se insuficiente para fundamentar a criação dessas regras de comportamento, as quais decorrem de um mandamento maior, o mandamento da lealdade, que na terminologia jurídica ganha o nome de princípio da boa-fé objetiva.¹⁵⁹

É nesse sentido que se diz que durante as negociações ocorre uma particularização do dever geral de não lesar, consubstanciado na expressão “*neminem laedere*”.¹⁶⁰ Não há ainda uma relação creditícia entre os sujeitos, mas já uma “situação de proximidade social qualificada”¹⁶¹, pela exposição voluntária a que se submetem com vistas a estudar a possibilidade de ajustarem entre si um negócio jurídico. Trata-se de “relações sociais dotadas de relevância jurídica que, conquanto não figurarem negócios jurídicos, são denotativas, mesmo assim, de uma relação particular de confiança e fidelidade.”¹⁶²

Judith Martins-Costa explica, assim, que, apesar de não haver entre os negociantes deveres de prestação, a boa-fé objetiva faz incidir deveres de proteção que visam a evitar tanto representações injustificadas quanto danos ocasionáveis em razão da aproximação especial possibilitada pelas negociações. Esses deveres instauram uma “ordem especial de proteção”¹⁶³ que suplanta o mandamento genérico de não lesar, insuficiente no âmbito de tratativas, eis que estas naturalmente fazem surgir riscos potenciais.

Regis Fichtner esclarece, também nesse sentido, que “o contato havido entre as partes, em decorrência de estarem negociando com vistas à formação da relação jurídica contratual, não se assemelha ao simples contato social [...]”¹⁶⁴. Para ilustrar a qualificação de condutas exercidas no âmbito de um processo negociatório, o autor compara a situação na qual um amigo é convidado para visitar o estabelecimento comercial com aquela na qual um possível comprador é convidado para visitar o mesmo local. Da mesma forma, o contato aleatório entre duas pessoas na rua, no qual uma informa à outra o caminho correto, não pode ser comparado à situação em que o dono de um negócio fornece informações a um potencial contratante.¹⁶⁵

¹⁵⁹ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 43.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, jan. 2008., p. 18.

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, jan 2008, p. 20.

¹⁶² *Ibidem*, p. 21.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 25.

¹⁶⁴ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *Op. Cit.*, p. 101.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 101.

As negociações, em razão da série de particularidades que tornam um negociante mais vulnerável em relação ao outro, têm o condão de especificar o *neminem laedere* e fazer surgir o “interesse da confiabilidade num correto e probó desenrolar das tratativas negociais”.¹⁶⁶

2.2. As negociações e a proposta

É comum, ao tratar das negociações, que seja feita a diferenciação entre os atos preparatórios, praticados durante as tratativas, da proposta, ato unilateral capaz de aperfeiçoar um contrato quando complementado pela aceitação, principalmente porque essas figuras muitas vezes se confundem, como será exposto adiante.

Como explica Sérgio Botrel, a proposta é um negócio jurídico unilateral e receptício¹⁶⁷. É uma declaração unilateral de vontade que contém os elementos essenciais do contrato e que, ao ser aceita – se o oblato adere à proposta –, dá origem ao contrato, negócio jurídico bilateral.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, a proposta é o segundo momento de formação do contrato¹⁶⁸, identificando o autor, assim, que as negociações preliminares seriam o primeiro momento. O autor observa que a proposta se diferencia do momento anterior, de conversações preliminares, porque já é vinculante para o policitante¹⁶⁹. Explica que deve ser séria e precisa¹⁷⁰, constituindo um negócio em si mesma, que expressa uma vontade definitiva¹⁷¹.

Antônio Chaves afirma que, enquanto a proposta e a aceitação são atos necessários para a formação de um contrato, os atos praticados durante as negociações, ao contrário, não têm o papel de constituir o contrato, servindo apenas para facilitar a aceitação e a elaboração da proposta¹⁷².

¹⁶⁶ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 26.

¹⁶⁷ BOTREL, Sergio. Fusões e aquisições: regime jurídico das negociações e sua documentação. In: BOTREL, Sergio (Coord.). *Direito societário: análise e crítica*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 162.

¹⁶⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva, 1913-2004. *Instituições de direito civil*. V. III. Ed. 18ª. Revisão e atualização de Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro, RJ: Gen: Forense, 2014, p. 35.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 38.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 38.

¹⁷² CHAVES, Antônio. Op. Cit. p. 65.

Além disso, o autor nota que a proposta (ou contra-proposta) deve ser completa, abrangendo todos os pontos do negócio que se pretende concluir, o que não ocorre com os atos praticados no curso das tratativas¹⁷³.

Um dos pontos mais importantes que diferenciam a proposta de um ato meramente preparatório praticado no curso da negociação, é o fato de a proposta ser revestida de obrigatoriedade. De fato, conforme o artigo 427 do Código Civil, “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Porém, essa questão deve ser tratada com ressalvas.

Sobre este ponto, Antônio Chaves afirma que é da natureza das negociações que estas não vinculem a vontade dos negociantes, mantendo-se a liberdade inerente a essa posição negociatória:

A própria natureza dessas conversações, a liberdade de movimentos que deve ser inerente à posição de cada uma das partes faz com que se sintam insofridas de qualquer propósito de obrigatoriedade. Sem assumir compromissos, mantendo integral seu direito de retirada, pelo menos até o momento da formulação de uma oferta, as partes apenas estudam as posições recíprocas, as próprias conveniências, as vantagens, os ônus que esperam e as possibilidades que calculam. Não cogitam ainda vincular sua vontade: são apenas “propositiones absque animo obligandi”.¹⁷⁴

No entanto, como Karina Nunes Fritz explica, não se deve diferenciar a proposta de um ato de negociação pela obrigatoriedade, a qual estaria presente naquela e ausente neste. Apesar de o artigo 427 dispor que “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”, dizer que a proposta é obrigatória e as negociações, não, não é exato. Isso porque a fase pré-contratual – a negociação, portanto – é “dotada de vinculabilidade”.¹⁷⁵ A liberdade da qual os sujeitos gozam, e que é, sim, inerente à natureza da negociação, não é absoluta, coexistindo com a boa-fé objetiva, a qual irradia deveres de conduta de caráter obrigatório em razão da situação especial criada pela negociação. Dizer que a proposta é obrigatória, ao contrário das tratativas, induz ao equívoco de considerar que os atos praticados durante a fase pré-contratual não seriam normativamente relevantes. Não é exato, assim, dizer que as negociações não obrigam, ou não vinculam, eis que, no decorrer dessa fase, as partes estão obrigadas a se comportar de acordo com os ditames da boa-fé

¹⁷³ CHAVES, Antônio. Op. Cit. p. 67.

¹⁷⁴ CHAVES, Antônio. Op. Cit. p. 63.

¹⁷⁵ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012., p. 05. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/>>. Acesso em 05/05/2019.

objetiva, sendo mais correto, como observa a autora, dizer que a proposta é inalterável, ao passo que os atos realizados durante as tratativas, apesar de dotados de vinculabilidade na medida em que ensejam a incidência de deveres oriundos da boa-fé objetiva, podem, por sua natureza, ser alterados¹⁷⁶.

Destacando o caráter da inalterabilidade, ao descrever o processo de transição das negociações para a proposta, Maristela Basso afirma o seguinte:

No período das negociações chega-se a um momento em que as discussões acerca dos aspectos técnicos e jurídicos se encerram. É o estágio em que as partes não modificam mais seus pontos de vista e, então, é chegado o momento em que intervém a oferta propriamente dita, ou oferta ultimatum, ou seja, quando uma das partes – comprador ou vendedor – apresenta a proposição que não está mais disposta a modificar e pela qual pretende-se vincular-se.¹⁷⁷

Deve-se perceber, ainda, que apesar de a fase das tratativas ser voltada para a elaboração de uma proposta e a facilitação da aceitação, o oferecimento da proposta não necessariamente marcará o fim das negociações, eis que pode surgir uma contraproposta. A proposta é, como explicado acima, inalterável para o policitante, vinculado aos termos por ele oferecidos. Porém, se o oblato, destinatário da proposta, propuser outros termos, o processo de negociação pode prosseguir. Strenger chega mesmo a observar que a proposta pode englobar tanto a oferta quanto o convite para negociar¹⁷⁸.

O que ocorre é que, ao final da fase de tratativas, os agentes podem ou não concluir pela conveniência da formação de um contrato. Em caso positivo, à fase de negociação se seguirá a apresentação da proposta. No entanto, é igualmente possível que o contato entre os dois agentes se inicie com a proposta. Aceita, resulta em contrato. Caso contrário, a negociação poderá correr em paralelo. Por esse motivo, Maristela Basso explica que as negociações podem ser abertas com um convite a negociar, ou, mesmo, com uma proposta.¹⁷⁹ Dessa forma, a elaboração de uma proposta ao final de um processo de negociação, aceita pelo oblato, encerra a fase das tratativas, ao passo que uma proposta não aceita pode, ao contrário, dar início às negociações.

¹⁷⁶ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012., p. 4 e 5.

¹⁷⁷ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1998. p. 133.

¹⁷⁸ STRENGER, Irineu. Op. Cit., p. 115.

¹⁷⁹ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1998. p. 133.

Como observa Maristela Basso, se ao menos um agente ainda tem “liberdade de manobra”¹⁸⁰ em relação aos termos do contrato, ou seja, se uma parte ainda tem espaço para deliberar e propor sugestões sobre o contrato, a fase das tratativas ainda não terminou¹⁸¹.

2.3. Documentação das negociações e formação progressiva dos contratos

É intuitivo que, quanto mais complexo o conteúdo do contrato, mais trabalhoso é o caminho trilhado pelas negociações¹⁸². Se contratos da vida corriqueira se aperfeiçoam tão rapidamente que as partes nem se dão conta de seu processo de formação, o contrário ocorre com operações, como fusões e aquisições, ou contratações internacionais. Nesses casos, a fase pré-contratual não apenas se torna mais nítida, como ganha mais importância.

De fato, além de serem comuns contratos de grande importância econômica no contexto do comércio internacional, implicando em uma fase de tratativas conseqüentemente mais importante,¹⁸³ os negociantes ainda precisam lidar com obstáculos relacionados a instabilidade política, oscilações cambiais, entre outros, o que resulta na necessidade de equilibrar uma grande quantidade de fatores que podem inclusive se modificar ao longo do tempo.¹⁸⁴

Da mesma forma, em operações societárias – que, não raro, são internacionais – se deve avaliar e equilibrar, além de fatores técnicos inerentes à natureza do negócio, uma série de outras informações, incluindo-se aí a realização de *due diligences* e a participação de técnicos de áreas diversificadas, o que expõe os negociantes à vulnerabilidade causada pela necessária troca de informações.¹⁸⁵

¹⁸⁰ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1998. p. 133.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 133.

¹⁸² Roberto Braga de Andrade observa que “as tratativas de desenvolvem através de um iter tanto mais longo e trabalhoso, quanto maior a complexidade do conteúdo do contrato.” ANDRADE, Roberto Braga de. *Op. Cit.*, p. 70.

¹⁸³ BASSO, Maristela; MARTINS, Letícia. Responsabilidade civil nas negociações preliminares: boa-fé, deveres anexos e relações negociais. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 272.

¹⁸⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, Porto Alegre, n. 10, jul. 1994, p. 42.

¹⁸⁵ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *Op. Cit.*, p. 46.

Não à toa, nesses contextos, costuma-se usar diversos documentos pré-contratuais elaborados no curso das tratativas. Estes, inclusive, não são criações típicas do direito brasileiro (aliás, pelo contrário: não há regulamentação específica para conhecidas figuras pré-contratuais). Como observa Marcos Alberto Sant'Anna Bittelli, é a influência estrangeira que “traz para a prática das negociações contemporâneas, diversas figuras de acordos preliminares”¹⁸⁶ citando alguns, como o acordo de confidencialidade, a carta de intenções, o Term Sheet, o memorando de entendimentos, entre outros. Da mesma forma, esses documentos fazem parte da praxe das negociações no contexto de fusões e aquisições, como observa Sérgio Botrel, com intenção de diminuir a exposição dos negociantes a riscos inerentes à negociação.¹⁸⁷

Fato é que, em negociações de operações complexas, é comum que surjam verdadeiros acordos e documentos intermediários, caso no qual se fala em formação progressiva do contrato. Judith Martins-Costa diz, inclusive, que o fenômeno consiste em verdadeira modernização da *punctuação*¹⁸⁸, técnica que, como explica Sérgio Botrel, consiste justamente na documentação paulatina de processo de formação do contrato, ou seja, no registro de pontos já acordados, numa tentativa de formalização de “todo o processo de comunicação e troca de informações”.¹⁸⁹

Conforme observa Mário Júlio de Almeida Costa, a complexidade crescente dos bens e serviços e dos esquemas financeiros faz com que no meio industrializado e tecnológico a fase preliminar ao contrato se alongue e pormenorize. No processo que se inicia com os primeiros contatos entre os candidatos a contratantes e se estende até a celebração efetiva do contrato há espaço para “vários e sucessivos trâmites”¹⁹⁰, como, exemplifica o autor, estudos individuais ou em comum, diálogos, consultas de técnicos, experiências, viagens de esclarecimento, “redução a escrito de aspectos parcelares ou acordos provisórios e a unificação destes num projeto ou minuta”.¹⁹¹

¹⁸⁶ BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O acordo de não divulgação (NDA) e a questão do rompimento das negociações*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 333-375., jul./set. 2012., p. 2.

¹⁸⁷ BOTREL, Sergio. Op. Cit., p. 171.

¹⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial*. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Porto Alegre, n. 10, jul. 1994, p. 42.

¹⁸⁹ BOTREL, Sergio. Op. Cit., p. 171.

¹⁹⁰ COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, p. 46.

¹⁹¹ Ibidem, p. 46.

Como explica Wanderley Fernandes, no “ir-e-vir de vontades declaradas” no mundo dos negócios, intenções mudam ao longo das negociações. Estas, estendendo-se no tempo, podem resultar em um processo de negociação desorganizado e que não inspira segurança. Nesse contexto, os negociantes recorrem ao registro de pontos já acordados ou mesmo sobre regras a serem seguidas durante as tratativas.

Esta situação é bastante simples, uma circunstância que se repete diariamente no mundo dos negócios. Partes definem seus interesses, declaram sua vontade de obter determinada utilidade ou oferecer determinado bem ou serviço. Há um ir-e-vir de vontades declaradas, intenções que podem se alterar ao longo das negociações. Condições que podem ser alteradas, permanecendo em suspenso até que se conclua a negociação. Nesse processo, as partes firmam compromissos intermediários, criam documentos provisórios que têm o objetivo de facilitar o processo de negociações complexas e que se prolongam demasiadamente ao longo do tempo. Tais documentos intermediários têm a finalidade de assegurar um mínimo de segurança às partes. Segurança de que a negociação é regida segundo regras de comportamento consideradas adequadas pelas partes. Portanto, regras que têm o objetivo de determinar um ritual e um procedimento que assegure a correção das partes.¹⁹²

Nesse sentido, Strenger observa que dependendo da situação, as negociações se estendem e os agentes não chegam a um acordo definitivo sobre todos os pontos de imediato, o que, ao longo do tempo, pode dar espaço para insegurança. É comum, nesses casos, a tentativa de “consolidar o encaminhamento dos ajustes”¹⁹³, ou seja, formalizar o caminho já percorrido pelos sujeitos envolvidos através da elaboração de documentos como a carta de intenção.¹⁹⁴

Assim, é inclusive recomendável que os entendimentos aos quais as partes cheguem, no curso das tratativas, sejam documentados, registrando-se a evolução das conversações de forma a facilitar a comprovação dos pontos já debatidos e resolvidos entre os agentes.¹⁹⁵

Nessa linha, Gustavo Tepedino observa o seguinte:

Na realidade contemporânea, a formação contratual dificilmente ocorre de maneira instantânea. As tratativas e negociações preliminares tornam-se cada vez mais complexas e demoradas. Minutas, cartas de intenções, projeções de retorno de investimento atas de reuniões, esboços de contratos e anexos, além

¹⁹² FERNANDES, Wanderley. O Processo de Formação do Contrato. In: FERNANDES, Wanderley (coord.) *Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. – São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVLaw), pp. 220 e 221.

¹⁹³ STRENGER, Irineu. Op. Cit., p. 113.

¹⁹⁴ STRENGER, Irineu. Op. Cit., p. 113.

¹⁹⁵ BOTREL, Sergio. Op. Cit., pp. 159 e 160.

de compromissos verbais muitas vezes assumidos entre as partes vinculam, com intensidade variável, as partes interessadas em contratar¹⁹⁶.

Nesse sentido, Enzo Roppo explica que ao longo das tratativas podem ser fixados acordos parciais expressando pontos já acordados, registrando e organizando os entendimentos em minutas ou esboços do contrato, consubstanciando o fenômeno da formação sucessiva do contrato.

Após a elaboração desses documentos intermediários, como a minuta, as partes seguem as negociações para resolver questões sobre as quais ainda não concordaram até que finalmente, quando não restar nenhum ponto essencial ao contrato em aberto, alcançam o contrato definitivo.¹⁹⁷

A conclusão de um contrato é geralmente precedida e preparada por uma fase de negociações, no decurso da qual as partes discutem termos e condições do negócio, para procurar um ponto de equilíbrio entre as respectivas posições de interesse e depois da atingir a formulação de um regulamento contratual que satisfaça as exigências de ambas, e por ambas possa ser aceite. Se se consegue chegar a um tal ponto de equilíbrio, a uma tal conjugação de interesses contrapostos, as negociações conduzem à conclusão do contrato; outras vezes, as negociações falham, e o negócio não se faz, o contrato não se conclui.¹⁹⁸

No entanto, nesse ponto, é preciso fazer uma observação: no curso das negociações, as partes podem acabar realizando verdadeiros contratos, caso no qual não se verifica responsabilidade pré-contratual, e, sim, contratual. São contratos preparatórios, parciais ou interinos.¹⁹⁹

A liberdade das partes permite que estas produzam, ao longo do caminho e à medida que assim lhes for conveniente, ilimitados documentos, registros, minutas, acordos sobre pontos e questões específicas. Nada obsta, no entanto, que acabem pactuando documentos qualificados pela lei como contratos, no curso da negociação.

Como explica Enzo Roppo, o juízo sobre se um contrato se firmou ou não é feito a partir da qualificação de determinadas condutas humanas pelas normas vigentes²⁰⁰.

¹⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, RJ, v. 11, n. 44, out. 2010, p. 27.

¹⁹⁷ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 102.

¹⁹⁸ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 105.

¹⁹⁹ Strenger explica que os contratos preparatórios seriam aqueles que têm “unicamente por objeto a preparação dos futuros contratos definitivos”, já os interinos de efeito provisório estabelecem obrigações válidas somente para o período das negociações e, os interinos de efeito permanente, para além delas.

²⁰⁰ Enzo Roppo, nesse sentido, observa que a conclusão de um contrato é, em geral, estudada de uma forma simplista. O contrato como o produto do encontro entre a proposta e a aceitação é apenas um modelo no qual se pode encaixar o que efetivamente ocorre. Na realidade, o que faz um contrato ser assim considerado, ou não, é o tratamento dado pelo ordenamento jurídico em questão a uma série de atos que, se corresponderem à norma, dão origem a um contrato. Diz o autor: “*Numa perspectiva realista, o juízo sobre*

Assim, caso um documento intermediário contenha todos os requisitos exigidos pelo ordenamento para um contrato, estarão as partes diante de um.

Acordos de confidencialidade, por exemplo, segundo Maristela Basso, em geral representam um contrato autônomo²⁰¹ e são frequentemente pactuados, para regulamentar o acesso e uso de informações sigilosas obtidas no contexto da negociação, impondo restrições ao receptor das informações e indicando quais informações são importantes e sigilosas.²⁰² Embora o dever de não divulgação de informações sigilosas independa de quaisquer acordos, sendo originado diretamente da boa-fé objetiva, o acordo de confidencialidade dá maior segurança e conforto, além de permitir que se controle o modo com o qual a informação é passada e o como pelo qual deverá ser utilizada.²⁰³

A autora também faz uma observação em relação às cartas de intenção, mas que pode ser aplicada para todos os documentos elaborados na fase negocial. Esclarece que o estatuto jurídico das cartas é incerto, sendo necessário, para saber se dela decorrem ou não consequências juridicamente vinculantes, a forma como está redigida, seu conteúdo, forma e fundo²⁰⁴.

Como observa Mario Julio de Almeida Costa, “claro que também se poderão incluir num itinerário dirigido à constituição de um negócio jurídico actos preparatórios que revistam eles mesmos, em si, natureza negocial [...]”²⁰⁵

Nesse sentido, observa Bitelli, sobre os documentos pré-contratuais mais frequentes (segundo o autor, o acordo de não divulgação, a carta de intenções, Heads of Agreement, Term Sheet e o memorando de entendimentos):

Os instrumentos acima mencionados, NDA, LOI, HOA, TS e MOU são em verdade “acordos”, algumas vezes “contratos preliminares” e raramente são

se um contrato se formou ou não, constitui o resultado de uma qualificação de determinados comportamentos humanos, operada por normas jurídicas. Por outras palavras, a formação do contrato consiste num processo, isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si, segundo um modelo já não “natural” e “necessário”, mas sim pré-fixado de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito (pelos vários direitos). Se determinada sequência de actos e comportamentos humanos correspondente ao esquema estabelecido pelo ordenamento jurídico (e de modo diverso pelos diversos ordenamentos jurídicos), então pode dizer-se que esse determinado contrato se formou, ou concluiu, ou “ganhou existência”. ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988, p. 102.

²⁰¹ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1998. p. 209.

²⁰² BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Op. Cit., p. 5.

²⁰³ BOTREL, Sergio. Op. Cit., 175.

²⁰⁴ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1998. p. 180.

²⁰⁵ COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. Op. Cit., p. 46.

efetivamente “contratos” definitivos. Esses instrumentos são utilizados para pavimentar o caminho para o atingimento de um “contrato”. Como tais, cumpre verificar que alguns poderiam ser considerados como pré-contratos – dependendo de seus termos e condições e outros nem mesmo como pré-contratos em relação ao contrato definitivo, mas ainda assim acordos em si mesmos, com efeitos contratuais quanto ao seu objeto. **Em outras palavras, a dogmática contratual brasileira há que considerar que existem acordos nas fases das negociações preliminares a um contrato definitivo, que não são pré-contratos, mas, que em relação ao seu objeto, são contratos em si mesmos. Isso significa que na fase negocial é possível, portanto que existam contratos ou acordos (no Brasil entendo que todos seriam contratos em relação a si mesmos considerados) que não necessariamente conduzam à constituição de um acordo de contratar (pré-contrato), mas que de alguma forma constroem o iter ao “contrato” e devem ser considerados para fins de avaliação das responsabilidades pré-contratuais das partes.**

Deve-se notar que a violação desse negócio jurídico, mesmo que produzido durante as negociações voltadas para a elaboração de outro contrato, não produzirá responsabilidade civil pré-contratual. No entanto, isso não desloca o contrato intermediário do contexto das tratativas, ou seja, do meio de um processo de negociação, de forma que ainda é, de toda maneira, um elemento objetivo que comprova a existência de negociações, apenas orientadas em direção a um outro negócio jurídico.

A liberdade contratual permite inúmeros tipos de documentos pré-contratuais, visando a facilitar o caminho das tratativas para o contrato final, com possibilidades de conteúdo igualmente diversificadas.

Maristela Basso explica que a prática internacional criou figuras pré-contratuais tão variadas, que é “juridicamente inadequado fornecer uma tipologia exaustiva”.²⁰⁶

Assim como as tratativas podem se voltar tanto ao conteúdo do contrato quanto ao procedimento da negociação, esses documentos intermediários, também, podem versar tanto sobre as cláusulas sobre as quais os futuros contratantes já acordaram, ou seja, pontos já ajustados, como, também, podem visar a regulamentar a própria negociação.

Maristela Basso menciona diversos objetivos que os documentos elaborados nessa fase podem visar. Conforme a autora, os negociantes podem pretender registrar em documento o relato de como as tratativas estão se desenvolvendo, ou em que etapa se encontram, o balanço dos resultados obtidos, pontos ou acordos essenciais para o

²⁰⁶ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1998. p. 149.

contrato, determinados detalhes, pondo-os em evidência para que não passem despercebidos, acordos sobre segredos de indústria, etc.

São inúmeros os documentos pré-contratuais que podem ser produzidos. Mencionado “Term Sheet”, por exemplo, como explica Marcos Alberto Sant'Anna Bitelli, é um documento no qual costuma-se reunir, em geral de forma itemizada, os principais pontos do contrato desejado, permitindo que os advogados dos negociadores produzam as primeiras minutas do negócio jurídico almejado. Trata-se de um resumo do futuro contrato, uma estrutura que permite que minutas mais elaboradas sejam produzidas.²⁰⁷

Mais comum ainda são as já mencionadas cartas de intenção, muito utilizadas em operações relacionadas a venda de produtos ou serviços, operações financeiras, imobiliárias e corporativas.²⁰⁸ Não existe um conteúdo padrão para as Cartas de Intenção: podem servir, como observa Maristela Basso, para “fixar pontos já acordados, consagrar acordos sobre elementos essenciais do futuro contrato, fixar o prazo dentro do qual as negociações devem se realizar, etc.”²⁰⁹

Também nesse sentido, Judith Martins-Costa explica que as Cartas de Intenção às vezes são utilizadas como meio para comunicar informações, às vezes como meio para regulamentar as fases da negociação, ou para assentar pontos já acertados, quando não são, na verdade, o próprio contrato final, possibilidade que, como já explicado, existe²¹⁰.

A autora explica que a real utilidade desses documentos é evitar que os sujeitos se vinculem a um “arranjo de interesses” ainda precário. Notadamente, quando o arranjo de interesses já tiver amadurecido, ele vai poder ser expresso em um contrato definitivo²¹¹.

Maristela Basso observa que as diversas possibilidades de conteúdo a que as Cartas de Intenção estão abertas é um reflexo da especificidade de cada negociação.

²⁰⁷ BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Op. Cit., p. 5.

²⁰⁸ BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Op. Cit., p. 5.

²⁰⁹ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática*. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1998. p. 179.

²¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial*. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Porto Alegre, n. 10, jul. 1994, p. 42.

²¹¹ Ibidem, p. 42.

Como cada negociação é diferente da outra, se faz necessário adequar os documentos preparatórios aos interesses em jogo em cada caso determinado²¹².

Wanderley Fernandes nota que a documentação dos eventos e atos praticados durante as tratativas fornece elementos objetivos para a aplicação do princípio da boa-fé²¹³ - afinal, acabam sendo um registro, não impregnado de qualquer subjetividade, da conduta dos agentes. Nesse sentido, Strenger se refere às cartas de intenção como fatos jurídicos capazes de ensejar responsabilidade por ruptura das tratativas.²¹⁴

Esses documentos elaborados no curso das negociações para facilitar e organizar o caminho percorrido até o eventual contrato ganham relevância, assim, para verificar a ocorrência ou não de responsabilidade civil pré-contratual. De fato, formalizar os passos avançados pelos negociantes significa fornecer substrato, dados objetivos e independentes de quaisquer subjetividades, para a aplicação da boa-fé objetiva. Esses documentos acabam por registrar formalmente a conduta exercida pelas partes no curso das tratativas, permitindo que se mapeie o processo de negociação, determinando-se com mais precisão o que estava dentro de seu escopo, quando esta teve início e como se deu sua evolução, refletindo os diversos interesses em jogo durante as tratativas, bem como os deveres anexos oriundos da boa-fé objetiva que nela incidem.

Como será exposto no capítulo seguinte, a fase das negociações é relevante para a responsabilidade pré-contratual uma vez que esta está intimamente ligada aos danos ocorridos em razão das tratativas. Assim, a responsabilidade pré-contratual compreende as situações nas quais a conduta adotada por um negociante gera prejuízo para o outro. Como observa Regis Fichtner, “somente se pode cogitar de responsabilidade civil pré-contratual, se se atribuir relevância jurídica às negociações contratuais”²¹⁵.

²¹² BASSO, Maristela. *As cartas de intenção ou contratos de negociação*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 88, n. 769, nov. 1999, p. 30.

²¹³ FERNANDES, Wanderley. Op. Cit., p. 224.

²¹⁴ STRENGER, Irineu. Op. Cit., p. 113.

²¹⁵ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 52.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

3.1. O surgimento e a evolução da responsabilidade pré-contratual

A hipótese de responsabilidade civil pré-contratual mais famosa e facilmente encontrada na jurisprudência é aquela que ocorre quando um negociante interrompe de forma ilegítima as tratativas, frustrando uma justa expectativa de contratação e violando o dever de não interromper de forma desleal negociações avançadas.

Segundo Karina Nunes Fritz, a responsabilidade pré-contratual por ruptura de tratativas ocorre sempre que se verificar, além dos requisitos genéricos de dano, culpa e nexo de causalidade, a existência de negociações, a certeza na celebração do contrato e o rompimento das negociações sem justificativa.²¹⁶ No entanto, apesar de ser a mais comum, esta não é a única hipótese de responsabilidade civil pré-contratual. Nesse sentido, conclui a autora:

O novo Código Civil consagrou expressamente a boa-fé objetiva no art. 422 e, com isso, recepcionou indiretamente a figura da responsabilidade pré-contratual, que surge quando os deveres de consideração, decorrentes da boa-fé objetiva, são violados por uma das partes durante a fase negocial. A figura mais conhecida da responsabilidade pré-contratual é a responsabilidade por rompimento injustificado de negociações, a qual surge quando uma das partes permite que surja na outra a certeza de que o contrato será celebrado e, posteriormente, sem motivo justificado abandona as negociações.²¹⁷

A responsabilidade por rompimento injustificado de tratativas, apesar de ser a mais conhecida, não fazia parte da doutrina da *culpa in contrahendo* em sua formulação original, o que se deve à longa evolução no campo jurisprudencial e doutrinário pela qual passou a responsabilidade pré-contratual, como será exposto adiante.

Conforme ensinam Mário Júlio de Almeida Costa e Francesco Benatti, a proteção jurídica ao período pré-contratual existia no direito romano de forma muito fragmentária e restrita a hipóteses limitadas²¹⁸, as quais não eram expandidas enquanto as transações comerciais não demandavam uma tutela jurídica mais completa.

²¹⁶ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012., p. 20. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/>>. Acesso em 05/06/2019, p. 19

²¹⁷ FRITZ, Karina Nunes. *A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã*. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, jan. 2007, p. 234.

²¹⁸ COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. Op. Cit., p. 33; BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual*. Trad. de A. Vera Jardim e M. Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970, p. 12.

Assim, a primeira sistematização da responsabilidade civil pré-contratual foi feita em 1861 por Jhering²¹⁹, o primeiro autor que tratou “com extensão e profundidade”²²⁰ da responsabilidade pré-contratual. Considerado historicamente o criador do instituto²²¹, batizou sua teoria de *culpa in contrahendo* e a definiu como uma descoberta jurídica²²².

Jhering se deparou pessoalmente com uma situação para a qual a literatura jurídica disponível à época não oferecia uma saída e, desse acontecimento, surgiu seu interesse pelo estudo do que veio a chamar *culpa in contrahendo*, concebida, assim, nos limites da hipótese concreta que se colocou diante do autor. Jhering havia encomendado um quarto de uma caixa de charuto através de um amigo que iria a Bremen, porém, acabara recebendo quatro caixas.²²³ Esse caso o levou à indagação sobre o fundamento que permitiria que a parte que errou na formação do contrato fosse responsabilizada²²⁴. O autor se aprofundou nesse estudo ao não achar solução satisfatória na literatura disponível à época²²⁵, segundo a qual não haveria dever de indenizar eis que “não há lugar para responsabilidade contratual, por não ter o contrato sido validamente formado; nem tampouco há lugar para responsabilidade aquiliana, por não se tratar de hipótese de responsabilidade pré-contratual”²²⁶.

Conforme explica Antônio Menezes Cordeiro, para Jhering a responsabilidade civil pré-contratual, ou, como este cunhou, *culpa in contrahendo*, ocorria na hipótese em que um contrato era declarado nulo por motivo conhecido por uma parte que, quando da negociação, não comunicou à outra.

Pode considerar-se que, para Jhering, a culpa in contrahendo é um instituto da responsabilidade civil pelo qual, havendo nulidade no contrato, uma das partes,

²¹⁹ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 114.

²²⁰ BENATTI, Francesco. Op. Cit., p. 12.

²²¹ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012., p. 20. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/>>. Acesso em 05/06/2019, p. 2.

²²² BENATTI, Francesco. Op. Cit., p. 13.

²²³ A autora explica que o interesse teórico de Jhering se aliou a uma situação pessoal: “Jhering havia pedido ao amigo, o qual estava de partida para Bremen, que encomendasse junto a um comerciante local uma caixa de charutos. O amigo se enganou e encomendou quatro caixas. Estas lhe foram enviadas pelos comerciantes, e Jhering recusou. Ao mesmo tempo, questionou: o expedidor deveria custear o valor de duas expedições, ou poderia reclamar o reembolso, fosse ao intermediário, fosse ao próprio Jhering?” MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 488

²²⁴ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 115.

²²⁵ Regis Fichtner explica que Jhering encontrou apenas quatro autores que tangenciavam a questão, entre eles Wachter e Savigny. *Ibidem*, p. 115.

²²⁶ *Ibidem*, p. 115.

que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deve indenizar a outra pelo interesse contratual negativo²²⁷.

Em resposta, diversas críticas doutrinárias foram construídas - até porque, como Antônio Menezes Cordeiro observa, Jhering não deixou claro em seu artigo qual seria exatamente o fundamento dessa responsabilidade, deixando um caminho tanto para uma “saída de tipo negocial”²²⁸ ou baseada em proposições legais²²⁹.

Esses dois caminhos sugeridos, referidos por Antônio Menezes Cordeiro como a “metodologia clássica, negocialista ou legalista”²³⁰, viriam a ser superados pela doutrina das relações contratuais de fato e, finalmente, pela confiança e boa-fé objetiva.²³¹

Conforme explica Menezes Cordeiro, a doutrina das relações contratuais de fato, lançada por Haupt tendo como pano de fundo o tráfego moderno de massas²³², “postula, no essencial, a possibilidade de constituição de relações jurídicas de tipo contratual, através de meros comportamentos materiais, independentemente de declarações negociais e sem correspondência nos deveres legais tradicionais”²³³. Em seguida, Hans Dolle introduz novas questões no debate, como a confiança e a necessidade de que seja protegida²³⁴, enxergando deveres fora do âmbito contratual de proteção, assistência, manutenção, indicação, esclarecimento e comunicação e entrega patrimonial, porém ainda sem fundamentá-los na boa-fé.²³⁵ Esclarece Menezes Cordeiro que é desde a contribuição de Thol²³⁶, que “a boa-fé fora utilizada para cobrir o espaço depois dito de *culpa in contrahendo*”²³⁷.

No Brasil, a responsabilidade civil pré-contratual foi introduzida em 1959 por Antônio Chaves, primeiro autor brasileiro a estudar esse assunto especificamente. O autor reconheceu que existem obrigações que têm ligação “mais ou menos diretas com determinado contrato, ou em vias de formação ou, ao contrário, já vencido, dissolvido ou

²²⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). *Da boa fé no direito civil: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 530.

²²⁸ *Ibidem*, p. 532.

²²⁹ *Ibidem*, p. 532.

²³⁰ *Ibidem*, p. 555.

²³¹ *Ibidem*, p. 546 e ss.

²³² *Ibidem*, p. 555.

²³³ *Ibidem*, p. 555.

²³⁴ *Ibidem*, p. 560.

²³⁵ *Ibidem*, p. 562.

²³⁶ *Ibidem*, p. 563.

²³⁷ Referindo-se à remissão formal da boa-fé à culpa in contrahendo, explica o autor que “[...] a afirmação seria retomada por outros autores, radicando-se no pensamento jurídico como fórmula privilegiada de exprimir a complexidade acima retratada.” *Ibidem*, p. 563.

anulado”²³⁸, situando-se no limiar entre o contrato e o simples fato²³⁹. O escopo de seu estudo, no entanto, ficou restrito, como o próprio autor observa, aos desdobramentos da responsabilidade civil pré-contratual “tomando em consideração os possíveis efeitos da recusa de contratar e da ruptura arbitrária das negociações em curso”.²⁴⁰

Regis Fichtner observa que o âmbito desse instituto é mais vasto, tratando-se, em linhas mais abrangentes, “das hipóteses em que das negociações contratuais possam surgir danos para os contraentes”²⁴¹. Nessa linha, como observa Karina Nunes Fritz, a situação estudada por Jhering é, hoje, apenas uma das hipóteses de responsabilidade civil pré-contratual.²⁴²

Regis Fichtner separa, nesse sentido, as possibilidades de responsabilidade pré-contratual em quatro casos típicos. Além do caso de ruptura injustificada de negociações, o autor identifica que a responsabilidade pré-contratual se verifica, também, na hipótese de contrato nulo ou anulável em razão de vício que era, ou deveria ser, de conhecimento de um dos contraentes, ou na hipótese em que, mesmo concluído o contrato, das negociações tenham surgido danos, ou, finalmente, quando, durante as tratativas, um contraente cause danos à pessoa ou ao patrimônio do outro.²⁴³

É o que Regis Fichtner explica:

A responsabilidade civil pré-contratual tem quatro hipóteses típicas, nas quais se pode configurar: a) quando tenha havido a ruptura injustificada das negociações contratuais; b) quando durante o desenrolar das negociações um dos contraentes venha a causar danos à pessoa ou aos bens de outro contraente; c) quando tenha ocorrido o estabelecimento de contrato nulo ou anulável e um dos contraentes conhecia ou deveria conhecer a existência do vício no negócio jurídico; d) quando, mesmo instaurada a relação jurídica contratual, das negociações preparatórias tenham surgido danos a serem indenizados.²⁴⁴

Note-se que as hipóteses “b” e “d” indicam situações muito semelhantes, diferenciando-se apenas no ponto em que em “b” não é instaurada relação contratual,

²³⁸ CHAVES, Antônio. Op. Cit., p. 11.

²³⁹ CHAVES, Antônio. Op. Cit., p. 11.

²⁴⁰ CHAVES, Antônio. Op. Cit., p. 13. Para Regis Fichtner, a inclusão da recusa de contratar, em caso de contratos compulsórios, não está incluída no âmbito da responsabilidade civil pré-contratual. Isso porque, como explica o autor, “se uma pessoa, que preste bens ou serviços de tal natureza, a ensejar a incidência da obrigação de contratar, se recusa a contratar com alguém, o fundamento para o dever de contratar não se encontra no descumprimento de algum dever que a lei impõe aos contraentes durante as negociações contratuais, decorrentes do princípio da boa-fé.” PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 105 a 106.

²⁴¹ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 105.

²⁴² FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012., p. 20. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/>>. Acesso em 05/05/2019, p. 2.

²⁴³ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 102 a 103.

²⁴⁴ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 102 a 103.

como ocorre na hipótese “d”. Essa comparação evidencia o fato de que, em tese, a responsabilidade civil pré-contratual pode ocorrer independentemente da conclusão do contrato. É verdade que, havendo uma fratura na relação entre os negociantes, a qual é naturalmente causada sempre que uma conduta destoa do preconizado pela boa-fé objetiva, é menos provável que o contrato se forme. É mais comum encontrar, portanto, casos de responsabilidade pré-contratual em que a violação aos deveres de conduta tenha levado ao afastamento dos negociantes.

No entanto, Antônio Junqueira de Azevedo também observa que pode haver responsabilidade pré-contratual que não implique em ruptura das tratativas, exemplificando, para ilustrar essa situação, o caso hipotético de um “insider” que se aproveita de suas informações, obtidas em função de uma negociação, causando dano por um descumprimento de dever pré-contratual que independe da conclusão do contrato.

Em tese, a norma da boa-fé objetiva pode atuar, acarretando responsabilidade pré-contratual, quer quando o contrato previsto não se concretiza, porque houve ruptura abusiva, quer quando o contrato se conclui mas houve descumprimento de dever na fase pré-contratual (p. ex., o insider que se aproveita de suas informações), quer, finalmente, quando o contrato se realiza, mas é nulo e um dos contratantes sabia da causa de nulidade (é, aliás, a hipótese inicialmente imaginada por Jhering para criar a teoria da culpa in contraendo).²⁴⁵

Mário Júlio de Almeida Costa chama a atenção para o fato de que o sentido da responsabilidade civil pré-contratual, seja chamada de *culpa in contrahendo* ou de responsabilidade civil pré-negocial, é de “proteger a confiança depositada por cada uma das partes na boa-fé da outra e consequentes expectativas que esta lhe cria durante as negociações, quanto à criteriosa condução das mesmas, à futura celebração do negócio ou à sua validade e eficácia.”²⁴⁶ O autor, assim, reconhece que o instituto é amplo, protegendo expectativas quanto à futura celebração do negócio, mas também as expectativas legitimamente constituídas quanto à leal e correta condução das tratativas.

Isso se deve ao fato de que, conforme explica Karina Nunes Fritz, a responsabilidade civil pré-contratual tem seu fundamento na boa-fé objetiva e, consequentemente, surge sempre que um negociante cause danos ao outro por não se

²⁴⁵AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor. Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, p. 178. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173- 183.

²⁴⁶ COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. Op. Cit., p. 33.

comportar de acordo com a boa-fé objetiva na fase das tratativas, ou seja, por infringir um dever anexo durante as negociações. Nesse sentido:

A culpa in contrahendo pela celebração de contrato nulo é considerada atualmente apenas uma das hipóteses da ampla figura da responsabilidade pré-contratual, assim como o rompimento injustificado das tratativas. De fato, a responsabilidade pré-contratual é figura bem mais ampla e não se limita a esses dois casos, mas surge sempre que durante a fase de preparação do negócio jurídico uma das partes causa dano à outra em função da violação de um dever decorrente da boa-fé objetiva – princípio consagrado no artigo 422 do CC/2002 – do qual resultam os denominados deveres de laterais (Nebenpflichten) ou deveres de consideração (Rücksichtnahmepflichten), conforme terminologia adotada pelo BGB após a Reforma de Modernização do Direito das Obrigações, realizada em 2001. Pode-se dizer, então, conceituar a responsabilidade pré-contratual como aquela decorrente da violação dos deveres da boa-fé objetiva durante o amplo período de preparação do negócio jurídico. Essa afirmação põe em relevo que o fundamento teórico da responsabilidade repousa na boa-fé objetiva, correspondente à Treu und Glauben do direito alemão, posto que a categoria geral dos deveres de consideração decorre substancialmente do mandamento de lealdade, ínsito ao princípio.²⁴⁷

Nessa linha, Judith Martins-Costa explica, também, que a responsabilidade pré-contratual teve seu escopo ampliado ao longo do tempo.

Hoje compreende-se que o instituto tem um alargado campo, estendendo-se a responsabilidade para além das hipóteses do dever declarar as causas de invalidade do futuro contrato, para abranger também danos decorrentes do processo formativo por infringência aos deveres instrumentais de comunicação ou informação, de custódia, de segredo e os de conservação do negócio, e ainda as situações em que não se tenha celebrado nenhum negócio por ruptura injustificada da fase negociatória ou decisória, desde que se tenha agido de modo a criar, na contraparte, a fundada expectativa de que o negócio seria realizado.²⁴⁸

3.2. A natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual

A partir de Jhering, a doutrina passou a discutir e investigar o campo da responsabilidade civil pré-contratual, sendo um dos pontos mais controvertidos a discussão quanto à natureza jurídica do instituto, ora apontado como sendo responsabilidade extracontratual, ora contratual, ora *sui generis*. Trata-se, até hoje, de uma questão não pacificada.

²⁴⁷ FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012., p. 20. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/>>. Acesso em 05/05/2019, p. 2.

²⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 488; Judith livro 1999 p. 493.

Regis Fichtner defende a responsabilidade civil pré-contratual como uma terceira via, não enxergando possibilidade de enquadramento nem em responsabilidade extracontratual, nem contratual.

O autor critica a corrente doutrinária que acredita ser a *culpa in contrahendo* hipótese de responsabilidade jurídica contratual, hoje minoritária, porque, mesmo reconhecendo que as negociações ensejam uma situação similar à do contrato²⁴⁹, o fato de não haver deveres de prestação durante a fase das tratativas é uma diferença fundamental²⁵⁰.

Da mesma forma, o autor julga equivocada a natureza jurídica extracontratual que parte considerável da doutrina atribui à responsabilidade pré-contratual. Explica que esta teoria pressupõe ignorar características particulares da fase negociatória e dos deveres que surgem em seu desenvolvimento²⁵¹. O foco da responsabilidade extracontratual, sintetizado no brocardo *neminem laedere*, não permite a visualização de deveres e obrigações mantidos entre as partes, trazendo uma abordagem padronizada e limitada à violação ou não do dever de não lesar, tendo um aspecto uniforme, padronizado e anônimo²⁵². Não compreende as particularidades da fase de negociações, no qual as partes, unidas por um objetivo comum, travam um contato social intenso e qualificado durante o qual surgem deveres que vão além da mera convivência social²⁵³. O autor chega inclusive a afirmar que, se tivesse que escolher necessariamente entre responsabilidade civil contratual e extracontratual para enquadrar a *culpa in contrahendo* (o que afirma para fins de argumentação, eis que defende uma natureza *sui generis* para o instituto), esta estaria mais próxima da responsabilidade contratual.²⁵⁴

De forma similar, Antônio Junqueira de Azevedo, a partir de uma visão do contrato como processo²⁵⁵, considera que o fundamento da responsabilidade pré-contratual não parece ser contratual, uma vez que ainda não há contrato. Porém, o autor também não considera correto classificá-la como extracontratual, em razão dos deveres

²⁴⁹ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit.,p. 249.

²⁵⁰ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit.,p. 250.

²⁵¹ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit.,p. 252.

²⁵² PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit.,p. 252 a 253.

²⁵³ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit.,p. 253.

²⁵⁴ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit.,p. 253 a 254.

²⁵⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor. Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, p. 176. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173- 183.

específicos que um negociante tem em relação ao outro, os quais não se assemelham ao dever geral de não prejudicar a outrem²⁵⁶. Conclui, assim, que a responsabilidade civil pré-contratual, “embora resulte de ato ilícito, provém de descumprimento de dever específico imposto pela norma da boa-fé; por isso, obedece às regras da responsabilidade contratual, antes que da responsabilidade extracontratual”.²⁵⁷

De modo contrário, Caio Mário da Silva Pereira considera a *culpa in contrahendo* como sendo de natureza extracontratual²⁵⁸. Para o autor, a *culpa in contrahendo*, ocorre sempre que alguém “procede de forma que a outra parte seja lesada com o próprio fato de celebrar o contrato”²⁵⁹, conduta esta que classifica como pertencendo ao campo abrangido pelo princípio de não lesar. É o que se extrai do seguinte trecho:

A denominação culpa in contrahendo não deve influir na sua classificação. O que a caracteriza é a natureza do comportamento. Em razão deste, ela deve ser classificada como responsabilidade extracontratual ou aquiliana, e não como responsabilidade contratual. Não consiste em infringir uma cláusula ou norma convencional, porém é de se qualificar como ofensa ao princípio geral de não lesar – *neminem laedere*.²⁶⁰

O autor faz, ainda, faz uma diferenciação entre “*culpa in contrahendo*” e “responsabilidade pré-contratual”²⁶¹, segundo a qual esta estaria contida dentro daquela. Assim, a responsabilidade pré-contratual ocorreria quando uma parte deixa de celebrar o contrato injustificadamente, ao passo que a *culpa in contrahendo* seria a revogação injustificada da proposta ou a retirada de má-fé das tratativas²⁶², o que é criticado por Regis Fichter²⁶³.

No terceiro volume de sua obra “Instituições do Direito Civil”, o autor ainda entende ser a *culpa in contrahendo* uma modalidade de responsabilidade civil

²⁵⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor. Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, p. 174. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173- 183.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 183.

²⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Revisão e atualização de Gustavo José Mendes Tepedino. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev e atual Rio de Janeiro, RJ: GZ Editora, 2012, p. 103.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 102.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 103.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 103.

²⁶² *Ibidem*, p. 103.

²⁶³ Sobre essa questão, o autor faz o seguinte comentário: *Essa distinção, a nosso ver, não se sustenta. O termo culpa in contrahendo não é utilizado na doutrina estrangeira para expressar coisa diversa do que expressa o termo “responsabilidade pré-contratual”. O que há é uma preferência pelo uso do primeiro termo na Alemanha, por se encontrar consagrado, em virtude da difusão que lhe deu Jhering, ao passo que o termo “responsabilidade pré-contratual” é preferencialmente utilizado nos demais países da Europa, assim como no Brasil. O próprio Caio Mário refere que Trabucchi utiliza os dois termos como sinônimos.* PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit.,p. 147, nota de rodapé.

extracontratual, porém, observa, de forma mais clara quanto ao escopo dessa figura jurídica, que esta surgirá sempre que os deveres jurídicos criados durante a fase das tratativas forem violados, não importando a conclusão ou não do contrato.

As negociações preliminares, repitamo-lo, não geram por si mesmas e em si mesmas obrigações para qualquer dos participantes. Elas fazem surgir, no entanto, deveres jurídicos para os contraentes decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres de lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo. A violação desses deveres durante o transcurso das negociações é que gera a responsabilidade do contraente, tenha sido ou não celebrado o contrato.²⁶⁴

Orlando Gomes também, nessa linha, considera que para casos de *culpa in contrahendo*, devem ser aplicadas as regras da responsabilidade extracontratual²⁶⁵. O autor reconhece a existência da figura da responsabilidade pré-contratual, embora não se aprofunde sobre esse tema. Menciona, na verdade, apenas a hipótese de reponsabilidade pela frustração da esperança, criada pela atitude de um negociante no outro, de contratar ao final das negociações preliminares, considerando esta a situação na qual as negociações podem ser relevantes.²⁶⁶

3.3.1. Os deveres da fase pré-contratual

Em âmbito jurisprudencial, como explica Antônio Menezes, foram sendo reconhecidos diversos deveres pré-contratuais²⁶⁷, os quais podem ser reunidos em três grupos: os deveres de proteção, expandidos continuamente após o caso dos rolos de linóleo²⁶⁸, de esclarecimento e de lealdade.

A doutrina reconhece, igualmente, diversos deveres pré-contratuais surgidos durante a fase das tratativas, identificando comumente, como observa Karina Nunes Fritz, os deveres de pré-contratuais de lealdade, proteção, guarda e restituição, informação,

²⁶⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva, 1913-2004. *Instituições de direito civil*. V. III. Ed. 18ª. Revisão e atualização de Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro, RJ: Gen: Forense, 2014, p. 35.

²⁶⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 73.

²⁶⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 72.

²⁶⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). *Da boa fé no direito civil: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 546 e ss.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 547.

esclarecimento, cooperação e sigilo²⁶⁹. No entanto, como lembra a autora, não é possível elencar todos os deveres oriundos da boa-fé objetiva durante a fase das tratativas num rol exaustivo: é impossível, como observa Regis Fichtner, elaborar uma fórmula para se obter o conteúdo exato do princípio da boa-fé²⁷⁰. Assim, não há uma sistematização uniforme na doutrina acerca desses deveres, sendo mais abordados os deveres de lealdade, informação, proteção e sigilo.

Judith Martins-Costa propõe uma sistematização dos deveres pré-contratuais a partir da jurisprudência brasileira, reunindo-os em dois grandes grupos: os deveres de probidade e os deveres informativos.²⁷¹

Os deveres de probidade têm um escopo mais amplo, e, com o sentido de conduta correta, abarcam deveres de assistência e cuidado em relação ao outro negociante e aos seus bens, assim como o dever de não interromper desmotivadamente as negociações e os deveres de lealdade em sentido próprio.²⁷²

Os deveres de lealdade em sentido próprio, por sua vez, incluem conduzir as negociações com seriedade e se relacionam com a manutenção de segredo sobre informações confidenciais, a ausência de atitude de ludíbrio e artimanha e, também, com a veracidade das informações fornecidas²⁷³ – ponto no qual se aproxima do dever de informação²⁷⁴.

De forma didática, a autora apresenta um exemplo hipotético de violação do dever de sigilo, o qual insere dentro do âmbito dos deveres de lealdade pré-negocial.

Desleal, por violação ao sigilo seria o caso de Z que, querendo associar-se à empresa X, tem conhecimentos de segredos comerciais daquela empresa, ou de planos ainda não anunciados ao público. Esses planos e segredos lhe são revelados justamente porque existem as negociações, isto é: existe a proximidade com o escopo de contratar. Porém, ao não adquirir o negócio, Z divulga os dados a que teve acesso, causando danos patrimoniais e extrapatrimoniais à empresa X.²⁷⁵

²⁶⁹ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 218.

²⁷⁰ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 93.

²⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51., jan. 2008, p. 29.

²⁷² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51., jan. 2008, p. 29.

²⁷³ Ibidem, p. 33.

²⁷⁴ Ibidem, p. 46

²⁷⁵ Ibidem, p. 33.

Regis Fichtner observa que o dever de sigilo é comum nos casos em que se negocia o estabelecimento de uma relação contratual mais complexa e com troca de informações mais intensas. Nesse contexto, o princípio da boa-fé determina que as informações obtidas durante as negociações sejam protegidas pela confidencialidade.²⁷⁶

Nesse sentido, Francesco Benatti observa, ao comentar as tratativas e a troca de informações que se dá no decorrer da negociação, que “qualquer que seja o êxito das negociações, é evidente que corresponde ao elementar critério de lealdade e honestidade do art. 1337^o²⁷⁷ não divulgar essas informações”.²⁷⁸

O autor é bastante preciso ao afirmar que “cada parte tem o dever de não divulgar fatos que cheguem ao seu conhecimento (e não simplesmente por ocasião) das negociações e cuja difusão poderia ser prejudicial à outra parte”²⁷⁹. Ele sublinha, portanto, a inserção desse dever em um contexto marcadamente pré-contratual: não se trata de uma informação obtida, por acaso, quando estava em curso determinada negociação, mas, sim, de informações expostas em razão das tratativas, informações necessárias para a formação do juízo de conveniência do outro contratante e obtidas, portanto, apenas em função das negociações preliminares.

Karina Nunes Fritz coloca o dever de sigilo no plano do dever de lealdade, estando um intimamente ligado ao outro.²⁸⁰ Nota a autora, ainda, que o objeto do dever de sigilo pode englobar não apenas os dados trocados em função da negociação, mas, também, caso esta não tenha resultado em um contrato, o motivo pelo qual as partes decidiram não contratar, especialmente se este for danoso à contraparte.²⁸¹

Em inexistindo pacto de sigilo, encontram-se as partes, por força do mandamento da boa-fé objetiva do art. 422 do CC/2002, obrigadas a não divulgar as informações recebidas em função das negociações que possam causar danos a bens, direitos ou interesses da contraparte até que as mesmas percam sua potencialidade lesiva. Isso se justifica na medida em que o

²⁷⁶ O autor identifica quatro exigências fundamentais decorrentes do princípio da boa-fé e que devem ser seguidas durante as negociações contratuais, o dever de informação, lealdade, proteção e sigilo. PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 89 e 90.

²⁷⁷ Referindo-se ao artigo do código civil italiano, explica Benatti: *O art. 1337^o do nosso Código Civil dispõe que “no decurso das negociações e na formação do contrato as partes devem comportar-se segundo a boa-fé”. Esta norma corresponde à exigência, bastante viva na moderna consciência social, de tutelar o contraente prejudicado durante a fase pré-contratual, pelo comportamento incorreto ou desonesto da outra parte, e representa o termo de um longo esforço histórico com origem no direito romano, como se deduz da leitura de uma conhecida página de Cícero.* BENATTI, Francesco. Op. Cit., p. 9.

²⁷⁸ BENATTI, Francesco. Op. Cit., p. 54.

²⁷⁹ BENATTI, Francesco. Op. Cit., p. 56.

²⁸⁰ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações.* Curitiba: Juruá, 2008, p. 236.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 237.

conteúdo normativo da boa-fé objetiva impõe às partes a necessidade de agir com lealdade recíproca, considerando seus respectivos interesses legítimos, o que passa pela necessidade de guardar sigilo acerca das informações recebidas durante o período de preparação do negócio jurídico, independentemente da existência de pacto expresse de sigilo.²⁸²

Outro dever pré-contratual frequentemente apontado pela doutrina e pela jurisprudência é o de proteção e cuidado, impondo cautela e medidas de segurança para evitar que danos surjam do intenso contato entre os negociantes em razão de negligência, e falta de cuidado.²⁸³ Assim, o dever de proteção, oriundo do princípio da boa-fé, exige que as partes ajam com cautela e cuidado para que nem o patrimônio do outro negociante nem sua pessoa sofram quaisquer danos.²⁸⁴

Karina Nunes Fritz observa que o dever de proteção surgiu a partir do caso dos rolos de tapete de linóleo, episódio célebre que marcou o reconhecimento dessa obrigação pré-contratual, dando início à contínua expansão jurisprudencial sobre o cuidado no momento anterior ao contrato.²⁸⁵ Nesse caso, pleiteou-se indenização pelo dano sofrido em razão da queda de tapetes de linóleo, mal colocados na prateleira por negligência.

Entendeu-se que, ao entrar na loja de tapetes de linóleo, teria se criado uma relação entre a autora e o comerciante de caráter preparatório e similar a uma relação contratual, tendo surgido, em razão dessa relação semelhante à contratual, deveres de proteção à vida e à propriedade da autora.²⁸⁶ Conforme explica Menezes Cordeiro, o Tribunal reconheceu que, havendo um contexto no qual se objetivava a conclusão de um contrato, “havia uma relação preparatória, de natureza semelhante a uma relação negocial”.²⁸⁷

A expansão jurisprudencial que se seguiu levou a que o dever de proteção incidisse assim que houvesse mera proximidade negocial, para proteger a vida e o patrimônio do negociante ou de terceiro de alguma forma ligado à situação pré-negocial.²⁸⁸

Karina Nunes Fritz observa que o dever de proteção é facilmente encontrado na jurisprudência brasileira, em especial no âmbito do direito do consumidor (tendo-se em

²⁸² FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 238.

²⁸³ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 96.

²⁸⁴ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 96.

²⁸⁵ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 219.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 219.

²⁸⁷ CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). *Da boa fé no direito civil*: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2011, p. 547.

²⁸⁸ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 219 a 220.

vista que, pela sistemática do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade é objetiva, e, portanto, não precisa ser provada pelo consumidor), sendo pacífico que o fornecedor tem dever de indenizar por danos causados dentro de seu estabelecimento comercial.²⁸⁹

Nota, ainda, que o dever de proteção não implica apenas a conduta negativa de se abster de causar danos à contraparte, mas pode gerar deveres positivos, consubstanciados, por exemplo, no dever de guarda e restituição de bens trocados durante a fase pré-contratual – os quais, embora desdobramentos do dever de proteção, podem surgir de forma autônoma, a depender das circunstâncias do caso concreto.²⁹⁰

Ainda deve-se mencionar o dever de lealdade em sentido estrito, o qual “impõe às partes a adoção de uma conduta insuscetível de fraudar a confiança da contraparte de que seu parceiro se conduzirá com lealdade, pois é isso o que se pode esperar de quem atua no comércio jurídico”²⁹¹, podendo se expressar de forma negativa ou positiva. O dever de lealdade se expressa de forma negativa quando, por exemplo, proíbe que um negociante prossiga com as tratativas apesar de ter certeza de que não irá concluir o contrato ao final.²⁹² Assume caráter positivo, por outro lado, quando impõe, por exemplo, que as partes cooperem para que possam chegar ao objetivo final de conclusão do contrato.²⁹³

Regis Fichtner explica que o dever de lealdade obriga que os negociantes prossigam com a negociação apenas se esta ainda for conveniente. Ou seja, o dever impõe que, não tendo um dos negociantes condições de estabelecer o contrato, por qualquer motivo, ou, então, perdendo interesse no objeto do negócio jurídico discutido, não sejam as negociações prolongadas inutilmente.²⁹⁴

²⁸⁹ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 222.

²⁹⁰ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 226.

²⁹¹ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 232.

²⁹² *Ibidem*, p. 233.

²⁹³ *Ibidem*, p. 232.

²⁹⁴ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. *Op. Cit.*, p. 94.

3.3.2. Os deveres de informação

O segundo grande grupo de casos de violação de deveres pré-contratuais apontado por Judith Martins-Costa – e, também, o mais extenso e heterogêneo – está relacionado com os deveres informativos.²⁹⁵

De fato, a autora observa que o grau e a intensidade do dever de informar, bem como o detalhamento devido, variam de acordo com diversos fatores, os quais separa em “objetivos” e “subjetivos”.

Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo observa que o dever de informação pode variar de grau a depender de circunstâncias do caso concreto. Assim, afirma que “o dever de informar tem graus”²⁹⁶, podendo se traduzir ora em um dever de esclarecer, ora de aconselhar ou mesmo de advertir. Nessa análise, deve-se levar em consideração a qualidade dos sujeitos envolvidos nas negociações, bem como o estágio em que estas se encontram.

Dessa forma, para Judith Martins-Costa, o dever de informar varia subjetivamente pois é influenciado pelos sujeitos envolvidos em negociação e a relação observada entre eles, que pode ser paritária ou assimétrica, caso em que se verifica um desnível informativo. Essa assimetria pode estar ligada tanto à qualificação quanto a circunstâncias pessoais dos sujeitos, revelando, por exemplo, sua competência e conhecimento técnicos ou inexperiência.²⁹⁷

Da mesma forma, o dever de informar é influenciado por aspectos objetivos, hipótese na qual diz que “variam objetivamente”. Trata-se de aspectos ligados ao tipo de relação que se pretende estabelecer, levando-se em conta os fins do futuro contrato, a existência de regulamento normativo sobre o dever de informar para a determinada operação ou de manter sigilo acerca de informações.²⁹⁸

²⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51., jan. 2008. p. 37.

²⁹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor. Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum, p. 179. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173- 183.

²⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51., jan. 2008, p. 40.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 40.

A autora também observa que em qualquer hipótese, o dever se refere a informação verdadeira, ou seja, “o dever de informar coincide e se especifica no dever de informar corretamente”.²⁹⁹ A autora considera, também, que em se tratando de contratos muito técnicos (dotados de elevada tecnicidade), surgiria igualmente o dever de elucidar como seria alcançado o fim desejado através do contrato, de forma que, nessa hipótese, é possível que o dever de informar incida sobre a oportunidade do contrato.³⁰⁰

O dever de informação também tem um caráter instrumental: ele existe para o fim de proporcionar o completo esclarecimento acerca do contrato visado, proporcionando meios para se chegar a um consentimento adequadamente esclarecido³⁰¹.

Por outro lado, a informação não é devida quando for de conhecimento público ou for facilmente obtida através de um esforço normal de diligência³⁰². Isso porque, como a autora explicita, “a diligência para com os próprios interesses decorre não só da autonomia privada, mas do próprio critério da razoabilidade”³⁰³. Deve-se apenas notar que esse ônus de se informar varia de acordo com a relação entre os negociantes, de forma que, havendo uma desigualdade de poderio, o ônus é relativizado³⁰⁴. Na relação entre fornecedor e consumidor, por exemplo, essa desigualdade de poderio informativo é, inclusive, presumida³⁰⁵.

A autora também faz uma análise a partir a violação dos deveres de informação, que podem se dar tanto por omissão quanto por ação.³⁰⁶ A violação por omissão ocorre, como é fácil de imaginar, quando uma informação relevante não é comunicada. Já a violação por ação ocorre quando a informação é comunicada, porém não de forma correta ou completa, podendo ser a informação falsa ou inexata.³⁰⁷ A autora nota que, nesse contexto, há uma “zona cinzenta” entre os deveres informativos e os de lealdade, pois

²⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51., jan. 2008, p. 41.

³⁰⁰ Ibidem, p. 41.

³⁰¹ Ibidem, p. 42.

³⁰² MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51., jan. 2008, p. 42.

³⁰³ Ibidem, p. 43.

³⁰⁴ Ibidem, p. 43.

³⁰⁵ Ibidem, p. 44.

³⁰⁶ Ibidem, p. 46.

³⁰⁷ Ibidem, p. 46.

“poderá produzir dano a ausência de uma informação adequada que conduza, lealmente, ao consentimento esclarecido do parceiro contratual”³⁰⁸.

Os deveres de informação são importantes, observa Regis Fichtner, porque os negociantes vão deliberar sobre realizar o negócio ou não a partir das informações de que dispõem. De fato, os critérios de conveniência e oportunidade segundo os quais as partes irão avaliar a conclusão do contrato serão estabelecidos internamente pelos agentes levando-se em consideração todas as circunstâncias que envolvem a operação³⁰⁹.

É nesse sentido que Francesco Benatti tece o seguinte comentário:

Na verdade, durante as negociações os sujeitos procuram formar uma ideia sobre o conteúdo do contrato que estão para estipular, de maneira a controlar se existe correspondência entre o resultado prático que esperam conseguir e aquele que se realizaria se concluíssem aquele determinado negócio. Quando se convencem, na base da ideia amadurecida durante as negociações, de que o futuro contrato se apresenta como instrumento idôneo para atingir o fim perseguido, declaram-se prontos a estipulá-lo.³¹⁰

Em seguida, o autor esclarece, nessa linha, que o objetivo principal de quem negocia é obter a “representação preventiva do conteúdo do contrato”, ou seja, saber exatamente qual será o conteúdo do contrato, sendo de seu interesse que essa ideia previamente constituída em momento anterior ao contrato sobre seu conteúdo seja o mais próximo possível da realidade³¹¹.

Apoiada nesse entendimento, Karina Nunes Fritz conclui que “a importância da informação mede-se precisamente por sua influência na formação do juízo de conveniência e oportunidade do negócio a ser firmado, de modo que, de posse dessa informação, ou as partes não chegam à conclusão do contrato, ou o fazem sob diversas condições.”³¹²

No entanto, a autora observa, com base na jurisprudência alemã, que estudar a importância da informação deve passar também por outros aspectos ligados ao caso concreto. Por exemplo, deve-se considerar “a superioridade de uma parte à outra”³¹³, de

³⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51., jan. 2008, p. 46.

³⁰⁹ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 90.

³¹⁰ BENATTI, Francesco. Op. Cit., p. 50.

³¹¹ BENATTI, Francesco. Op. Cit., p. 50.

³¹² FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 227.

³¹³ Ibidem, p. 227.

forma que “existindo de fato uma desigualdade estrutural entre as partes, pesa para aquela em melhor condição – e conseqüentemente, mais informada – o dever de compartilhar essas informações com o parceiro, pois não só detém as referidas informações, como também tem presumidamente melhor acesso às mesmas”³¹⁴.

É possível aferir a qualidade da negociação, portanto, a partir dessa comparação entre o esperado do contrato e o que o contrato efetivamente significou para o contratante. Assim, para que se possa representar o futuro contrato com precisão é preciso analisar uma série de dados, dentre os quais informações que o negociante não consegue obter sozinho, precisando de esclarecimentos e elucidações por parte do parceiro negocial³¹⁵. Como o Benatti observa, sobre essa atividade de informar, incide o princípio da boa-fé objetiva, “vinculando cada uma das partes a comunicar, conformemente à verdade, tudo aquilo de que a outra parte carece para formar um quadro exacto sobre a matéria objeto das negociações.”³¹⁶

Como consequência desse aspecto, os interesses em pauta na fase de negociação englobarão, por exemplo, para além do interesse de que as informações sejam completas, o interesse de que não sejam divulgadas³¹⁷, o que remete ao dever de sigilo.

As reflexões precedentes não esgotam a análise dos interesses em jogo no período pré-contratual, interesses para cuja proteção foi prescrita a regra de boa-fé daquele art. 1337. De facto, os sujeitos, além da exigência de serem informados sobre todas as circunstâncias respeitantes ao contrato que querem contrair, têm também necessidade de que não sejam difundidas informações relativas ao decurso das negociações e cujo conhecimento por parte de terceiros poderia prejudicá-los.³¹⁸

A informação no período pré-contratual também se desdobra no dever esclarecimento. Como observa Karina Nunes Fritz, “o dever de informação engloba também um dever de clareza”³¹⁹, envolvendo, portanto, explicações detalhadas acerca do futuro conteúdo contratual e de suas circunstâncias.

A autora explica, ainda, que a violação do dever de informação pode conduzir a uma justificada interrupção das tratativas e dar causa a um dano quando, por exemplo,

³¹⁴ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 227.

³¹⁵ BENATTI, Francesco. Op. Cit., p. 50 a 51.

³¹⁶ BENATTI, Francesco. Op. Cit., p. 51.

³¹⁷ BENATTI, Francesco. Op. Cit., p. 52.

³¹⁸ BENATTI, Francesco. Op. Cit., p. 52.

³¹⁹ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 228.

gastos são realizados em virtude de uma informação incompleta ou incorreta – o que exemplifica uma violação positiva do dever³²⁰. A violação negativa, por sua vez, poderia levar a um dano gerado pela omissão de uma informação – feita a ressalva quanto a situações em que as partes estão em condições iguais, hipótese na qual não se pode ignorar o dever de se informar.³²¹

3.4. Casos concretos

Alguns casos concretos foram elencados abaixo, com o intuito de demonstrar, especialmente com casos envolvendo deveres pré-contratuais ligados à informação, os danos potenciais que podem ser causados por uma parte à outra durante a fase pré-contratual. Coloca-se em evidência, assim, a existência, na fase das tratativas, de outros deveres pré-contratuais além do dever de se abster de abandonar de forma abrupta as negociações, após se ter criado legítima expectativa no outro de conclusão do contrato. Os casos ilustrarão que a vulnerabilidade a que os negociantes se expõem não se deve apenas à possibilidade de rompimento imotivado das tratativas.

Caso concreto n. 1

O acórdão ementado a seguir trata de um caso no qual os autores propõem ação de indenização por danos materiais e morais em razão da frustração da expectativa em relação à qualidade do veículo que se pretendia comprar. Nesse caso, os próprios autores escolhem não prosseguir para a conclusão do contrato, ao descobrir informações essenciais sobre o veículo que desejavam adquirir e que haviam sido omitidas ou não esclarecidas.

REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA DOS CONTRATOS. Negociações preliminares a induzir os autores a deslocarem-se até o Rio de Janeiro para a aquisição de veículo “semi-novo” da ré, na companhia de seu filho ainda bebê, gerando despesas. Deslealdade nas informações prestadas, pois oferecido como “uma jóia de carro”, “impecável”, gerando falsas expectativas, pois na verdade o veículo apresentava pintura mal feita, a revelar envolvimento em acidente de trânsito. Omissão no fornecimento do histórico do veículo que poderia confirmar as suspeitas de tratar-se de veículo batido. Danos materiais, relativos às passagens aéreas e estadia e danos morais decorrentes do sentimento de desamparo,

³²⁰ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 229.

³²¹ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 229.

frustração e revolta diante da proposta enganosa formulada. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos.³²²

Pode-se perceber que os danos gerados pelas despesas relacionadas ao deslocamento até a cidade do Rio de Janeiro surgiram em um contexto tipicamente negocial. Surgiram, também, apenas em razão da falsa representação do negócio que seria concluído, já que, caso o fato de o veículo já ter sido envolvido em acidente e ter tido a pintura refeita tivesse sido comunicado aos candidatos a contratantes, possivelmente estes sequer prosseguiriam a negociação, ou, então, mudariam a condução das tratativas, propondo um preço mais baixo.

Conforme explicado por Judith Martins-Costa, o dever de informação especifica-se no dever de informar corretamente, tendo em vista a informação verdadeira.³²³ Só esta pode viabilizar um consentimento adequadamente esclarecido do negócio jurídico estudado.

Tendo em conta que o carro lhes havia sido descrito como semi-novo e como uma joia impecável, pode-se concluir que a informação passada foi incompleta e inexata, o que se traduz numa violação “por ação”, como diz Judith Martins-Costa³²⁴, ou, como explica Karina Nunes Fritz, demonstra o caráter positivo da violação.³²⁵

Ao mesmo tempo, circunstâncias relevantes acerca do automóvel não foram mencionadas – trata-se do fato de ter sido repintado e de já ter sido batido. Realmente, conforme descrito na sentença, o histórico do carro não havia sido fornecido. Note-se o seguinte trecho da sentença, transcrito na decisão de segundo grau:

Aos autores foi omitida, quando das tratativas iniciais, a pintura refeita, fato não muito comum em se tratando de veículo com pouco mais de 28 mil quilômetros rodados, presumindo os compradores – e com razão -, que, com isso, tivesse o veículo se envolvido em acidente. Lembra-se que não lhes foi disponibilizado o histórico do veículo como prometido.

³²² Recurso inominado n. 71000531376. Segunda Turma Recursal Cível. Comarca de Porto Alegre. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ricardo Torres Hermann. Julgado em 08/09/2004.

³²³ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51., jan. 2008, p. 41.

³²⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51., jan. 2008, p. 46.

³²⁵ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 229.

Assim, pode-se identificar igualmente uma violação “por omissão” ou “negativa”, eis que, ao contrário do que havia sido prometido, o histórico do carro não foi disponibilizado para os autores.³²⁶

Nesse contexto, como observa Judith Martins-Costa, a violação do dever de informação acaba afetando a lealdade entre as partes, já que não permite a condução leal das tratativas rumo a um consentimento adequadamente esclarecido³²⁷. Nesse sentido, a decisão indica “deslealdade nas decisões prestadas”.

Quanto a esse ponto, Regis Fichtner lembra que é com as informações de que dispõem, que os negociantes deliberam sobre a conclusão ou não do futuro contrato. Assim sendo, a omissão de um dado relevante tem o condão de influir de forma desleal nas decisões do parceiro negocial.

Explica o autor:

O interesse em prosseguir e aprofundar negociações já iniciadas vai depender da qualidade das informações que as partes vão obtendo durante o seu desenvolvimento. Se uma das partes desperta o interesse da outra em prosseguir negociando, através de informações que não correspondem à realidade, pode surgir para esta o direito de ser indenizada pelos prejuízos que suportou, por ter prosseguido em um projeto de negócio que, caso soubesse da realidade dos fatos, não lhe interessaria.³²⁸

Nessa linha, Karina Nunes Fritz explica que a violação do dever de informação pode conduzir ao justificado rompimento das tratativas e dar causa a um dano. Ao exemplificar violações positivas do dever de informar, a autora descreve exatamente o que ocorreu no caso em análise:

Uma violação positiva ocorre, por exemplo, face ao fornecimento de indicações incompletas ou inexatas, podendo responder, quem forneceu as informações, por responsabilidade pré-contratual caso a contraparte tenha realizado despesas em decorrência das informações prestadas.³²⁹

³²⁶ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 229.

³²⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, p. 11-51., jan. 2008, p. 42.

³²⁸ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 351.

³²⁹ FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 229.

Regis Fichtner observa, ainda, que na situação analisada, a posição das partes é invertida em relação à hipótese mais frequente de ruptura imotivada das tratativas (hipótese na qual o negociante que rompe de forma injustificada após criar a legítima expectativa de contratação tem o dever de indenizar). Assim, explica o autor:

A posição das partes se inverte na situação ora sob exame. Quem irá romper as negociações, nesse caso, após ter ciência de que as informações que lhe foram passadas não correspondem à realidade, será o contraente que terá o direito de obter do outro indenização pelos prejuízos causados durante a fase das tratativas.³³⁰

Dessa forma, conclui:

O dever de indenizar decorrerá, assim, não do simples fato de uma das partes ter interrompido as negociações contratuais, mas sim do fato de ter sido induzida a prosseguir nas tratativas, em razão de ter sido seu interesse no contrato desperto através de informações que não correspondem à realidade³³¹.

Caso concreto n. 2

O segundo caso a ser analisado diz respeito a uma negociação para um possível contrato de compra e venda de ponto comercial no qual se exercia a atividade de gerenciamento de moto-táxi. A autora propôs ação de cobrança combinada com indenização por danos morais, a qual foi julgada improcedente. Em seguida, interpôs recurso de apelação, julgado por acórdão ementando da seguinte maneira:

CONTRATO. FORMAÇÃO DO CONTRATO. COMPRA E VENDA DE ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL. NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES. RESPONSABILIDADE CIVIL. Indenização por danos morais e materiais decorrentes de suposto desfazimento de avença.

1. Embora a autora tenha afirmado que a prova oral confirmou a conclusão do negócio jurídico, houve, no caso em exame, apenas negociações verbais preliminares. As partes ajustaram que o réu iria à empresa com o fim de tomar conhecimento da atividade desenvolvida e daí decorreria a conclusão, ou não, do negócio jurídico. Havia justa causa que apoiava a desistência do réu. A autora não expôs ao réu, com clareza, as circunstâncias que dificultariam o desenvolvimento da atividade empresarial, notadamente as dívidas que não foram pagas. Não é por outra razão que a autora, alienante, exigiu do réu o pagamento de garantia, pois intencionava tornar segura a conclusão futura do contrato. Entretanto, sequer o pagamento pode ser exigido do réu, pois a autora, como visto, contrariou os deveres da boa-fé.

2. A atuação de boa-fé dos parceiros também é exigida na fase de tratativas, em consonância ao disposto no art. 422, do Código Civil. O autor omitiu informações essenciais a respeito da atividade empresarial, notadamente dados que impediam a concretização da avença. Diante disso, não se vê a atuação de boa-fé. Sentença de improcedência dos pedidos mantida. Recurso não provido.³³²

³³⁰ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit.,p. 351.

³³¹ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit.,p. 352.

³³² Apelação Cível n. 9058070-42.2009.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Carlos Alberto Garbi, julgado em 11/06/2013, publicado em 06/06/2013.

Apesar de a apelante alegar ter pactuado um contrato oral com os réus, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que se tratava apenas de negociações preliminares visando o possível futuro contrato que a apelante alegava já se ter formado.

Note-se que a decisão não se limita meramente a concluir que, por se tratar de mera negociação, não haveria obrigação entre as partes e por isso o apelo não mereceria ser provido.

Após entender que o conflito se limitava à fase das tratativas, o acórdão reconhece a força normativa da fase das negociações preliminares e passa a analisar como se passou esse período no caso concreto, chegando a algumas constatações. O Tribunal conclui que não apenas os réus tinham fundamentada razão para não seguir com as negociações, como a autora tinha, inclusive, violado um dever pré-contratual ao qual estava vinculada pela boa-fé objetiva, qual seja: de comunicar aos réus, então negociantes, circunstâncias relevantes para o negócio discutido.

Ao que tudo indica, a autora, ao contrário do que afirmou, não atuou de boa-fé, em afronta ao que determina o art. 422 do Código Civil. Não expôs ao réu as dívidas, embora tenha afirmado na petição inicial que decidiu por alienar o ponto empresarial com decorrência de “dificuldades para manter o negócio” (fls. 3). Assim, não expôs ao réu, com clareza, as circunstâncias que dificultariam o desenvolvimento da atividade empresarial. Não é por outra razão que exigiu do réu o pagamento de garantia – que não se confunde com arras, pois como dito, não houve a concretização do ajuste – pois intencionava tornar segura a negociação. Entretanto, sequer a suposta garantia (R\$ 12.000,00) pode ser exigida do réu, pois a autora, como visto, contrariou os deveres da boa-fé na fase preliminar do contrato.

Note-se que aproximação ocorrida durante as tratativas, que justifica que esse período seja considerado especial e protegido pela boa-fé objetiva, capaz de fazer surgir deveres pré-contratuais para todos os envolvidos, fica evidente nesse caso concreto.

Uma das testemunhas ouvidas em Juízo, que prestava no local serviços de moto-taxista, confirmou que o réu – Vitor Batista Carneiro – esteve no estabelecimento apenas para tomar conhecimento da atividade empresarial, sendo certo que a autora, inclusive, esteve presente no primeiro dia, com o fim de auxiliá-lo.

Devido à proximidade ocasionada pelas negociações preliminares, os réus tiveram a oportunidade de descobrir circunstâncias relativas à atividade comercial suficientemente pertinentes para que mudassem de ideia quanto à conclusão do negócio jurídico. Em outras palavras, circunstâncias não expostas pela autora e percebidas em razão do contato intenso travado nas negociações influenciaram a formação do juízo de

conveniência e oportunidade do contrato. Nessa linha, o acórdão transcreve o seguinte trecho da contestação:

No período [...] em que o apelado Vitor esteve na empresa, [...] o telefone foi cortado por falta de pagamento, diversos credores compareceram [...], inclusive, a proprietária do imóvel também esteve lá, dizendo que o aluguel estava com os pagamentos atrasados por três meses. (fls. 228/229).

Assim, o caso em análise destaca o dever de informação, criado pela boa-fé objetiva em razão da especial relação travada entre os envolvidos, cuja violação se traduziu em justificada razão para o abandono das tratativas. O potencial danoso da violação desse dever não se concretizou porque a proximidade ensejada pelas negociações fez com que os negociantes verificassem circunstâncias não comunicadas, o que evitou o dano que teria surgido caso um contrato fosse firmado sem o consentimento devidamente esclarecido de todas as partes.

Caso concreto n. 3

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao terceiro caso analisado, ementado da seguinte forma:

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. CULPA "IN COTRAHENDO". ALIENAÇÃO DE QUOTAS SOCIAIS E POSSIVEL O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL, FUNDADA NA BOA-FÉ, PARA INDENIZAÇÃO DAS DESPESAS FEITAS NA PREPARAÇÃO DO NEGÓCIO QUE NÃO CHEGOU A SE PERFECTIBILIZAR POR DESISTÊNCIA DE UMA DAS PARTES. NO CASO, PORÉM, O DESISTENTE AGIU JUSTIFICADAMENTE. CESSÃO DA TOTALIDADE DAS AÇÕES POR QUEM APENAS DETINHA PARTE DO CAPITAL.³³³

Esse caso é comentado por Judith Martins-Costa no capítulo sobre a *culpa in contrahendo*³³⁴ e, de certa forma, se assemelha ao anterior. Trata-se, dessa vez, de um conflito surgido das negociações travadas para a compra de um posto de gasolina – mais especificamente, para a transferência de quotas da sociedade que operava o posto de gasolina.

O negociante, Gilberto, se apresentou como proprietário do posto de gasolina e, nessa condição, entrou em negociações com Adolfo para a venda do posto. As tratativas

³³³Apelação Cível n. 591017058, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 25/04/1991.

³³⁴ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 477 a 480.

se seguiram e Gilberto contratou um advogado para minutar o contrato (uma despesa que viria a ensejar a ação ora analisada).

Ocorre que, antes da efetiva conclusão do contrato, Adolfo desiste da operação, levando Gilberto a pleitear em juízo uma indenização pelos custos desembolsados ao contratar o advogado. No entanto, como o Tribunal reconhece, a desistência de Adolfo foi motivada.

Conforme observa Judith Martins-Costa sobre a decisão:

Conquanto firmada a tese da existência de dever que se aloca na fase pré-negocial, ou preparatória, de um contrato – dever de não romper injustificadamente as tratativas -, a decisão, unânime, foi pelo não acolhimento do apelo, mantendo-se a decisão original que negava provimento à ação de indenização.³³⁵

O acórdão de 1991 foi comentado pela autora por reconhecer a possibilidade de indenização em razão de injustificada ruptura das negociações, embora o motivo justo do afastamento de Adolfo tenha evitado a condenação.

Porém, algumas outras considerações podem ser feitas a seu respeito. Pode-se observar que as negociações, nesse caso, não permitiram a reprodução preventiva do conteúdo contratual de forma mais fiel possível à realidade, o que, segundo Benatti³³⁶, é uma das funções das tratativas, concretizada pela troca de informações entre os envolvidos.

O argumento da defesa de Adolfo que encontrou amparo na documentação das tratativas acabou revelando que Gilberto havia, na realidade, violado o dever pré-contratual oriundo da boa-fé objetiva de prestar informações claras. De fato, a minuta elaborada apresentava apenas Gilberto como detentor de todas as quotas sociais, quando, na verdade, apenas parte delas era de sua titularidade.

Assim, o Tribunal considerou que, se há motivo suficiente para que o negociante desista do contrato, este não deve arcar por eventuais despesas realizadas³³⁷. Como o negociante se apresentou como o único proprietário do posto de gasolina, quando, na realidade, detinha apenas 68% das cotas, era justificado que Adolfo desistisse. O negócio, conforme estava sendo tratado durante as negociações, não correspondia à realidade.

³³⁵ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 479.

³³⁶ BENATTI, Francesco. *Op. Cit.*, p. 50.

³³⁷ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 488; Judith livro 1999 p. 479.

Caso concreto n. 4

O Tribunal reconhece, nesse caso, um desequilíbrio no contrato firmado, uma vez que o valor da unidade de serviços emergenciais não corresponde ao que havia sido negociado entre as partes. O acórdão é ementado da seguinte forma:

Apelação Cível. Prestação de Serviço. Contrato de construção e manutenção de rede de distribuição de energia elétrica. Ação declaratória c.c indenização por perdas e danos. Sentença de procedência. Inconformismo. Agravo retido conhecido, porém, não provido. Realização de perícia por profissional habilitado e da confiança do juízo. Apresentação de trabalho criterioso e bem fundamentado, trazendo respostas satisfatórias a todos os quesitos elaborados pelos litigantes. Desnecessidade da sua oitiva em audiência. Agravo retido não provido. Alegação de prescrição. Inocorrência. Relação contratual. Prazo prescricional aplicado ao caso é decenal. Art. 205 do CC. Tomada de preços. **Alegação da autora de que durante a fase de negociação, a ré apresentou planilhas com quantidade e preços das unidades de serviço, mas, quando da assinatura do contrato, introduziu redução no índice de US emergenciais, em descompasso à planilha original, o que gerou uma situação de desequilíbrio. Provas dos autos (pericial e oral) que demonstram que as quantidades de Unidades de Serviço (US), indicadas na planilha da fase pré-contratual, foram posteriormente reduzidas quando da celebração do contrato sem prévio conhecimento da parte autora. Responsabilidade pré-contratual. Princípio da boa-fé objetiva, geradora de deveres de conduta, de modo a não ferir a confiança despertada na parte contrária. Dever de indenizar decorrente de violação do princípio da boa-fé objetiva.** Sentença mantida. Recurso não provido.³³⁸

Esse é um caso que envolve negociações mais complexas, dependendo de estudos e conhecimentos técnicos. O Tribunal entendeu que “a ação de reparação civil está fundada em desequilíbrio e violação da boa-fé havida no contrato de prestação de serviço celebrado entre as partes”, uma vez que havia sido criada pela ré “legítima expectativa de que o contrato seria firmado nas condições estabelecidas na fase negocial”.

A autora estudou por meses, a partir das informações (materiais, minutas e resumos do contrato) fornecidas pela ré, os termos do contrato de prestação de serviços de construção e manutenção de rede de distribuição de energia elétrica.

Os funcionários da autora recebiam materiais e resumos sobre o futuro contrato para analisá-lo e realizar um estudo para verificar a viabilidade financeira do valor da unidade de serviço (US).

³³⁸ Apelação Cível n. 0076370-91.2008.8.26.0114, 22ª Câmara de Direito Privado. Tribunal do Estado de São Paulo. Relator: Hélio Nogueira. Julgado em 14/07/2016. Publicado em 21/07/2016.

Funcionários notaram que, depois de concluído o contrato, os valores estavam diferentes dos contidos nas planilhas enviadas pela ré durante as negociações. Assim, na reunião de início de vigência do contrato, questionou-se os valores de unidade de serviços emergenciais, diferentes dos enviados nas planilhas. Após o questionamento, a autora precisou, inclusive, realizar um novo trabalho, para avaliar se o contrato, com esse novo valor para as unidades de serviço emergenciais, estava financeiramente adequado ou não.

O Tribunal conclui que as unidades de serviço foram reduzidas quando da celebração do contrato, de forma contraditória com a conduta exercida durante as tratativas. De fato, o laudo pericial e os depoimentos das testemunhas demonstraram que as quantidades de US para equipes de emergência haviam sido posteriormente reduzidas sem que esse fato tivesse sido comunicado à autora.

No caso dos autos, como está demonstrado, a ré, durante a fase de negociação, criou na autora a legítima expectativa de que o contrato seria firmado nas condições estabelecidas na fase negocial, causando surpresa e prejuízos com a redução das US's de emergências quando da assinatura do contrato.

O acórdão reconhece que a autora deveria ter sido comunicada e cientificada da mudança na minuta do contrato que viria a ser concluído. A autora, conforme observa o acórdão, se baseou nas informações indicadas na fase pré-contratual, ou seja, durante as negociações, para a concretização da prestação de serviço.

Por corolário, restando incontroverso que o valor das US's de emergência foi reduzido quando da assinatura do contrato, sem a devida comunicação e ciência da autora, caracterizada ficou a violação da boa-fé objetiva, vez que ela, apelada, para concretização da prestação de serviço, se baseou no valor indicado na fase pré-contratual, o que gerou a ela os prejuízos indicados no laudo pericial.

A sentença, confirmada pelo acórdão, observa que a conduta da ré destoou do imposto pela boa-fé objetiva, já que não se podia esperar, devido ao contexto, que as informações passadas fossem fictícias, fornecidas apenas para permitir simulações. A boa-fé objetiva obriga que, nessa hipótese, isso seja comunicado de forma clara à outra parte.

É certo que as testemunhas arroladas pela parte ré disseram que aquele CD com as planilhas seria mera simulação, o que não pode ser acolhido, porque destoa do que seria de se esperar numa situação destas, quando a empresa contratante encaminha, já na fase de negociação do contrato, uma planilha com os índices já definidos de US's para remuneração das atividades de serviços de emergência, sem especificar expressamente como deveria fazer que tais índices eram fictícios, produto de mera simulação.

Devido à conduta da ré, contrária à boa-fé objetiva durante as negociações, a sentença e o acórdão reconheceram que era devido à autora o valor relativo à diferença do percentual de unidades de serviço em relação ao que fora ajustado. Considerando que a sentença, confirmada pelo acórdão, julga procedente a ação para “reconhecer o abuso de direito praticado pela requerida durante a vigência do contrato”, tendo em vista dano causado pela violação da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, o caso se encaixa na descrição de Regis Fichtner sobre uma modalidade de responsabilidade pré-contratual não relacionada à ruptura das negociações. Explica o autor:

A terceira modalidade diz respeito aos danos que uma das partes possa sofrer, depois de estabelecido o contrato, em razão de fatos ocorridos durante as negociações contratuais. Essa modalidade de responsabilidade pré-contratual diz respeito principalmente às informações enganosas que uma parte possa prestar a outra sobre o objeto do contrato, quando um dos contraentes venha posteriormente a verificar que o objeto da prestação não tem as qualidades informadas pela parte contrária, sofrendo danos em virtude de tal fato.³³⁹

³³⁹ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit.,p. 52.

CONCLUSÃO

Após o exposto, algumas conclusões podem ser identificadas. A primeira delas é que a boa-fé incide na fase pré-contratual, sendo por isso de grande importância para a atribuição de relevância jurídica e normatividade às negociações preliminares.

A obrigação deixa de ser vista como um vínculo estático, segundo o qual há apenas dois polos que se contrapõem, o crédito e o débito, para ser compreendida como uma série de atos concatenados de forma dinâmica e orientados para a finalidade da obrigação, a qual é integrada por elementos avoluntarísticos: deveres oriundos da boa-fé objetiva que se destinam a proteger as partes e otimizar a realização da prestação. Esses deveres de proteção oriundos da boa-fé incidem mesmo após o adimplemento da obrigação e, da mesma forma, já são observados antes de formado o contrato, durante a fase das tratativas. Negociantes têm, um em relação ao outro, deveres de consideração, oriundos da boa-fé objetiva, independentes da vontade.

Durante as negociações, os sujeitos envolvidos decidem, ou não, ajustar um contrato, exercendo assim sua liberdade de contratar. Não há contrato formado ainda, e, no entanto, a conduta das partes não é completamente desprovida de relevância jurídica. Isso se deve à boa-fé em sua acepção objetiva, a qual impõe que a conduta das partes seja correta e leal, devendo levar em consideração o outro sujeito envolvido e seguir um modelo abstrato de pessoa correta e razoável. Tendo isso em vista, passa-se ao ponto seguinte.

As negociações são um fenômeno tido por muito tempo como a expressão da liberdade de contratar – o que não deixam de ser, de fato. Porém, não se inserem em um espaço de *total* liberdade, não havendo qualquer traço de vinculação. É dito que as negociações não são obrigatórias, mas isso deve ser compreendido da seguinte forma: as negociações não obrigam a contratar ao final. De fato, não seria admissível que as tratativas necessariamente forçassem os participantes ao contrato discutido, o que violaria a liberdade de contratar e implicaria em igualar a vontade de concluir um contrato com a vontade de entrar em negociações preliminares.

Ocorre que entrar em negociações envolve uma série de aspectos que demandam alguma proteção jurídica, podendo a relação entre negociantes, até mesmo, ser comparada

a uma relação obrigacional, na opinião de Regis Fichtner³⁴⁰. As partes têm o objetivo de verificar se vale a pena ou não concluir o ajuste discutido – elas pretendem formar um juízo de conveniência e oportunidade acerca do negócio. Discutem, assim, em que termos pactuariam o ajuste e, dependendo da situação, precisam estudar o possível futuro contrato antes de oferecer ou aceitar uma proposta ou contraproposta.

Assim, nesse momento há expectativas quanto à condução correta e leal das negociações, e, da mesma forma, quanto ao cuidado que um negociante terá em relação ao outro, tanto em relação à sua pessoa quanto ao seu patrimônio, bem como quanto às informações por ele disponibilizadas. Nesse contexto, a depender do grau de complexidade do negócio discutido, para organizar as negociações e registrar pontos sobre os quais as partes já acordaram, são, inclusive, criados documentos pré-contratuais.

Tendo em vista esse especial contato travado entre as partes, a boa-fé objetiva impõe uma série de deveres anexos pré-contratuais, que os negociantes devem uns aos outros de forma recíproca e que, à semelhança dos deveres anexos contratuais, também não podem ser elencados de forma exaustiva. São identificados, sem que com isso se pretenda formar um rol fechado, alguns grupos de deveres pré-contratuais, ligados à proteção, lealdade, sigilo e informação.

Nesse ponto, compreende-se que as negociações envolvem diferentes expectativas – um negociante tem confiança de que o outro não divulgará informações sigilosas, de que seu patrimônio e sua pessoa serão protegidos, de que a informação que receberá, e com a qual irá tomar uma decisão sobre prosseguir as negociações ou não, ou sobre algum aspecto do futuro contrato, são verdadeiras e completas. As partes devem se conduzir no curso das tratativas levando todos esses aspectos em conta, de modo que as condutas, nesse momento, devem se dar dentro do espaço do razoavelmente esperado segundo o modelo abstrato de pessoa, ou seja: devem ser pautadas na boa-fé objetiva. O mandamento de conduta leal e correta, imposto pela boa-fé objetiva, se concretiza em diversos deveres pré-contratuais que devem ser seguidos sob pena de se gerar um dano.

Dito isso, chega-se a duas constatações. A primeira constatação é a de que as tratativas são dotadas de normatividade e produzem alguma vinculação – não no sentido de obrigar a pactuar o contrato negociado, porém a se portar de acordo com a boa-fé objetiva. A segunda conclusão é a de que a boa-fé objetiva se traduz em diversos deveres

³⁴⁰ PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. Op. Cit., p. 253 a 254.

pré-contratuais, ou, em outras palavras, conclui-se que a lealdade imposta se desdobra em vários deveres específicos a serem observados durante as tratativas e que variam caso-a-caso.

Assim, as tratativas são, em algum grau, dotadas de normatividade, a qual se expressa através dos deveres pré-contratuais oriundos da boa-fé objetiva. A conduta das partes durante as negociações está vinculada aos deveres anexos e independentes da vontade. Esses deveres pré-contratuais são, portanto, desdobramentos da proteção jurídica impressa às tratativas pela boa-fé objetiva.

Por conseguinte, a responsabilidade civil pré-contratual, construída por Jhering, influenciado por um caso pessoal³⁴¹, foi se desenvolvendo na doutrina à medida em que as operações comerciais foram se tornando mais complexas e demandando uma proteção jurídica para a fase pré-contratual mais elaborada.

A responsabilidade civil pré-contratual, que surgiu com a hipótese de dano pela celebração de um contrato nulo por motivo que uma parte já sabia quando da negociação, foi tendo seu escopo ampliado. Hoje, a responsabilidade pré-contratual mais comum é aquela causada pela ruptura abrupta e ilegítima de tratativas. Trata-se do dever de não interromper de forma arbitrária negociações quando o outro sujeito, com quem se negocia, já formou uma expectativa de contratação à qual se deu causa.

Porém, tendo em vista os diversos deveres anexos que surgem na fase pré-contratual, a boa-fé pode ser violada não apenas no caso de desistência abrupta e imotivada de negociações, mas, também, quando outros deveres anexos são descumpridos, tais como o dever de manter o sigilo de informações obtidas em função das negociações ou de fornecer informações corretas e claras, permitindo a formação de um juízo de conveniência e oportunidade adequadamente esclarecido.

Assim, o descumprimento de um dever anexo oriundo da boa-fé objetiva nem sempre representará o súbito afastamento das negociações, quando já se tinha criado uma expectativa legítima de contratação, “abrangendo, também, danos decorrentes do processo formativo por infringência aos deveres instrumentais de comunicação ou informação, de custódia, de segredo e os de conservação do negócio”³⁴².

³⁴¹MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 488.

³⁴² *Ibidem*, p. 493.

Em pesquisa jurisprudencial sobre violação de deveres anexos ligados à informação no âmbito pré-contratual, estes são referidos frequentemente, quando ligados à responsabilidade pré-contratual, em um contexto de ruptura de tratativas.

Nesse sentido, em dois casos concretos analisados (casos concretos n. 2 e n. 3), a violação do dever de informar surge como o motivo justo capaz de fundamentar o não prosseguimento das tratativas, afastando a responsabilidade pré-contratual por rompimento arbitrário de negociações.

Quanto ao caso concreto n. 1, o dever de informação levou ao prosseguimento desnecessário de negociações, em que o juízo de conveniência dos negociantes estava sendo afetado por informações inexatas, havendo uma expectativa frustrada de contratação. A única diferença é que, ao contrário do exemplo clássico em que um negociante viola a boa-fé objetiva ao romper as negociações quando já havia feito surgir no outro negociante a legítima expectativa de concluir o contrato, nesse caso, a violação do dever de informação leva à ruptura motivada das tratativas, sendo condenado a indenizar aquele que não interrompeu as negociações, mas que violou deveres de conduta pré-contratuais.

No entanto, é no caso concreto n. 4, último analisado, em que fica mais clara a configuração de responsabilidade pré-contratual fora do escopo da responsabilidade pela ruptura das tratativas. Isso porque, nesse caso, as tratativas não são rompidas e o contrato é firmado, após longo período de negociação, havendo, porém, um dano ocasionado pela violação da boa-fé objetiva no período pré-contratual.

O acórdão confirma a sentença, a qual reconhece “o abuso de direito praticado pela requerida durante a vigência do contrato”, porém fundamenta-se na responsabilidade pré-contratual e atribui o desequilíbrio contratual à violação de deveres anexos durante essa fase.

O acórdão considera o fato de que a ré fez a autora acreditar que as unidades de serviço, do item 31 do Anexo VIII do contrato, teriam um determinado valor e, quando os funcionários da autora obtiveram o contrato assinado, perceberam que esses termos contratuais destoavam das informações que lhes haviam sido fornecidas durante as tratativas. Assim, o acórdão é ementado da seguinte forma:

Apelação Cível. Prestação de Serviço. Contrato de construção e manutenção de rede de distribuição de energia elétrica. Ação declaratória c.c indenização

por perdas e danos. Sentença de procedência. Inconformismo. [...]. Relação contratual. [...] Alegação da autora de que durante a fase de negociação, a ré apresentou planilhas com quantidade e preços das unidades de serviço, mas, quando da assinatura do contrato, introduziu redução no índice de US emergenciais, em descompasso à planilha original, o que gerou uma situação de desequilíbrio. Provas dos autos (pericial e oral) que demonstram que as quantidades de Unidades de Serviço (US), indicadas na planilha da fase pré-contratual, foram posteriormente reduzidas quando da celebração do contrato sem prévio conhecimento da parte autora. **Responsabilidade pré-contratual. Princípio da boa-fé objetiva, geradora de deveres de conduta, de modo a não ferir a confiança despertada na parte contrária. Dever de indenizar decorrente de violação do princípio da boa-fé objetiva.** Sentença mantida. Recurso não provido.³⁴³

Dessa forma, as conclusões constatadas após a pesquisa permitem identificar que, de acordo com a jurisprudência e com a doutrina, a boa-fé objetiva incide nas negociações preliminares, proibindo que se adote condutas desleais durante as tratativas e promovendo a colaboração entre os negociantes.

Em consequência, não se pode mais pensar nas negociações como um espaço de liberdade absoluta, tendo em mente apenas que, ao contrário da proposta, as negociações “não vinculam”. De fato, não obrigam à conclusão do contrato, porém não se reduzem apenas ao interesse de concluir o contrato, havendo expectativa também quanto a uma correta, honesta e leal condução das tratativas. Assim, a constatação de que a boa-fé objetiva incide durante as negociações leva à conclusão de que as condutas das partes durante esse período estão vinculadas ao comportamento que se espera de um modelo abstrato de pessoa razoável. Da mesma forma, considerando a intensa proximidade e troca de informações ao longo das tratativas, a boa-fé objetiva se concretiza e se especifica caso-a-caso em diversos deveres anexos pré-contratuais.

Por conseguinte, durante as tratativas não há apenas um dever de não abandonar de forma arbitrária as negociações, mas, também, outros deveres relacionados a cuidado, sigilo, esclarecimento, típicos das negociações preliminares e tendo surgido apenas em função delas.

Finalmente, conclui-se que a responsabilidade civil pré-contratual, embora abundantemente encontrada na jurisprudência relacionada à retirada ilegítima e arbitrária de tratativas, pode ocorrer também em hipóteses que fogem desse exemplo clássico. É o que se observou nos casos concretos acima, em que o não esclarecimento e não

³⁴³ Apelação Cível n. 0076370-91.2008.8.26.0114, 22º Câmara de Direito Privado. Relator: Hélio Nogueira. Julgado em 14/07/2016. Publicado em 21/07/2016.

fornecimento de informações corretas durante as negociações geraram um dano à outra parte, sendo concluído o negócio ao final, ou não.

No caso concreto n. 1, as partes tomam decisões e orientam suas condutas de acordo com informações incompletas, o que lhes causa prejuízo e as leva a romper, de forma motivada, as negociações, o que é causado pela violação de um dever anexo por parte do parceiro negocial.

No caso concreto n. 4, as partes discutem termos do possível futuro contrato e um negociante estuda sua viabilidade econômica a partir das informações prestadas pelo outro. Porém, após a assinatura do contrato, funcionários da empresa percebem que os valores dos serviços elencados no item 31 do Anexo VIII não correspondiam ao que havia sido ajustado durante a fase de preparação do contrato, havendo um prejuízo, portanto, decorrente da violação de deveres de informação oriundos da boa-fé objetiva durante a fase pré-contratual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Roberto Braga de. **Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo**. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 68-78., out. 1992.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor. Estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 173-183.

BASSO, Maristela. **Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão, prática**. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 1998.

BASSO, Maristela; MARTINS, Leticia. Responsabilidade civil nas negociações preliminares: boa-fé, deveres anexos e relações negociais. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.

BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual**. Trad. de A. Vera Jardim e M. Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. **O acordo de não divulgação (NDA) e a questão do rompimento das negociações**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 333-375., jul./set. 2012.

BOTREL, Sergio. Fusões e aquisições: regime jurídico das negociações e sua documentação. In: BOTREL, Sergio (Coord.). **Direito societário: análise e crítica**. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

CORDEIRO, Antônio Menezes (Co-autor). **Da boa fé no direito civil: Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra: Almedina, 2011.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. 2v.

COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. **Direitos das obrigações**. 3.ed. ref. Coimbra: Almedina, 1979.

COSTA, Mario Júlio Brito de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2012 (Série GVlaw).

FRITZ, Karina Nunes. **A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã.** Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 8, n. 29, jan. 2007.

FRITZ, Karina Nunes. **A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações.** Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 1, n. 2, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-pre-contratual-por-ruptura-injustificada-das-negociacoes/>>. Acesso em 05/05/2019.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações.** Curitiba: Juruá, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 26ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARINELLI, Gabriel Machado. **Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares.** São Paulo: Contracorrente, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial.** Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, Porto Alegre, n. 10, jul. 1994.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 139, jul./set. 1998.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 867, jan. 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação.** São Paulo: Marcial Pons., 2015.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** V. III. Ed. 18ª. Revisão e atualização de Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro, RJ: Gen: Forense, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** v. II. 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Revisão e atualização de Gustavo José Mendes Tepedino. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev e atual Rio de Janeiro, RJ: GZ Editora, 2012.

PEREIRA, Regis Velasco Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2001.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão de contrato: contendo parte tratando a matéria conforme o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1985.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2005.

SILVA, Clovis Verissimo do Couto e, 1930-1992. **A obrigação como processo**. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.

SILVA, Clovis Verissimo do Couto e, 1930-1992. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro, RJ: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

SILVA, Clovis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. 1964. Cátedra - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Concurso da Cadeira de Direito Civil, Porto Alegre, 1964.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 10.ed. São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. **Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos**. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, RJ, v. 11, n. 44, out. 2010.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.