

AMANDA NUNES MORENO

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL PELA RUPTURA INJUSTIFICADA
DAS NEGOCIAÇÕES: fundamento, natureza jurídica e quantificação do dano

PORTO ALEGRE

2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL PELA RUPTURA INJUSTIFICADA
DAS NEGOCIAÇÕES: fundamento, natureza jurídica e quantificação do dano

AMANDA NUNES MORENO

Trabalho de Conclusão de Curso da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Luis Renato
Ferreira da Silva

PORTO ALEGRE

2019

CIP - Catalogação na Publicação

Moreno, Amanda Nunes
Responsabilidade pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações: fundamento, natureza jurídica e quantificação do dano/ Amanda Nunes Moreno/ orientador Luis Renato Ferreira da Silva, 2019.

66 p.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) -
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Porto Alegre, Brasil, 2019.

1. Responsabilidade pré-contratual. 2. Boa-fé. 3. Abuso de direito. 4. Interesse Negativo. I. Ferreira da Silva, Luis Renato. orient. II. Responsabilidade pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações: fundamento, natureza jurídica e quantificação do dano.

AMANDA NUNES MORENO

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL PELA RUPTURA INJUSTIFICADA
DAS NEGOCIAÇÕES: fundamento, natureza jurídica e quantificação do dano

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

PROF. DR. LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA

(Orientador)

PROF. DR. FABIANO MENKE

(Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

PROF. ME. RODRIGO USTÁRROZ CANTALI

(Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha mãe e ao Paulo, pela inspiração, pelo carinho e por todo o apoio técnico e afetivo ao longo da faculdade (e da vida).

Aos meus bons amigos, Laura, Fred, Felipe e Pietro, pela amizade de sempre e pelos bons conselhos.

Igualmente, a Mona, Gabi, Alan, Etcha e Júlia, de quem me aproximei já no final do curso, por terem tornado este último ano de faculdade mais leve e divertido.

Ao professor Luis Renato, pelas saudosas aulas e por todo o aconselhamento e orientação.

À Profa. Judith, pelos anos de aprendizado e constante inspiração.

E, acima de tudo, agradeço ao Filipe, meu companheiro de vida, por iluminar meus dias e acalantar meu coração.

RESUMO

Este trabalho tem como propósito realizar uma análise do instituto da responsabilidade pré-contratual, mais especificamente quanto à hipótese de ruptura ilegítima das negociações preparatórias do contrato, buscando-se, a partir de doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, identificar qual seu fundamento, sua natureza jurídica e suas consequências. Observa-se ser o abuso de direito o fundamento para o dever de indenizar pela ruptura das negociações, forte no art. 187 do Código Civil, sendo abusiva a ruptura exercida em desconformidade com os deveres de lealdade e probidade derivados da boa-fé objetiva. O regime de responsabilidade aplicável deve ser o extracontratual, por melhor se amoldar às especificidades da responsabilidade pré-contratual, notadamente por inexistir vínculo contratual entre as partes e pelo fato de no Brasil, diferentemente da Alemanha, existir um princípio geral de responsabilidade civil. Em sendo assim, vê-se não ser possível a execução específica do contrato, mas tão só a indenização por perdas e danos, a qual deve ater-se ao interesse contratual negativo, neste incluídos os danos emergentes e os lucros cessantes, tendo como limite o interesse contratual positivo.

Palavras-chave: responsabilidade pré-contratual; boa-fé objetiva; abuso de direito; confiança legítima; dever de lealdade; interesse contratual negativo.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the institute of pre-contractual liability, specifically in the case of the illegitimate rupture of preliminary negotiations, seeking to identify its legal foundation, its juridical nature and its consequences, according to national and foreign doctrine and jurisprudence. It's found that the legal basis for the duty to indemnify for the rupture of negotiations is the abuse of rights, based on art. 187 of the Brazilian Civil Code, being abusive the rupture exercised in disagreement with the duties of loyalty and probity originating from good faith. The non-contractual liability regime must be applied in this case, for its the one that better suits the peculiarities of pre-contractual liability, notably because there is still no contract between the parties and because in Brazil, unlike Germany, there is a general principle of civil liability. Therefore, the consequence to pre-contractual liability can never be specific performance, but only the compensation for damages. The indemnity must be in line with the negative interest, encompassing financial loss or loss of an opportunity, being limited by the amount of the positive interest.

Key-words: pre-contractual liability; good faith; abuse of rights; legitimate expectations; duties of loyalty; negative interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
I. Fundamento Jurídico.....	12
I.1. O vínculo obrigacional complexo: a obrigação como um processo	13
I.2. A fase pré-contratual.....	16
I.3. O abuso de direito como fundamento da responsabilidade pela ruptura das tratativas	21
II. Natureza Jurídica	30
II.1. Teorias que buscam definir a natureza da responsabilidade pré-contratual	31
II.2. A solução pela via extracontratual.....	42
III. Quantificação do dano	47
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

O instituto da *culpa in contrahendo* foi primeiro introduzido pelo jurista alemão Rudolf Von JHERING, em seu artigo “Culpa in Contrahendo, ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição” (no original, *Culpa in contrahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*), publicado na Alemanha em 1861, com base nos seus estudos sobre o *Corpus Iuris* romano, “no qual o autor defendeu que nos preliminares do contrato se constitui entre os negociadores uma relação obrigacional integrada por deveres de conduta cuja violação faz incorrer o infractor na obrigação de indemnizar os danos desse modo causados à outra parte”¹.

Jhering buscou achar no Direito romano uma solução para os casos em que o comportamento culposos de uma das partes levasse à nulidade do contrato, gerando danos à contraparte. O autor teve um intuito eminentemente prático, pois, ao deparar-se com certos casos de nulidade contratual², vislumbrava um vácuo não acobertado por uma fonte explícita de dever obrigacional. Os casos em que o agir culposos de uma das partes levava à nulidade do contrato não estavam acobertados pelas hipóteses de responsabilidade aquiliana do ordenamento alemão, e tampouco era possível socorrer-se da responsabilidade contratual, haja vista que, sendo nulo, o contrato não produzia efeitos. Como ensina CAPPELARI, “a construção jurídica da doutrina da *culpa in contrahendo* surgiu porque quem sofria prejuízo por haver confiado na validade de um contrato que outrem, por sua causa, [havia] tornado inválido, não tinha meios jurídicos para resguardar o seu direito de ressarcimento, o que feria ‘sentimento comum de

¹ MOURA VICENTE, Dário. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. In: *Revista trimestral de direito civil*. Vol. 18. Rio de Janeiro: Padma, 2004, p. 5.

² Jhering dá como exemplo o caso de alguém que quer encomendar 100 libras de uma determinada mercadoria, mas, confundindo-se, troca o sinal da libra pelo do quilo, sendo os 100 quilos, quando entregues, rejeitados pelo comprador. Ou, ainda, o agente de uma casa comercial que, ao invés de encomendar uma mercadoria no nome do chefe, encomenda no seu próprio, gerando a nulidade do contrato. Quem suportaria, nesses casos, os danos gerados pela nulidade do contrato? Haveria dever de indenizar? (JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo de Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 1-2).

justiça’, já que, embora o seu direito fosse concreto e inquestionável, não havia meios para alcançá-lo, com o que Jhering não se conformou”³.

Assim, para preencher essa lacuna, Jhering formulou a teoria segundo a qual, embora ainda não houvesse um contrato formado, as partes estariam em um estágio relacional mais avançado, já havendo entre elas um vínculo protegido juridicamente pela confiança. Desta forma, “ao entrar em negociações as partes sairiam do círculo de deveres puramente negativo dos contactos extra-contratuais, entrando na vinculação positiva da esfera contratual, tendo por isso que aplicar na própria contratação a diligência necessária para evitar a ocorrência de danos”⁴.

Embora muito criticado inicialmente, sobretudo por estender em demasia o conceito de culpa e relativizar os efeitos da nulidade do contrato, o instituto foi desenvolvido pela jurisprudência alemã, que ampliou seu uso a outras hipóteses, como no caso de violação de deveres de proteção, com danos gerados à pessoa ou propriedade⁵, violação de deveres de informação e, também, no caso de danos causados pela ruptura injustificada das tratativas⁶. Construiu-se a ideia de que “as negociações contratuais, mesmo quando não conduzam à conclusão do contrato, geram entre as partes uma relação de confiança análoga à relação contratual, que as obriga à observância do cuidado necessário no tráfico”⁷. O fundamento legal utilizado para

³ CAPPELLARI, Récio. *Responsabilidade pré-contratual (aplicabilidade ao Direito brasileiro)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 23.

⁴ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. Vol. 1: da constituição das obrigações. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 351.

⁵ Aqui podemos tomar como exemplo o famoso caso do linóleo, em que uma loja foi declarada responsável pelos danos causados a uma cliente pela queda de rolos de linóleo sobre si por negligência de um funcionário (RG, 7-Dez.-1911). Entendeu-se que no momento em que entrou no estabelecimento com intuito de realizar uma compra nasceriam deveres de proteção em relação à sua pessoa e sua propriedade, de modo que qualquer dano sofrido deveria ser indenizado. Nesse caso não seria possível a responsabilização de natureza delitual, haja vista que no ordenamento alemão não ocorre a responsabilidade por atos de prepostos.

⁶ Menezes Cordeiro identifica uma divisão tripartite de casos de culpa in contrahendo na jurisprudência alemã, abrangendo (i) grupo de casos envolvendo deveres de proteção, como supracitado caso do linóleo, assim como o igualmente célebre caso da casca de banana (BGH 26-Set.-1961); (ii) grupo de casos envolvendo deveres de esclarecimento (informação), citando o caso da candidata que, sendo aprovada em uma seleção, deixou de informar sofrer de doença grave, a qual impediu que iniciasse suas atividades por períodos sucessivos, até que foi forçada a desistir da vaga, inutilizando a seleção realizada (BAG 7-Fev.-1964); e (iii) grupo de casos envolvendo dever de lealdade entre as futuras partes no contrato, no qual se inserem os casos de ruptura das negociações, havendo dever de indenizar caso o comportamento desleal tenha gerado na contraparte a legítima expectativa de que o contrato seria formado (BGH 6-Fev.-1969) (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. I. Coimbra: Almedina, 1984, pp. 547-552).

⁷ Sentença do Tribunal Imperial de 1º de março de 1928, RGZ 120, pp. 249 e ss. *Apud* VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado*. Vol. 2: Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017, p. 95.

desenvolver o instituto foi o §242 do BGB⁸, que trata justamente da boa-fé objetiva, geradora de deveres anexos⁹ na relação obrigacional. Trata-se de deveres de informação, lealdade e cooperação que devem pautar a relação das partes não só durante a execução do contrato, mas também quando de sua formação e mesmo após a sua conclusão.

O desenvolvimento jurisprudencial alemão levou à recepção do instituto nos demais ordenamentos europeus, tendo a responsabilidade pré-contratual sido consagrada nos arts. 1.337¹⁰ e 1.338¹¹ do *Codice Civile* italiano, nos arts. 197¹² e 198¹³ do Código Civil grego, assim como no art. 227 do Código Civil português, segundo o qual “[q]uem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”. Posteriormente, com a reforma de 2001 do BGB, o instituto foi positivado nos §§241 (2)¹⁴ e 311 (2)¹⁵, estando também presente no atual art. 1112 do *Code Civile* francês¹⁶, recentemente reformado.

⁸ §242. O contratante tem o dever de agir conforme os ditames da boa fé, levando em consideração os usos e costumes.

⁹ Cumpre ressaltar haver variedade de nomenclatura quanto aos deveres derivados da boa-fé objetiva. Para Clóvis do Couto e Silva, “os deveres resultantes da boa-fé são denominados deveres secundários, anexos ou instrumentais” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 37), ao passo que Judith Martins-Costa os classifica como *deveres anexos* (ou instrumentais) aos deveres de prestação e *deveres de proteção* (ou laterais) (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 219-228). Já entre os autores portugueses, Almeida Costa utiliza a expressão “deveres laterais” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 74), sendo que Menezes Cordeiro prefere o termo “deveres acessórios” (CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. I. Coimbra: Almedina, 1984, p. 586 e ss.). Na mesma linha, Antunes Varela denomina os deveres oriundos da boa-fé de “deveres acessórios de conduta” (VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 7ª ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 1991, p. 125), assim como José João Abrantes (ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato*. 2ª reimpressão da 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 38, nr. 8). Embora a discriminação realizada pela Profa. Judith pareça-nos pertinente, neste trabalho não foi levado em consideração esse discrimen uma vez que ele não é seguido pelos outros autores aqui citados.

¹⁰ Codice Civile italiano, art. 1337. As partes, no curso das negociações e na formação do contrato, devem se comportar conforme a boa-fé (1366,1375, 2208).

¹¹ Codice Civile italiano, art. 1338. A parte que, sabendo ou tendo de conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato (1418 e seguintes), não notificou a outra parte é obrigada a indemnizar os danos sofridos por esta parte por ter confiado, sem culpa sua, na validade do contrato (1308).

¹² Código Civil grego, art. 197. Durante as negociações para a conclusão de um contrato, as partes se devem mutuamente a conduta ditada pela boa-fé e pelos usos nas relações negociais.

¹³ Código Civil grego, art. 198. Quem, na negociação de um contrato, causar dano a outrem é obrigado a repará-lo, mesmo que o contrato não tenha sido elaborado. Para a limitação desta reivindicação, a provisão para a prescrição deve aplicar-se em conformidade com as reivindicações delituais.

¹⁴ BGB, §241(2) Pode a relação obrigacional, de acordo com o seu conteúdo, vincular qualquer das partes a ter o especial apreço pelos direitos, bens jurídicos e interesses da outra.

No Brasil, a responsabilidade pré-contratual teve reconhecimento ainda sob a vigência do Código Civil de 1916, graças ao desenvolvimento doutrinário – tendo especial relevância a obra de Antônio Chaves¹⁷, a primeira dedicada inteiramente ao tema – e jurisprudencial em torno da figura da boa-fé objetiva. Uma das primeiras menções ao instituto deve-se a acórdão emblemático de lavra do eminente Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que, em caso envolvendo relação entre produtores de tomate e empresa alimentícia, reconheceu a existência de responsabilidade pré-contratual pela ruptura injustificada das tratativas, em função da quebra da expectativa legítima gerada quanto à conclusão do contrato¹⁸. O Código Civil de 2002 introduziu o princípio da boa-fé objetiva nos arts. 113¹⁹, 187²⁰ e 422²¹²², positivando novo padrão ético-jurídico no nosso ordenamento.

Hoje temos como principais hipóteses de aplicação da responsabilidade pré-contratual o contrato nulo, anulável ou ineficaz, o rompimento injustificado das tratativas e a violação de deveres de proteção, seja por falha na informação prestada, seja por ocorrência de danos ao patrimônio ou à pessoa da contraparte²³. Dessas, a que

¹⁵ BGB, §311(2). Constitui-se também uma relação obrigacional integrada pelos deveres previstos no §241(2) através de 1. A entabulação de negociações contratuais, 2. A preparação de um contrato, no decurso da qual uma das partes, tendo em vista uma eventual relação negocial, confira à outra a possibilidade de afetar os seus direitos, bens jurídicos ou interesses, ou lhe confie estes, ou 3. Contatos negociais análogos.

¹⁶ Code Civile francês, art. 1112. A iniciativa, o desenvolvimento e a ruptura das negociações pré-contratuais são livres. Devem imperativamente satisfazer as exigências da boa-fé. Em caso de atuação ilícita cometida nas negociações, a reparação do dano dela resultante não pode ter por finalidade compensar a perda dos benefícios esperados do contrato não concluído.

¹⁷ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959.

¹⁸ TJRS, Apelação Cível nº 591.028.295. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. J. em 06 de junho de 1991.

¹⁹ CC, Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

²⁰ CC, Art. 187. 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.

²¹ CC, Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²² Para Dário MOURA VICENTE, a inclusão do artigo 422 no Código Civil brasileiro de 2002 “consagrou o instituto conhecido por *responsabilidade pré-contratual*, também dita *responsabilidade por culpa in contrahendo* ou culpa na formação dos contratos, i.e., a *responsabilidade civil por danos decorrentes de actos ou omissões verificados no período que antecede a celebração do contrato*” (MOURA VICENTE, Dário. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002, p. 4). Contudo, como se verá, a corrente majoritária entende estar o fundamento da responsabilidade pré-contratual no art. 187 do Código Civil, igualmente com base na boa-fé objetiva, mas sob o prisma do abuso de direito.

²³ MOURA VICENTE destaca como principais hipóteses de aplicação da *culpa in contrahendo* os casos de “a) a violação de deveres de proteção; assistência e cuidado quanto à pessoa e aos bens da contraparte

provocou maior interesse da doutrina e jurisprudência foi o recesso injustificado das tratativas, sobretudo levando-se em consideração o crescimento cada vez maior das relações comerciais complexas, nas quais o período anterior à formação do contrato se estende, com a realização de inúmeros atos voltados à conclusão do contrato. Muito embora haja em grande medida consenso quanto à existência da responsabilidade pré-contratual pela ruptura das tratativas, há dois pontos sobre os quais, ainda hoje, diverge a doutrina, quais sejam: sua natureza jurídica e a extensão do dano indenizável. Nessa perspectiva, este trabalho se propõe a analisar, inicialmente, o fundamento da responsabilidade pré-contratual pelo recesso injustificado das tratativas (I), para, em seguida, discorrer quanto à natureza jurídica dessa responsabilidade (II) e, finalmente, determinar qual a extensão do dano (III).

I. Fundamento Jurídico

Ao longo das décadas, desde o surgimento do instituto da *culpa in contrahendo*, muitas foram as teorias desenvolvidas para explicar a origem dessa responsabilidade, mas a que mais obteve aceitação da doutrina foi aquela que ligou a responsabilidade pré-contratual ao princípio da boa-fé objetiva e aos deveres dela decorrentes. Neste capítulo temos como objetivo identificar, pois, o fundamento da responsabilidade pelo rompimento injustificado das negociações, assim como suas características e requisitos específicos. Para tanto, é essencial, antes de mais, entender o conceito de relação obrigacional complexa, que levou à ideia de obrigação como um processo, com deveres

na negociação e na conclusão dos contratos [...]; *b*) a violação de deveres de informação e de esclarecimento acerca de factos que apenas são do conhecimento de uma das partes, e que só ela podia conhecer, mas que sabe serem decisivos para a resolução de contratar da contraparte ou que são impeditivos da eficácia do contrato [...]; *c*) o rompimento injustificado das negociações por aquele que criou na contraparte a convicção de que o mesmo viria a ser celebrado [...]; *d*) a causação da ineficácia do contrato [...]; e *e*) a responsabilidade de terceiros que intervenham nas negociações na qualidade de representantes, intermediários, peritos ou conselheiros das partes e que por força da especial posição que ocupem exerçam uma influência determinante na conclusão do contrato” (MOURA VICENTE, Dário. *Direito Comparado*. Vol. 2: Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 96-97). Na perspectiva brasileira, Judith MARTINS-COSTA classifica as hipóteses de responsabilidade pré-contratual em “(a) o injusto recesso das tratativas; (b) danos causados à pessoa ou ao patrimônio durante as negociações; (c) a conclusão de contrato nulo, anulável ou ineficaz; (d) a ausência ou defeituosidade de informações que seriam devidas e pela falta culposa de veracidade de informações prestadas; (e) falsas representações na fase das tratativas, desde que culposas, não recaindo no dolo, que é abrangido por figura específica; e (f) danos culposamente causados por atos ocorridos na fase das negociações, quando tenha sido validamente constituído o contrato” (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 418).

de conduta que se iniciam mesmo antes da formação do contrato, e seguem existindo após sua conclusão (I.1) para, em seguida, delimitar o conteúdo da fase pré-contratual, analisando o estreitamento do vínculo obrigacional até a efetiva conclusão do contrato (I.2) e, finalmente, deter-se sobre a análise a responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das tratativas, indicando seu fundamento jurídico (I.3).

I.1. O vínculo obrigacional complexo: a obrigação como um processo

A ideia de obrigação como um processo surgiu na doutrina moderna graças aos autores alemães²⁴, que identificaram ser o vínculo obrigacional uma relação complexa de direitos, deveres e outras posições jurídicas, indo muito além do tradicional conceito de obrigação como uma relação de crédito e débito. Passa a existir, pois, além, da *obrigação estrita*, consistente na tradicional relação de crédito e débito, a ideia de uma *obrigação ampla*, complexa. Nas palavras de ALMEIDA COSTA,

“Corresponde à orientação clássica, de fundo romanístico, a perspectiva da obrigação que se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação. Todavia, a doutrina moderna, sobretudo por mérito de autores alemães, evidenciou a estreiteza de tal ponto de vista e a necessidade de superá-lo. Deste modo, numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto *deveres principais de prestação* quanto *deveres secundários* –, os *deveres laterais* ('Nebenpflichten'), além de *direitos potestativos*, *sujeições*, *ónus jurídicos*, *expectativas jurídicas*, etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de caráter unitário e funcional: a *relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*”²⁵.

No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO afirma que “[a] complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários

²⁴ Segundo Clóvis do Couto e Silva, Savigny alude à relação obrigacional complexa ao definir a relação jurídica como um organismo. Já Larenz entende a obrigação como um organismo. Já Larenz define a relação obrigacional como um sistema de processos. Cita, ainda, como precursores da doutrina, Zepos e Esser (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17). Segundo Almeida Costa, F. Wieacker assinala o conceito de relação obrigacional em sentido amplo como uma das conquistas da dogmática moderna (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 74).

²⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 74.

elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”²⁶. Acrescenta o autor “[a] simples contemplação de uma obrigação dá, pela interpretação de sua fonte, um esquema de prestação a efectivar. Mas isso é possível com danos para o credor ou com sacrifício desmesurado para o devedor. O Direito não admite tais ocorrências; comina deveres – e, como se adivinha, poderão ser muitos e variados – destinados a que, na realização da prestação, tudo se passe de modo considerado devido. São os deveres acessórios, baseados na boa fé”²⁷.

A noção de relação obrigacional complexa foi introduzida no ordenamento brasileiro por Clóvis do COUTO E SILVA, que dedicou sua tese de livre docência ao estudo do tema, tendo cunhado entre nós a expressão “obrigação como processo”²⁸. O autor afirma ter a obrigação um carácter dinâmico, composta por um “conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”²⁹. Em consonância, Karina FRITZ sustenta que, uma vez superada a ideia de obrigação como simples relação creditícia, “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”³⁰. Na mesma linha, Judith MARTINS-COSTA entende configurar-se a relação obrigacional “como um *processo* polarizado pelo adimplemento, que é o seu fim, e como uma *totalidade*, englobando direitos, deveres, pretensões, ônus, faculdades e poderes formativos”³¹.

Deste modo, o conceito de relação obrigacional complexa decorre em grande parte da eficácia integrativa da boa-fé, geradora de deveres acessórios de conduta. A boa-fé, ensina COUTO E SILVA, “manifesta-se como máxima objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui. Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual,

²⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. I. Coimbra: Almedina, 1984, p. 586.

²⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. I. Coimbra: Almedina, 1984, p. 592.

²⁸ Clóvis afirma em sua obra que “[c]om a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20).

²⁹ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20.

³⁰ FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. In: *Revista Forense*. Vol. 395. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 189.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 381.

tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos”³². Os deveres acessórios de conduta, entre eles os de proteção, lealdade e informação, “não interessam directamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, antes ao exacto processamento da relação obrigacional, ou, dizendo de outra maneira, à exacta satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa”³³. O princípio da boa-fé contribui, assim, “para determinar o *que* e o *como* da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação”³⁴.

Sendo um processo, a obrigação perpassa por diferentes fases. Como explica COUTO E SILVA, “[c]om a expressão ‘obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”³⁵. Nesse sentido, Karina FRITZ afirma ter a visão dinâmica do fenómeno obrigacional permitido “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”³⁶.

Assim, estabelecemos o conceito de relação obrigacional complexa, atuando a boa-fé não só na fase contratual propriamente dita, quando ocorre a execução das obrigações prestacionais, mas também após a conclusão do contrato e, o que mais nos interessa, na fase pré-contratual, na qual, embora ainda não vinculadas, devem as partes respeitar os deveres acessórios de conduta de lealdade e proteção, cuja violação pode levar ao dever de indenizar, como veremos. Passemos, pois, à análise da fase pré-contratual.

³² COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 33.

³³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 77.

³⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 34.

³⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como um processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20.

³⁶ FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. In: *Revista Forense*. Vol. 395. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 189.

1.2. A fase pré-contratual

A fase pré-contratual é o momento em que as partes se aproximam com o objetivo potencial de formar um contrato. O contrato pode se formar imediatamente, de modo que a fase pré-contratual é praticamente inexpressiva, ou, como é cada vez mais comum, sobretudo nos contratos comerciais, ser precedido por extenso período de tratativas e negociações, durante o qual são realizadas reuniões, estudos, planejamentos – tudo para chegar ao consenso que levará ao contrato. Como nos ensina ALMEIDA COSTA em seu exemplar estudo, “a complexidade e a duração – e, por conseguinte, o custo – do *iter negotii* variam de caso para caso: algumas vezes os actos de carácter pré-dispositivo reduzem-se ao mínimo, ao passo que outras vezes se encadeiam numa série morosa e laboriosa, sobretudo quando se movimentam valores econômicos de grande monta”³⁷.

Assim, embora ainda não haja um vínculo contratual formado, existe entre as partes uma aproximação qualificada que vai além do mero contato social, de modo que surge, entre elas deveres especiais de proteção e lealdade, em respeito às expectativas legítimas geradas pelo avanço das negociações. Nas palavras do douto Clóvis do COUTO E SILVA,

“Considera-se que na fase antecedente a um contrato (e também na que a sucede) há uma qualificação derivada do grau de proximidade do contato social entre os agentes que entraram em contato em vista de um possível futuro contrato (ou de um contrato que acabou de ser extinto, no caso dos danos pós-contratuais). Dessa qualificação gerada pelo grau do contato social, nascem, para os sujeitos, especiais interesses à proteção e à preservação da integridade da esfera jurídica e da confiança que os uniu, os chamados *deveres de proteção*”³⁸.

A doutrina portuguesa classicamente divide o período anterior ao contrato em duas fases distintas: a fase negociatória, composta pelos atos preparatórios sem efeito vinculante (tratativas), e a fase decisória, em que já há proposta e aceitação do contrato,

³⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 46.

³⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 384.

vinculando as partes³⁹. Já Judith MARTINS-COSTA faz uma divisão mais minuciosa, identificando quatro momentos que compõem a fase negocial anterior à formação do vínculo contratual⁴⁰, quais sejam: (i) a fase inicial de prospecção e de chamamento a contratar, sem a caracterização de oferta em sentido técnico; (ii) a fase negociatória em sentido estrito; (iii) a fase da oferta propriamente dita; e (iv) a fase da conclusão contratual. O primeiro momento, explica a autora, consiste no início das tratativas, atos de negociações preliminares, os quais, em princípio, são “destituídos da eficácia de vinculação *contratual*”⁴¹. Cristiano ZANETTI ressalta que “a caracterização das tratativas não está condicionada à existência de um contrato cujos termos principais já estejam definidos, englobando também as discussões a respeito do projeto de um futuro contrato. Tanto isso é verdade, que as tratativas não são vinculantes, faltando-lhes, em regra, não só a intenção de se obrigar, mas também os próprios elementos essenciais de qualquer negócio jurídico. Nesse momento, deve-se frisar, “há apenas intenção de tratar, e não de se obrigar”⁴². Na fase das tratativas, pois, as partes “apresentam os aspectos que lhes interessam no conteúdo do negócio a celebrar, realizando estudos, viagens e reuniões, destinados tanto ao esclarecimento pessoal como à delimitação inicial do programa contratual”⁴³.

O segundo momento se dá quando as tratativas se encontram em estágio mais avançado – a fase negociatória em sentido estrito, de acordo com a classificação de MARTINS-COSTA – muitas vezes havendo a realização de pactos preliminares relativos ao contrato que se espera formar. Nesta fase, as partes podem “comunicar intenções e informações; disciplinar as fases do processo de negociação; estabelecer os pontos em relação aos quais estão de acordo; pactuar opção e preferência; e, até mesmo, firmar o próprio contrato, em caráter ‘preliminar’, consistindo o seu adimplemento na

³⁹ Esta divisão pode ser observada em COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 49; PRATA, Ana. *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 40.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, pp. 389-404.

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 389.

⁴² ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 10.

⁴³ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 10-11.

conclusão de contrato definitivo”⁴⁴. Aqui o grau de aproximação das partes aumenta, podendo levar ao surgimento de expectativas legítimas de que o contrato virá a ser formado, o que gerará consequências em caso de ruptura injustificada das negociações.

ZANETTI classifica esse momento como o período de formação do contrato, o qual pode ser qualificado “como um estágio mais avançado das negociações, no qual as partes praticam atos relevantes que, por si só, podem produzir efeitos jurídicos, como as declarações de oferta e de aceitação, a opção, o contrato de preferência, o contrato preliminar, entre outros. A fase de formação do contrato difere da fase das tratativas precisamente por contemplar atos com eficácia jurídica própria, ou seja, vinculantes”⁴⁵. Importante ressaltar que, sendo contratos, ainda que prévios ao contrato final, sua violação acarretará responsabilidade contratual, não se confundindo estas figuras, pois, com os deveres de proteção e lealdade que, independente de vínculo contratual, obrigam as partes no período negocial, dando ensejo à responsabilidade pré-contratual.

A figura do contrato preliminar é muitas vezes confundida com a responsabilidade pré-contratual, o que denota clara confusão conceitual. O contrato preliminar, ou pré-contrato pode ser conceituado como “*aquele contrato por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, o chamado contrato principal*”⁴⁶. Embora tenha conteúdo diverso do contrato principal, vincula as partes, de modo que sua não observância resulta em responsabilidade contratual, diferentemente do que ocorre no caso da ruptura das negociações, em que não existe ainda uma vinculação entre as partes⁴⁷. PONTES DE MIRANDA, com sua reconhecida genialidade, ressalta a importância de não confundir os deveres que resultam da *culpa in contrahendo* dos deveres oriundos do pré-contrato. Os primeiros, anota, “não são fonte de dever contratual, mas sim de fonte anterior a qualquer

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 390.

⁴⁵ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 11.

⁴⁶ TUHR, A. Von. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1934, p. 188. Tradução livre.

⁴⁷ Segundo Caio Mário, “[d]iferencia-se o contrato preliminar do principal pelo objeto, que no preliminar é a obrigação de concluir o outro contrato, enquanto que o do definitivo é a prestação substancial”. Ademais, acrescenta o autor, distingue-se também o contrato preliminar “das negociações preliminares, em que estas não envolvem compromissos nem geram obrigações para os interessados, limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses, ao passo que o contrato preliminar já é positivo no sentido de precisar de parte a parte o contrato futuro” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III: fonte das obrigações. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 55).

contrato”, enquanto a “responsabilidade por infração de deveres oriundos do pré-contrato rege-se pelos mesmos princípios que a responsabilidade por infração de deveres oriundos do contrato”⁴⁸.

A oferta – ou proposta – como ato unilateral de vontade, vincula o proponente, consoante o art. 427 do Código Civil⁴⁹. Segundo Antônio CHAVES, a diferença entre proposta e negociações está em que “[n]a primeira, a vontade do proponente consiste em assumir o compromisso de considerar-se vinculado para o caso que a outra parte aceite, enquanto que nas negociações a vontade das partes visa apenas preparar a matéria daquele contrato que tem-se em mente realizar. Daí o efeito diferencial de que em base às simples negociações não pode surgir o contrato, uma vez que para tanto falta o indispensável elemento volitivo”⁵⁰. O autor destaca, ainda, um segundo elemento essencial para diferenciar proposta de negociações: “a proposta deve ser completa, isto é, regular todos os pontos que formarão o conteúdo do futuro contrato”⁵¹. Para que seja considerada vinculante, pois, a proposta deve conter todos os elementos necessários para a formação do contrato, isto é, deve conter a totalidade do contrato, de modo que, havendo aceitação, ocorre a formação do vínculo contratual entre as partes. Segundo MARTINS-COSTA, a proposta consiste em “declaração negocial marcada pela clareza, concreção e determinação, de modo a possibilitar a imediata aceitação do ofertante”⁵². Havendo oferta e aceitação, forma-se o vínculo contratual, pondo fim à fase negociatória e iniciando a fase de execução do contrato.

Um caso nacional célebre que analisou a evolução do vínculo entre as partes durante a fase negociatória, determinando o momento em que existe uma proposta

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 323. No mesmo sentido afirma Cappelari: “A fase das tratativas, como já vimos, difere em muito do pré-contrato, pois que este é figura de cunho contratual, consequência de um acordo de vontades, ou seja, de uma bilateralização já efetuada, constituindo-se numa obrigação de fazer ou de contratar nova e definitivamente, o que durante as tratativas ainda não chegou a ocorrer”. (Cappelari, p. 61). [...] “Devido ao fato de já existir bilateralização, mesmo de forma provisória, a inobservância ao pactuado, nesta figura, configura responsabilidade notadamente contratual e nunca responsabilidade pré-contratual” (CAPPELARI, Récio. *Responsabilidade pré-contratual (aplicabilidade ao Direito brasileiro)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 62)

⁴⁹ CC, Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

⁵⁰ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, pp. 66-67.

⁵¹ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 67.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 398.

vinculante propriamente dita, foi o Caso do Comercial Disco⁵³. O Grupo Pão de Açúcar ingressou em negociações com o Supermercado Disco com vias de realizar a sua compra. As negociações se estenderam por um período prolongado de tempo, tendo as partes inclusive assinado um documento com as condições já negociadas até então. Contudo, no último momento o Comercial Disco desistiu de vender. O Pão de Açúcar, então, ingressou com uma ação demandando a execução específica do termo assinado, afirmando não ser possível a desistência. O caso chegou ao STF, onde foi relatado pelo saudoso Min. Moreira Alves, o qual, após uma detida análise doutrinária e legislativa comparada, chega à conclusão de que as tratativas só terminam quando tudo já foi negociado, isto é, só existe contrato quando há consenso não só sobre os elementos essenciais do contrato, mas também sobre os elementos acidentais. Todas as tratativas, pois, podem gerar uma desistência enquanto houver pontos a serem tratados. Isso não quer dizer que desistir não tenha consequências. Neste caso, o Pão de Açúcar queria que o supermercado Disco ficasse obrigado a contratar. O STF disse, no entanto, que, por mais adiantadas que estivessem as tratativas, a desistência nunca pode gerar a obrigação de contratar, pois a parte ainda não estava vinculada. O máximo que pode ser exigido é uma indenização pela desistência abusiva das tratativas.

Idêntica solução pode ser encontrada em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português⁵⁴, em caso envolvendo proposta de compra de imóveis. Uma agência incorporadora imobiliária, visando à futura construção de um prédio, realizou propostas de compra para potenciais compradores, a qual dispunha alguns aspectos do negócio, com cláusula prevendo a futura assinatura de uma promessa de compra e venda, a qual se daria somente após a empresa adquirir todas as licenças de construção da prefeitura, o que levou alguns anos. No momento da assinatura da promessa de compra e venda, os potenciais compradores perceberam que as condições do negócio haviam sido alteradas sobremaneira, ingressando, então, com ação buscando a execução específica da proposta de compra nos termos em que fora redigida. O tribunal, contudo, concluiu, inicialmente, não ser possível realizar um contrato preliminar de um contrato preliminar (no caso, a proposta de compra tratar-se-ia de um contrato anterior à promessa de compra e venda) e, ademais, afirmou não ser possível falar em contrato preliminar no

⁵³ STF, RE 88.716-4/RJ. Segunda Turma, Rel. Min. Moreira Alves, Rectes. Distribuidora de Comestíveis “Disco” S.A. e outros, Recda. Supermercados Pão de Açúcar S.A, julgado em 11.09.1979.

⁵⁴ Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº. 86.020, Acórdão de 24 de outubro de 1995.

caso, pois, embora o termo firmado contivesse vários aspectos do negócio, as partes não acordaram sobre cláusulas essenciais, como, por exemplo, o preço. O tribunal admitiu a ocorrência de *culpa in contrahendo* por parte da incorporadora, confirmando a sentença de primeiro grau; contudo, como não havia pedido dos autores nesse sentido (pediam apenas indenização por inadimplemento contratual), não viram alternativa a não ser anular a sentença. Nota-se, pois, a importância de diferenciar a fase das tratativas de outras fases do período pré-contratual.

Temos, pois, que a fase pré-contratual é composta por uma série de atos que visam a atingir o acordo de vontades que levará à conclusão do contrato. Todavia, é importante não confundir a fase das tratativas, que podem englobar reuniões, estudos, análises, etc., com pactos autônomos prévios ao contrato – como é o caso do contrato preliminar, o qual já possui eficácia vinculativa própria, de modo que seu não cumprimento constitui inadimplemento, ensejando execução específica. Tampouco deve ser confundida com a oferta propriamente dita, a qual, embora dependa da aceitação para formação do contrato, já vincula a parte ofertante. Feita esta diferenciação essencial, passemos agora à análise do fundamento da responsabilidade pela ruptura injustificada das tratativas.

1.3. O abuso de direito como fundamento da responsabilidade pela ruptura das tratativas

A primeira coisa que se deve ter em mente quando da análise da *culpa in contrahendo* pela ruptura das negociações é que, regra geral, as partes são livres para desistir das negociações, sem que haja dever de indenizar a contraparte. Tal faculdade decorre do princípio da autonomia da vontade, um dos pilares do Direito Civil. Como ensina Mota Pinto,

“a liberdade de celebração dos contratos consiste na faculdade de livremente realizar contratos ou recusar a sua celebração. Segundo tal princípio, a ninguém podem ser impostos contratos contra a sua vontade ou aplicadas sanções por força de uma recusa de contratar nem a ninguém pode ser imposta a abstenção de contratar. Se uma pessoa quiser, pode celebrar contratos; se não quiser, a sua recusa é legítima”⁵⁵.

⁵⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, LTDA, 1976, p. 71.

Em sendo assim, como é possível falar-se em dever de indenizar pela ruptura das tratativas? Do exercício regular de um direito não decorre ato ilícito, de modo que não poderia, em tese, haver qualquer sanção imposta a parte que desistir do negócio. Como solucionar, então, essa questão? A resposta está justamente no abuso de direito.

JOSSERAND, um dos primeiros autores a dedicar-se ao estudo do abuso do direito na sua concepção objetiva⁵⁶, inicia seu livro criticando aqueles que entendem serem os direitos absolutos, jamais geradores de responsabilidade, afirmando, em contraposição, que um direito só ganha significado quando confrontado com outros direitos, devendo o legislador harmonizar a sua existência recíproca⁵⁷. Anota o autor ser característica dos direitos uma “propensão natural para tudo invadir”⁵⁸, referindo-se aos casos de direito de vizinhança já estudados por Jhering, como o famoso caso do proprietário que ergueu uma ponta gigante em seu telhado unicamente para furar os dirigíveis que passavam por cima de sua casa. A ideia que busca fixar é que os direitos podem ser exercidos de modo abusivo, havendo, portanto, limites ao exercício de um direito em prol da justiça.

O abuso de direito nada mais é, portanto, do que o exercício de um direito legítimo de modo irregular, de modo a causar dano a outrem. Como anota Orlando Gomes, “o exercício anormal de um direito pode criar para o prejudicado uma pretensão contra quem praticou o ato abusivo, ficando este obrigado a indenizar o dano causado ou a abster-se da prática do ato abusivo”⁵⁹. Desse modo, o autor inclui o abuso de direito entre as fontes das obrigações, ao lado dos atos ilícitos “com os quais não se confunde, mas dos quais se aproxima pela similitude”. Já Washington de Barros

⁵⁶ A construção inicial da teoria do abuso de direito baseava-se numa concepção subjetiva do instituto, segundo a qual haveria abuso de direito sempre que a pessoa exercesse seu direito com o único intuito de prejudicar outrem. Contudo, como logo se viu, isso não só limita de forma demasiada a aplicação do instituto, afastando todos os casos em que não há demonstrada má-fé, como torna de difícil comprovação a sua ocorrência. Assim, evoluiu-se para a concepção objetiva do abuso de direito, aferindo a ocorrência de abuso a partir de critérios objetivos e externalizados, independentes do *animus* do agente. Essa ressalva é feita por ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, pp. 89-95. O autor critica, porém, a teoria desenvolvida por Josserand por balizar o abuso de direito na função social do direito, o que não só levaria a uma análise casuística, como poderia levar a uma interpretação muito aberta, já que os direitos possuem inúmeras funções sociais. Do mesmo modo, critica o recurso à moralidade social, por ser conceito aberto de difícil concretização. Defende, ao fim, como veremos, a construção do abuso de direito fundado na boa-fé objetiva.

⁵⁷ JOSSERAND, Louis. *De l'abus des droits*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, éditeur, 1905, p. 2.

⁵⁸ JOSSERAND, Louis. *De l'abus des droits*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, éditeur, 1905, p. 3.

⁵⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 44.

Monteiro afirma que “[n]ão constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito. [...] *A contrario sensu*, o ato praticado no exercício não-regular de um direito será ilícito”⁶⁰.

O abuso de direito está previsto no nosso ordenamento jurídico no art. 187 do Código Civil, imediatamente após o art. 186, que prevê a responsabilidade pelo ato ilícito, afirmando também cometer 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”. Transpondo a teoria do abuso do direito para a responsabilidade pela ruptura das tratativas, temos que, ao mesmo tempo em que as partes são livres para contratar, elas não podem exercer o direito de recesso de forma abusiva, de modo a causar danos à contraparte. CAPPELARI, reportando-se a Jossierand, afirma que há abuso de direito “toda vez que uma pessoa, após ter estimulado o ajuste e de ter feito nascer uma legítima esperança no destinatário da oferta, arrepende-se discricionariamente, causando danos a outrem, justamente por haver abusado do direito de não contratar”⁶¹.

Partindo, pois, do pressuposto de que a ruptura abusiva das negociações configura-se como abuso de direito, equiparado a ato ilícito para fins indenizatórios, necessário se faz determinar quando o rompimento das tratativas é abusivo, isto é, no que consiste a abusividade na ruptura? A resposta para essa pergunta se dá com base na boa-fé objetiva, que, como vimos, permeia todas as fases do contrato, inclusive a fase pré-contratual. Ainda que não vinculadas, a proximidade das partes em vias de formar um contrato faz com que nasça entre elas deveres acessórios de proteção, notadamente deveres de lealdade, cooperação e probidade⁶². Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR conceitua a boa-fé objetiva como “o princípio geral do Direito segundo o qual todos devem comportar-se com lealdade e cooperação nas suas relações sociais, pois a inter-

⁶⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 281.

⁶¹ CAPPELARI, Récio. *Responsabilidade pré-contratual (aplicabilidade ao Direito brasileiro)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 68. O autor, contudo, entende ser incompleta a teoria do abuso de direito, pois estaria necessariamente vinculada à ideia de culpa. Isto, contudo, não é um empecilho para a aplicação do abuso de direito como fundamento da responsabilidade pré-contratual, como veremos mais adiante.

⁶² Segundo Judith Martins-Costa, “[o]s deveres de proteção passíveis de violação nessas fases anterior e posterior à vida de um contrato consistem nos deveres de *proteção aos legítimos interesses do alter* e de *respeito à confiança* legitimamente despertada (englobando lealdade, vedação à contradição, sigilo, correção de conduta, informação e esclarecimento)”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 385).

relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável ao próprio desenvolvimento normal da convivência social”⁶³. Nesse sentido, a boa-fé acentua “o aspecto ético” dos tratos negociais, em oposição à antiga concepção individualista do liberalismo econômico⁶⁴.

A boa-fé mostra-se, portanto, como um critério adequado para aferir a abusividade do rompimento, pois, como máxima de conduta, determina standards de comportamento que devem ser seguidos pelas partes, as quais devem agir de forma cooperativa, leal e proba, não só na execução do contrato, mas também durante a fase das tratativas. Vê-se, pois, uma limitação na liberdade negocial que vige durante a fase das tratativas. Nas palavras de TAVARES GUERREIRO, “[a] autonomia da vontade, no tocante à ampla e indiscriminada liberdade de contratar, sofre assim oportuno temperamento de ordem ética, em que a boa fé representa, inegavelmente, um fundamento de valor moral, acolhido, no entanto, pela norma legislada. Nesse novo contexto, surge a relevantíssima temática da responsabilidade pré-contratual”⁶⁶.

Como se sabe, a boa-fé possui tríplice função, auxiliando na interpretação dos negócios jurídicos, criando deveres entre as partes e atuando como limitadora de comportamentos abusivos⁶⁷. Dentre as figuras típicas da função limitadora da boa-fé (ou

⁶³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Vol. VI. Tomo II. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 65-66.

⁶⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Vol. VI. Tomo II. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 62.

⁶⁵ Os professores Gerson Branco e Judith Martins-Costa, ao analisarem as diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro, destacam estar o texto coordenado por Miguel Reale “permeado por regras nas quais é funda a exigência de eticidade que deve pautar as relações extrapatrimoniais ou patrimoniais entre as pessoas”. Nesse escopo, afirmam os autores, o Código Civil de 2002 introduziu a noção de boa-fé, tanto na sua acepção subjetiva quanto objetiva, em vários dispositivos, englobando “uma verdadeira exigência de comportamento correto, proba e leal na vida de relações sociais” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 133-134).

⁶⁶ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A boa-fé nas negociações preliminares. In.: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 143 – 148, §7.

⁶⁷ Assim coloca Karina Nunes Fritz: “A doutrina alemã, já há algum tempo, reconhece na boa-fé objetiva três funções básicas: criadora, limitadora e interpretativa-integrativa” (FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. In: *Revista Forense*. Vol. 395. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 185). Da mesma forma, Judith Martins-Costa: “Conquanto impossível – tecnicamente – definir a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, indicar, racionalmente, as condutas que lhe são conformes (valendo então a expressão como forma metonímica de variados modelos de comportamento exigíveis na relação obrigacional), bem como discernir funcionalmente a sua atuação e eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do alter, coparticipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício da posição jurídica, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e (iii) como

tratamento típico de exercícios inadmissíveis), ZANETTI aponta o *venire contra factum proprium* como aquela mais pertinente ao estudo da responsabilidade pré-contratual pelo rompimento das tratativas, uma vez que, como conceitua Ruy Rosado, tal figura “protege uma parte contra aquela que pretende exercer posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente”⁶⁸. Veda, portanto, o comportamento contraditório capaz de frustrar as legítimas expectativas geradas na contraparte⁶⁹.

Assim, “depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte”⁷⁰. Apresentam-se três requisitos para a configuração do *venire contra factum proprium*, a dizer (i) existência de um fato gerador de confiança; (ii) adesão de outra pessoa à confiança gerada por esse fato; e (iii) desenvolvimento de atividades importantes em razão da confiança suscitada, o que chama de “investimento de confiança”⁷¹. Vale ressaltar que as funções criadora e limitadora “são complementares e não excludentes, na medida em que o reconhecimento da existência de deveres está diretamente relacionada com a regularidade do exercício do direito”⁷². Assim, ao mesmo tempo em que a boa-fé atua na fase pré-contratual criando deveres de lealdade e probidade entre as partes, ela atua limitando o exercício irregular de direitos.

Nesse tocante, afirma ALMEIDA COSTA ser necessário fazer uma ponderação entre dois interesses que estão em confronto: de um lado, a liberdade contratual, alicerce essencial do comércio, que permite às partes que não levem as negociações até o fim se não for de seu interesse concretizar o contrato, só sendo vinculadas se houver pleno acordo de vontades nesse sentido; de outro, a tutela da confiança, relativa às

cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Ao assim atuar funcionalmente, a boa-fé serve como *pauta* de interpretação, *fonte* de integração e *critério* para a correção de condutas contratuais (e, em certos casos demarcados em lei, inclusive para a correção do conteúdo contratual”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 42)

⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 254.

⁶⁹ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 117.

⁷⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 254.

⁷¹ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 116.

⁷² ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 108.

expectativas legítimas geradas na contraparte em função do comportamento do lesante que a levou a crer, com razoável certeza, que o contrato seria concluído. Quanto mais longo o *iter contractus*, e quanto mais passos tiverem sido tomados em vias da conclusão do negócio (reuniões, planejamentos, perspectivas econômicas, etc), maior será a confiança gerada. Conclui o autor, pois, que “entre os dois imperativos contrapostos, cabe ao direito desempenhar o papel que lhe pertence na harmonização das relações sociais e interrogar-se nos meios para tanto adequados”⁷³.

Na mesma linha, e pensando na melhor solução para o tráfego comercial, Ana PRATA sustenta ser necessário um equilíbrio entre liberdade para negociar e desistir e proteção da confiança gerada na outra parte, inibindo o comportamento desleal:

“é que, se, de um lado, a ampla permissão de impune rompimento do processo negociatório levaria uma retracção do tráfego, dada a insegurança existente quanto ao destino das actividades e gastos investidos nesse processo, de outro, o generoso e indiscriminado alargamento dos casos em que a ruptura dos preliminares implica obrigação de indemnizar teria também como consequência uma retracção no mercado, pois os sujeitos tenderiam a hesitar antes de iniciar quaisquer negociações, propendendo para o fazerem apenas quando encontrassem já seguros do bom termo delas, com receio das consequências de uma eventual desistência”⁷⁴.

Os pressupostos específicos da responsabilidade pré-contratual pelo rompimento injustificado das negociações são, pois, (i) que haja de fato negociações em fase avançada, capazes de gerar na contraparte a expectativa legítima de que o contrato se concretizará (razoável confiança da parte); e (ii) que o rompimento das negociações seja ilegítimo (ausência de justificado motivo). A esses dois pressupostos MARTINS-COSTA acrescenta um terceiro, qual seja, (iii) o dano gerado pela interrupção das negociações⁷⁵. Em relação ao primeiro pressuposto, não é qualquer confiança que se tutela, mas tão somente aquela que se mostrar “razoável e objetivamente motivada”⁷⁶. Em concordância, António CARVALHO MARTINS acentua: “A confiança e a justa causa da ruptura constituem dois termos contrapostos. O predomínio da posição de uma

⁷³ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 48.

⁷⁴ PRATA, Ana. *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 67.

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 414.

⁷⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*, *cit.*, p. 57.

ou de outra das partes, em consequência das respectivas condutas, decide-se através de elementos apreciáveis objectivamente”⁷⁷.

Para avaliar a existência destes pressupostos, ressalta MARTINS-COSTA, é imprescindível a análise do caso em concreto. A atenção às circunstâncias, explica a autora, “é particularmente relevante no caso da responsabilidade derivada da ruptura das negociações, uma vez que, aí, dois dos elementos apenas analiticamente cindíveis, que a constituem – a ruptura *injustificada* e a confiança *legítima* que foi fraudada pela ruptura –, só se evidenciam *in concreto*”⁷⁸. Do mesmo modo entende Gustavo TEPEDINO, para quem os deveres acessórios derivados da boa-fé “caracterizam-se pela dinamicidade de seu conteúdo, dependendo, portanto, da relação *in concreto* para que possam assumir contornos próprios”⁷⁹⁸⁰.

O melhor exemplo nacional da aplicação da boa-fé objetiva quando do período pré-contratual talvez seja o Caso dos Tomates, ou Caso Cica⁸¹, um dos primeiros casos sobre a *culpa in contrahendo* na jurisprudência brasileira. O caso, relatado com maestria pelo então desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, mais tarde elevado a ministro do STJ, envolve a empresa produtora de produtos alimentícios Cica e produtores rurais do Estado do Rio Grande do Sul, plantadores de tomate. Todo ano, a Cica disponibilizava sementes de tomates a esses produtores, retornando ao final do período de colheita para comprar esses tomates, que eram usados em sua linha de produção. Um

⁷⁷ MARTINS, António Carvalho. *Responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 80.

⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 423.

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. Formação progressiva dos contratos e responsabilidade pré-contratual: notas para uma sistematização. In.: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Org.). *Direito, Cultura, Método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 595.

⁸⁰ Segundo Fabiano Menke, com a adoção das cláusulas gerais, “[u]ma das adaptações é representada pelo crescimento de importância da interpretação por meio da concreção, ao invés da mera subsunção de conceitos. E na concreção de conceitos, método mais adequado para trabalhar com as cláusulas gerais, passos importantes devem ser tomados pelo aplicador, e, principalmente, pelo julgador. É inegável que, conforme salientado, as cláusulas gerais põem em destaque ainda mais o papel do juiz, exigindo-lhe empenho e dedicação para a fundamentação de suas decisões”. (MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. In.: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, Abr/2004, p. 18.

⁸¹ TJRS, Apelação Cível nº 591.028.295. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. J. em 06 de junho de 1991. Excerto da ementa: “Responsabilidade da empresa alimentícia industrializadora de tomates que, no tempo do plantio, distribui sementes e manifesta a intenção de adquirir o produto, e depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação”.

ano, contudo, apesar de ter disponibilizado as sementes como de hábito, a Cica recusou-se a comprar os tomates ao final do plantio, prejudicando, assim, os agricultores, que contavam com a venda dos vegetais. O caso foi levado à apreciação do Poder Judiciário, buscando os agricultores reparação pela safra perdida, pelo que a Cica alegou, em sua defesa, não haver contrato formalizado entre as partes, de modo que não só não seria obrigada a comprar os tomates, como também não haveria qualquer dever de indenizar por supostos prejuízos dos produtores de tomate.

Através da análise das provas, o relator entendeu verificado o comportamento reiterado da empresa, que todo ano fornecia as sementes e posteriormente comprava a safra, o que gerou clara expectativa nos agricultores de que esse padrão se repetiria no ano do caso em comento. Concluiu o relator que a ré “após incentivar os produtores a plantar a safra de tomates – instando-os a realizar despesas e envidar esforços para o plantio, ao mesmo tempo em que perdiam a oportunidade de fazer o cultivo de outro produto – simplesmente desistiu da industrialização do tomate, atendendo aos seus exclusivos interesses, no que agiu dentro do seu poder decisório. Deve, no entanto, indenizar aqueles que lealmente confiaram no seu procedimento anterior e sofreram prejuízo”. O desembargador firmou seu entendimento de que as partes devem comportar-se com lealdade e probidade durante as negociações, em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva. Ao não o fazer, frustrando a expectativa legítima alheia e causando danos, nasce o dever de indenizar pela responsabilidade pré-contratual.

No mesmo sentido é possível destacar o acórdão nº 01A615 do Supremo Tribunal de Justiça português, de 27 de março de 2001⁸², no qual se discute o rompimento injustificado de negociações para um contrato de construção de navio. No caso, as tratativas se encontravam em estágio bastante avançado, com as partes já tendo realizado inúmeras reuniões para definir os termos do contrato e elaborado diversos estudos e orçamentos referentes à construção do navio. O contratante havia em mais de uma ocasião reiterado a sua vontade de contratar, tendo inclusive requisitado alterações específicas no projeto para adequá-lo às suas necessidades de uso. Contudo, após meses de negociações e planejamento optou por contratar com outra empresa, com a qual também manteve contato durante todos esses meses, sem que a outra parte o soubesse.

⁸² PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 01A615, Acórdão de 27 de março de 2001.

O tribunal entendeu que os atos praticados pelo réu foram o suficiente para gerar sólida expectativa nos autores de que o contrato seria concretizado, tendo estes despendido tempo e dinheiro para adequar o projeto e deixando de realizar outros projetos nesse meio tempo. Como o réu não informou em nenhum momento os autores de que também estava avaliando a proposta de outra empresa, levando-os a acreditar que eram os únicos com que estava negociando, o tribunal entendeu que agiu de forma desleal, violando o dever de agir conforme a boa-fé durante a fase negocial do contrato, consoante o art. 227 do Código Civil português. Sendo assim, rejeitou o recurso e manteve a condenação do tribunal de relação. Percebe-se, através desse julgado, como a aplicação da responsabilidade pré-contratual depende de uma análise casuística, de modo a determinar o grau de envolvimento das partes nas negociações, o estágio em que estas se encontravam e se é possível ou não concluir que o comportamento desleal de uma das partes gerou na contraparte a legítima expectativa de que o negócio seria levado a cabo.

O dever de lealdade, pois, se consubstancia em não frustrar as expectativas legítimas da outra parte, ou, dito em outras palavras, não alimentar falsamente as esperanças na conclusão do contrato, permitindo gastos desnecessários e a perda de outras oportunidades. É legítima a ruptura das negociações em função de divergências quanto aos elementos do contrato, ou em função de alterações das condições econômicas, ou mesmo pessoais. Caso contrário, haveria violação da autonomia da vontade com engessamento excessivo do tráfego negocial, o que poderia levá-lo à asfixia. Contudo, o que não se admite é agir de forma desleal, negligente, poder-se-ia dizer, deixando de ser honesto com a contraparte quanto às vicissitudes das negociações. No caso relatado acima, não haveria comportamento desleal e, conseqüentemente, dever de indenizar, caso o contratante tivesse deixado claro desde o princípio que estava negociando com terceiros concomitantemente, e que não tinha certeza com quem fecharia ao final. Não se proíbe negociações paralelas, até porque são inerentes à atividade negocial. Do mesmo modo, no Caso dos Tomates não teria a companhia Cica incorrido em *venire contra factum proprium*, que resultou em sua condenação por responsabilidade pré-contratual, caso tivesse deixado claro que a compra dos tomates talvez não fosse efetuada ao final da colheita. Tudo o que se exige, em suma, é que os potenciais contratantes ajam de forma leal, levando em consideração as expectativas geradas em função de seu próprio comportamento, de modo a não criar

confiança quando esta não deve existir, evitando-se, assim, que a outra parte seja injustamente prejudicada.

Fundamenta-se, pois, a responsabilidade pré-contratual pela ruptura injustificada das tratativas na figura do abuso do direito, o qual se consubstancia na atuação contrária à boa-fé objetiva, em desacordo com os deveres de lealdade e probidade que as partes devem manter durante todo o processo obrigacional. Embora decorra da boa-fé, o fundamento do dever de indenizar não está no artigo 422, mas sim no art. 187 do Código Civil. Desse modo, afirma ZANETTI, “[s]eria autorizado afirmar, em termos sintéticos, que a ruptura abusiva das negociações deve ser tida por ilícita, e, portanto, passível de gerar direito de indenização para o candidato a contratante prejudicado”⁸³.

Definido o fundamento jurídico, cabe analisar qual a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, se contratual, extracontratual ou, ainda, uma terceira via de responsabilidade civil, baseada na confiança.

II. Natureza Jurídica

Em sua concepção original, Jhering inseriu a responsabilidade pré-contratual dentro das hipóteses da responsabilidade contratual, para o que teve de relativizar as consequências da nulidade do contrato e estender seus efeitos para momento anterior à sua conclusão. Com o desenvolvimento do instituto, este passou a ser visto por muitos autores como hipótese de responsabilidade extracontratual, sobretudo na Itália e na França, onde a responsabilidade aquiliana possui maior amplitude de aplicação. Há, ainda, aqueles que defendem tratar-se, em realidade, de uma terceira via de responsabilidade civil, não se encaixando em nenhuma das duas categorias clássicas de responsabilidade.

Determinar a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual é “querela árdua e melindrosa”⁸⁴. Contudo, mostra-se de suma importância, pois os regimes são diferentes, com consequências relevantes no que toca à indenização. Analisando os

⁸³ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*, cit., p. 88.

⁸⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 89.

elementos acidentais da responsabilidade extracontratual e contratual, vê-se, dentre outras, diferenças quanto ao ônus da prova, à solidariedade, ao momento de constituição da mora, ao prazo prescricional e a quantificação do dano indenizável. A falta de qualificação pode levar, pois, a complicações relevantes quando da solução do caso concreto. Vejamos, assim, as diferentes concepções conferidas à responsabilidade pré-contratual para, ao final, determinar qual regime de responsabilidade melhor se amolda ao problema dos danos causados pela ruptura ilegítima das negociações contratuais.

II.1. Teorias que buscam definir a natureza da responsabilidade pré-contratual

Quando elaborou sua teoria, JHERING vislumbrou uma situação de clara injustiça material: uma parte era prejudicada em função de um agir negligente de outrem, mas não podia socorrer-se nem na responsabilidade contratual, haja vista ser nulo o contrato, nem na responsabilidade extracontratual, pois não havia previsão para este tipo de dano no ordenamento alemão. Assim, como solução, teve por bem relativizar a nulidade do contrato, afirmando que esta apenas atingiria alguns efeitos do contrato, mas não todos. Deste modo, sustentou o jurista:

“Mas como isto é possível, uma vez que o próprio contrato é nulo? Se esta ‘nulidade’ ou ‘*nullam esse emptionem*’ significasse o mesmo que a *total* falta de efeitos do contrato, uma *actio empti* a partir de um tal contrato seria um absurdo. A concessão da *actio empti* é uma prova segura de que o contrato produziu *determinados* efeitos, e a expressão ‘nulidade’ apenas pode, portanto, quando deva ser usada de modo adequado, ter um sentido limitado, não predicando a ausência de *todos*, e antes apenas *determinados* efeitos”⁸⁵.

Essa teoria é classificada por Antônio CHAVES como “teoria da base contratual”. O autor explica que, embora pareça um contrassenso falar em responsabilidade contratual quando não há um contrato, “os partidários da doutrina esclarecem não ser possível deixar de levar em conta a finalidade das convenções, a situação prática em que se colocam as partes, a circunstância de que é justamente por ocasião da conclusão do contrato que ficarão determinadas as responsabilidades”⁸⁶.

⁸⁵ JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo de Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 22.

⁸⁶ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 112.

Desse modo, em vista da expectativa gerada, a responsabilidade pré-contratual encontraria sua base no contrato inacabado ou nulo.

Os irmãos MAZEAUD iniciam seu capítulo sobre responsabilidade pré-contratual atestando: “Pas de responsabilité contractuelle sans un contrat”⁸⁷. Ao analisar a natureza jurídica do instituto, explicam os juristas que o que levou Jhering a alocar a responsabilidade *in contrahendo* no âmbito da responsabilidade contratual foi o fato de que no Direito romano, base de seu estudo, assim como no Direito alemão, não é possível ressarcir os danos causados no período pré-contratual através da responsabilidade extracontratual, por esta apresentar hipóteses limitadas de aplicação. Desse modo, não haveria outra solução a não ser renunciar à natureza extracontratual, recorrendo à responsabilidade contratual, sob pena de gerar uma injustiça. Entretanto, acrescentam, este não é o caso do Direito francês, o qual “diferentemente do Direito romano, possui um princípio geral de responsabilidade delitual suscetível de ser aplicado a todas as situações”, de modo que é possível “rejeitar a natureza contratual da responsabilidade e ainda assim assegurar a reparação do dano causado”⁸⁸. Seria, assim, por pura ficção que Jhering pretende enxergar efeitos contratuais quando contrato não há⁸⁹, sustentando os juristas, em seguida, que a responsabilidade contratual deve ser uma responsabilidade de exceção.

De fato, na Alemanha a responsabilidade delitual possui aplicação limitada, não sendo possível o ressarcimento por danos puramente patrimoniais, como geralmente ocorre no caso dos danos pré-contratuais. É necessário, para que haja direito a indenização, que tenha ocorrido dano aos bens ou à pessoa do lesado. Outra limitação é o fato de não haver previsão de responsabilização pelos atos de prepostos. Desse modo, caso o dano viesse a ser causado por um funcionário de uma loja, o dono não seria responsabilizado por via da responsabilidade delitual. Assim, o escopo limitado da

⁸⁷ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*. t. I. 4^{ème} ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 130., p. 129. Tradução livre: “Não há responsabilidade contratual sem um contrato”.

⁸⁸ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*. t. I. 4^{ème} ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 130. Tradução própria.

⁸⁹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*. t. I. 4^{ème} ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947, p. 130.

responsabilidade delitual alemã, associado ao objetivo de corrigir uma injustiça no sistema levou Jhering a estender os efeitos do contrato nulo ao período pré-contratual⁹⁰.

Critica-se, pois, a teoria da base negocial por criar uma “inadmissível ficção”⁹¹, nas palavras de MOTA PINTO, alterando “arbitrariamente o conceito de nulidade”⁹². À teoria da base contratual sucederam outras teorias contratualistas – teorias da base contratual especial –, sendo as mais relevantes a teoria do mandato, a teoria do enriquecimento sem causa e a teoria da gestão de negócios, as quais “visam reduzir o fundamento da responsabilidade pré-contratual a uma equiparação com contratos típicos ou situações fáticas submetidas ao regime contratual”⁹³. A primeira entende que, ao se aproximarem as partes em vias de negociar um contrato, forma-se entre elas um contrato tácito de mandato, isto é, “uma autorização para se efetuarem as despesas e trabalhos necessários à realização do contrato”. Explica Antônio CHAVES que essa teoria pressupõe dois contratos: o contrato que se pretende concluir e um contrato de mandato, de modo que, ainda que não se chegue ao fim do primeiro, subsiste o segundo, o que leva ao dever de indenizar⁹⁴. Tal teoria, contudo, não se sustenta, uma vez que “no mandato existe a outorga de poderes, expressa ou presumida, ao passo que nas negociações preliminares cada uma das partes, embora objetivando uma finalidade comum, age em seu nome e consultando os próprios interesses”⁹⁵.

Por sua vez, a teoria do enriquecimento ilícito afirma que como os custos realizados no período das tratativas tinham como objetivo a formação de um contrato, e esse não se formou por culpa de uma das partes, esta enriqueceu-se ilicitamente, sem

⁹⁰ Para Dário MOURA VICENTE, a *culpa in contrahendo* germânica nasce a partir da confluência de dois fatores essenciais: “Por um lado, a preocupação de manter a responsabilidade civil dentro de limites razoáveis, por forma a não prejudicar o livre desenvolvimento da personalidade humana e a prossecução de certas atividades socialmente úteis – o que determina a irressarcibilidade de princípio dos danos patrimoniais causados negligentemente fora do contexto de uma relação contratual que não sejam precedidos de uma perda *in natura*, entre os quais se incluem precisamente a generalidade dos que são causados mediante a violação de deveres pré-contratuais de conduta. Por outro, o reconhecimento de que após a entabulação das negociações preparatórias de um contrato a ressarcibilidade dos referidos danos é uma exigência de justiça, não valendo contra ela nenhum dos argumentos que justificam a referida limitação”. (MOURA VICENTE, Dário. *Direito Comparado*. Vol. 2: Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017, p. 94.)

⁹¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Supl. 14, 1966, p. 224.

⁹² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Supl. 14, 1966, p. 224.

⁹³ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 251.

⁹⁴ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 114.

⁹⁵ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 115.

uma causa justificativa, de modo que deve devolver à outra parte aquilo que agregou indevidamente ao seu patrimônio. Contudo, há uma falha óbvia nessa teoria: não necessariamente os prejuízos sofridos pela parte lesada representarão o enriquecimento do lesante. No mais das vezes, inclusive, não é assim que sucede. Desse modo, o enriquecimento sem causa não é capaz de fundamentar a responsabilidade pré-contratual.

Já a teoria da gestão de negócios “admite a indenização das despesas efetivamente realizadas no interesse comum das partes que entabularam negociações”⁹⁶. Assim, a parte lesada, por ter agido em prol do interesse alheio, ainda que comum a ambos, merece ser indenizada, mas só em relação àquilo que fez pela outra parte. Como se vê, além de ser uma teoria de difícil verificação prática, não pode prosperar, uma vez que a gestão de negócios não se confunde com a responsabilidade pré-contratual: na gestão de negócios há a vontade de administrar para outrem, “ao passo que o contraente, que inicie a execução de um negócio esperado, ou efetue despesas, ou deixe de concluir outros negócios similares, age conscientemente no seu exclusivo interesse e para o cumprimento de uma obrigação própria, que presume já assumida ou na iminência de sê-lo”⁹⁷.

Há, ainda, a teoria da garantia tácita, segundo a qual haveria entre as partes, quando das negociações, um pacto de garantia pelo qual deveriam se comportar de determinada maneira. Ao contratante que rompesse as negociações caberia, pois, o dever tácito de indenizar as despesas realizadas pela contraparte. MOTA PINTO critica essa teoria afirmando padecer do mesmo mal que as demais teorias baseadas no contrato, não passando “dum artificialismo que volta as costas à realidade, supor que as partes quiseram em todos os casos de negociações assumir, por mútuo acordo, obrigações relativas à sua conduta pré-negocial”⁹⁸. É ver uma vontade onde ela não existe, sustenta o autor, ressaltando não estar a falar em vontade psicológica, mas sim em vontade jurídica. Ademais, essa teoria jamais poderia prosperar, pois, sendo justificada a recusa em contratar, nunca gerará o dever de indenizar⁹⁹. Por fim, temos a teoria da declaração unilateral de vontade, que igualmente pressupõe uma garantia

⁹⁶ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 116.

⁹⁷ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 117.

⁹⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Supl. 14, 1966, p. 226.

⁹⁹ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 122.

tácita. A partir da oferta, haveria uma vinculação unilateral do ofertante, que não poderia retratar-se, configurando verdadeira promessa unilateral. Contudo, a teoria “fica restrita ao momento da oferta, desconsiderando a responsabilidade na fase das negociações preliminares, mesmo antes de qualquer oferta”¹⁰⁰, motivo pelo qual não assumiu maior relevo. Como vimos, a oferta é vinculante no Brasil, por força do art. 1.080 do Código Civil, de modo que “ao contrário do ordenamento jurídico de outros países, o brasileiro não precisa se socorrer do princípio da boa fé para solucionar o problema da retirada da oferta antes da aceitação”¹⁰¹. A proposta, contudo, não se confunde com as tratativas, como já vimos na primeira parte desse trabalho.

As teorias contratualistas sofreram numerosas críticas, sobretudo pelo fato de criarem uma ficção jurídica, estendendo os efeitos do contrato quando este é nulo ou não chegou a formar-se. Entre os críticos, é possível citar PONTES DE MIRANDA, que rejeita a possibilidade de uma natureza contratual, concluindo simplesmente que “[s]e o contrato não chegou a concluir-se, contrato não houve, nem há”. Frisa, assim, não haver falar numa pré-eficácia do contrato na *culpa in contrahendo*, como pretende Jhering, pois ou o contrato não se concluiu, ou é nulo. Dizer que há uma pré-eficácia de contrato que não existiu “seria eficácia do não-ser”¹⁰². Rejeitando a teoria do contrato tácito de responsabilidade e a teoria do negócio jurídico unilateral, o autor aponta a confiança gerada na contraparte como fundamento do dever de indenizar, havendo deveres de conduta que permeiam a relação obrigacional mesmo antes da formação do vínculo contratual. Assim, “[o] que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam *relações jurídicas de confiança*, e não só *relações morais*. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato”¹⁰³.

¹⁰⁰ GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 255.

¹⁰¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. In.: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 3 (set./dez. 1992), p. 78-87, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 83.

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 321-322.

¹⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 321.

Logo, nos países em que, diferentemente da Alemanha, há um princípio geral de responsabilidade civil extracontratual, tende-se a pender para a solução extracontratual. É o que se verifica na França, na Itália e, também, no Brasil. Entre nós, Clóvis do COUTO E SILVA não hesita em afirmar tratar-se a responsabilidade pré-contratual de hipótese de responsabilidade delitual. Como ensina o grande professor, “[o]n ne voit pas le motif pour lequel cette hypothèse devrait avoir une solution spéciale puisqu’il s’agirait, d’après un raisonnement logique rigoureux, d’une responsabilité délictuelle ou extra-contractuelle”¹⁰⁴. Sustenta que, sendo o contrato nulo, ou não tendo chegado à conclusão, não é possível falar em responsabilidade *ex contractu*¹⁰⁵. Referindo-se à posição de Nyboyet, afirma Antônio CHAVES que aqueles “que desejam contratar seriam como os que se encontram fora de uma casa, com relação aos que estão dentro. Somente quando haja troca de consentimentos é que se unem com a existência do acordo”¹⁰⁶, concluindo, em outro momento, que “aplicar os conceitos da responsabilidade contratual à hipótese seria violentar as normas da lei e do bom senso”¹⁰⁷.

Mais recentemente, TAVARES GUERREIRO igualmente afirma que “[n]o Direito brasileiro, a nosso ver, não se pode recusar o caráter aquiliano da responsabilidade pré-contratual”¹⁰⁸. O autor salienta que a falta de um dispositivo equivalente ao art. 1.337 do *Codice Civile* italiano¹⁰⁹ (ou ao art. 227 do Código Civil

¹⁰⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques se St. Maur (Paris XII), 1988., p. 20. Em tradução livre, “Não vemos o motivo pelo qual essa hipótese deveria ter uma solução especial, uma vez que se trata, de acordo com um raciocínio lógico rigoroso, de uma responsabilidade delitual ou extracontratual”.

¹⁰⁵ Segundo o autor, “Comme nul ne l’ignore, il faudrait, pour qu’une fattispécie soit considérée comme appartenant à la responsabilité contractuelle, l’existence préalable d’un contrat. Si le contrat n’arrive pas à exister, ou s’il s’agit d’un contrat absolument nul, la responsabilité ne peut pas être qualifiée comme ‘ex contractu’”. (COUTO E SILVA, Clóvis do. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques se St. Maur (Paris XII), 1988, p. 20-21). Em tradução livre: “Como ninguém ignora, é necessária, para que uma *fattispécie* seja considerada como pertencente à responsabilidade contratual, a existência prévia de um contrato. Se o contrato não chega a existir, ou se se trata de um contrato completamente nulo, a responsabilidade não pode ser qualificada como *ex contractu*”.

¹⁰⁶ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 100.

¹⁰⁷ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 251.

¹⁰⁸ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A boa-fé nas negociações preliminares. In.: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 145.

¹⁰⁹ Codice Civile italiano, art. 1337. As partes, no curso das negociações e na formação do contrato, devem se comportar conforme a boa-fé (1366,1375, 2208).

português, poder-se-ia acrescentar¹¹⁰), pode gerar certa confusão quanto ao fundamento do dever indenizatório no caso da responsabilidade pela ruptura injustificada das tratativas. Sustenta, então, ser a violação do dever de boa-fé o pressuposto fundamental da responsabilidade pré-contratual.

Além das vertentes contratuálistas e extracontratuálistas, há, ainda, uma corrente intermediária, com grande força entre a doutrina recente portuguesa, que defende um regime misto de responsabilidade, combinando os pressupostos e efeitos da responsabilidade negocial e delitual¹¹¹. MENEZES LEITÃO noticia o surgimento de uma nova categoria de responsabilidade civil, entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, “para abranger a violação de deveres específicos, que embora constituindo um *plus* relativamente à proteção delitual, não chegam a constituir obrigações em sentido técnico”,¹¹² denominando-a como uma “terceira via” da responsabilidade civil. Nesse sentido, aponta o autor a necessidade de “atribuir a esta zona cinzenta uma qualificação intermediária, sujeita a um regime específico, a descobrir caso a caso através das regras de integração de lacunas”¹¹³.

Do mesmo modo, Dário MOURA VICENTE sustenta tratar-se a responsabilidade pré-contratual de uma responsabilidade híbrida, misturando características de ambos os regimes. Afirma, assim, que o regime da *culpa in contrahendo*, no direito português, não se reconduz ao regime de uma ou de outra, sendo, de certa forma, um híbrido entre as duas, apontando os elementos que justificam essa posição¹¹⁴. Nesse sentido, o autor explica que o fundamento da responsabilidade pré-contratual, tal qual o da responsabilidade contratual, é a violação de uma obrigação (no caso, de um dever acessório de conduta). Contudo, seu prazo de prescrição é idêntico ao da responsabilidade extracontratual, qual seja, três anos após o

¹¹⁰ Código Civil português, art. 227. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

¹¹¹ Em Portugal, a questão da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual provoca dissidência na doutrina. Ao passo que Menezes Cordeiro e Mota Pinto entendem que o regime da responsabilidade contratual melhor amolda-se à culpa *in contrahendo*, Almeida Costa defende a aplicação da responsabilidade extracontratual. Mais recentemente, ganhou força a hipótese de um regime misto de responsabilidade, como vimos.

¹¹² LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. Vol. 1: da constituição das obrigações. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 348.

¹¹³ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. Vol. 1: da constituição das obrigações. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 350.

¹¹⁴ MOURA VICENTE, Dário. *Direito Comparado*. Vol. 2: Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017, p. 111-112.

conhecimento do lesado quanto ao seu direito, nos termos do art. 498. Seu regime exige a culpa do lesante, embora a jurisprudência dominante a considere presumida, fazendo uma analogia ao artigo 799, 1, que trata do inadimplemento contratual. Por fim, anota MOURA VICENTE, a indenização que decorre da responsabilidade pré-contratual é igualmente mista: pode tanto consistir em danos pelo interesse negativo, com retorno ao *status quo ante*, como em danos pelo interesse positivo, satisfazendo a expectativa do lesado caso o contrato fosse cumprido¹¹⁵.

Ainda na linha de uma terceira via da responsabilidade civil, Manuel Carneiro da FRADA propõe uma responsabilidade baseada na confiança. Inicialmente, o autor estuda o problema de responsabilidade por auditorias negligentes perante terceiros¹¹⁶, entendendo necessária uma “responsabilidade intermediária”, não tipicamente contratual nem delitual, haja vista, sobretudo, a limitação da responsabilidade civil aquiliana em Portugal. Sendo assim, buscando expandir a eficácia subjetiva da *culpa in contrahendo* para abarcar os danos gerados por auditorias incorretas, busca na confiança um novo fundamento de responsabilidade civil. Ainda que não façam parte da relação negocial, os auditores, ao gerarem legítima confiança na parte, devem responder pelos prejuízos causados pela falsa informação prestada¹¹⁷. Posteriormente, o jurista português desenvolveu tese de doutorado sobre o tema¹¹⁸, na qual busca justificar a existência da responsabilidade pela confiança como figura autônoma, ao lado das modalidades de responsabilidade extracontratual e contratual.

A partir da obra de Canaris, FRADA defende a necessidade da tutela das expectativas por “necessidade ético-jurídica”, sendo o princípio da confiança um

¹¹⁵ Analisaremos a questão da indenização no capítulo seguinte, mas já adiantamos que a maior parte da doutrina e jurisprudência não vislumbra a possibilidade de indenização pelo interesse positivo, sendo esta, contudo, admitida eventualmente em Portugal, quando todos os termos do contrato já se encontram perfectibilizados, sendo que este não se finaliza por culpa exclusiva de uma das partes. A questão é polêmica e será melhor analisada adiante.

¹¹⁶ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?*. Coimbra: Almedina, 1997.

¹¹⁷ Aponta, nesse sentido, quatro pressupostos da proteção da confiança: “(i) uma situação de confiança pela qual alguém confia no comportamento ou nas declarações de outrem; (ii) uma justificação dessa confiança, porquanto a imprudência ou a incúria do confiante tornam injustificada a sua proteção; (iii) um investimento de confiança, traduzido na necessidade de ter havido, por parte do confiante, o desenvolvimento de uma actividade cujo resultado ficaria comprometido se a confiança não fosse respeitada; e (iv) a possibilidade de imputar a confiança àquele contra quem actua a proteção da confiança” (FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 103-104).

¹¹⁸ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2004.

princípio ético-jurídico fundamental, aplicável a partir das regras de conduta impostas pela boa-fé objetiva. Aponta como figuras que visam a proteção da confiança o *venire contra factum proprium*, *supressio e surrectio*, típicas figuras limitadoras de exercícios de direitos, sugerindo “a construção da responsabilidade pela confiança em torno sobretudo da *expectativa de cumprimento de determinados deveres de comportamento*”¹¹⁹. Embora a construção de uma obrigação de indenizar com base em standards de comportamentos pudesse reconduzir a uma responsabilidade aquiliana, o autor elimina tal hipótese em função de (i) a responsabilidade aquiliana não abarcar, como já mencionamos, os danos patrimoniais puros¹²⁰; e (ii) depender a responsabilidade extracontratual de ocorrência de “facto ilícito-culposo”¹²¹, o que limitaria “acentuadamente o nível de proteção que uma responsabilidade pela confiança dogmaticamente autônoma permite alcançar”¹²².

No Brasil, Régis FICHTNER defende a existência de um regime próprio para a responsabilidade pré-contratual, uma vez entender que nenhum dos dois regimes existentes dão conta das particularidades da responsabilidade pré-contratual¹²³. Na falta de uma positivação, as regras aplicáveis aos casos de *culpa in contrahendo* deveriam ser determinadas casuisticamente, levando em consideração as particularidades do caso concreto¹²⁴. Por sua vez, Antônio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, embora reconheça a

¹¹⁹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2004, p. 79.

¹²⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2004, p. 81.

¹²¹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2004, p. 261.

¹²² FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2004, p. 262.

¹²³ PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual; teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 247 e ss.

¹²⁴ Para Fichtner, “[é] preciso se criar um sistema próprio de responsabilidade pré-contratual. Enquanto isso não ocorre, os problemas devem ser solucionados, à falta de regras específicas, com base na interpretação das regras atuais existentes, com todos os riscos que tal empreitada possa implicar”, de modo que “cabe ao intérprete [...] aplicar as regras jurídicas existentes às situações concretas de responsabilidade pré-contratual, segundo sua adequação, a fim de se lhes dar soluções satisfatórias, até chegar ao ponto de se criar no direito positivo regras específicas para essa terceira espécie de responsabilidade civil”. (PEREIRA, Régis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual; teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 257).

natureza extracontratual da responsabilidade pré-contratual¹²⁵, também cogita a criação de um terceiro tipo de responsabilidade civil no campo da responsabilidade pré-contratual. Questiona o autor:

“Na questão específica da ruptura das negociações, antes que discutir se a responsabilidade é aquiliana ou contratual, talvez fosse preferível optar por uma terceira responsabilidade relativa à distribuição equitativa dos prejuízos. A responsabilidade aquiliana fundamenta-se no princípio do respeito (*alterum non laedere*) e, portanto, tem, no caso, dois excessos, ou dois inconvenientes: exige a prova da culpa – o que é difícil – e dá direito a uma reparação integral (o que pode ser muito). A responsabilidade contratual, por sua vez, fundamenta-se no princípio da palavra dada (da *fides*, o terceiro princípio geral de direito dos estóicos) não exige a prova da culpa mas, em compensação, não parece adequada às negociações preliminares quando as partes ainda ‘não se contrataram’”¹²⁶.

Contudo, nos parece que um regime híbrido de responsabilidade padece não só de incerteza quanto dificuldade de aplicação prática. Isso porque os regimes da responsabilidade civil extracontratual e contratual, ainda que tenham os mesmos pressupostos essenciais, possuem diferenças relevantes, notadamente, como já anotamos, quanto aos elementos acidentais relativos à culpa, à solidariedade, ao regime da mora, à prescrição e à quantificação dos danos indenizáveis. Sugerir a aplicação de elementos de um e outro regime de forma simultânea à responsabilidade pré-contratual de modo casuístico, como sugere FICHTNER, não nos parece viável nem prático, quanto mais no nosso ordenamento que, diferentemente do ordenamento português, não legislou a respeito das regras aplicáveis à *culpa in contrahendo*, não se admitindo, como

¹²⁵ Segundo o autor, “[a] relação entre os pré-contratantes somente terá eficácia jurídica pelo lado negativo, ou patológico, isto é, somente pelo lado do dever de não se comportar de forma socialmente condenável. Esse dever, e não obrigação, é sancionado pela ação de indenização do art. 159 do CC”. Afirma, em seguida, que, nesses casos, “a indenização será cabal e, naturalmente, como a responsabilidade é aquiliana ou extracontratual, a prova do dolo ou culpa cabe ao autor da ação e a prescrição é a dos atos ilícitos”. (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. In.: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 3 (set./dez. 1992), p. 78-87, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 79).

¹²⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. In.: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 3 (set./dez. 1992), p. 78-87, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 86. Vale ressaltar que o autor já se mostrou favorável à classificação da responsabilidade pré-contratual como contratual de outra feita (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In.: *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, n. 90, 1995, pp. 123-124), confirmando, contudo, sua preferência pelo regime extracontratual em parecer posterior (Responsabilidade civil – assalto em estacionamento de supermercado – estacionamento gratuito como caso de “relação contratual de fato” – admissão da prova de não-culpa – estupro tentado fora do estacionamento, seguido de morte – falta de relação de causalidade adequada. In.: *Revista dos Tribunais*. n. 735. São Paulo, 1997, p. 127).

se sabe, adotar, ao mesmo tempo, ambos os regimes de responsabilidade¹²⁷. Por sua vez, uma responsabilidade pela confiança tal qual proposta por FRADA não parece justificar-se como regime autônomo¹²⁸.

Em primeiro lugar, é preciso levar em consideração que, em grande parte, as críticas à solução extracontratual dos autores portugueses recaem sobre o fato de o Direito português aproximar-se do alemão ao delimitar, em certa medida, as hipóteses de aplicação da responsabilidade extracontratual, de modo a evitar “um alargamento desmedido da responsabilidade e a incerteza inerente ao sistema da cláusula geral”¹²⁹, o que não ocorre no nosso sistema, que, assim como na França e na Itália, aceita o princípio geral da responsabilidade civil.

Quanto à segunda ressalva de FRADA, relativamente à necessidade de ato ilícito culposo, veremos que tal pressuposto não impede a aplicação do regime extracontratual aos casos de responsabilidade pré-contratual no ordenamento brasileiro. Em resposta àqueles que entendem ser a culpa elemento essencial da responsabilidade pré-contratual, ZANETTI sustenta, preliminarmente, estar a responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações dentre os casos previstos no art. 927, § único, para os quais não é necessária a verificação da culpa para a imputação da responsabilidade¹³⁰. Contudo, caso assim não se entenda, o autor apresenta uma segunda solução: a culpa, no caso, estaria no agir de forma desleal, em contrariedade à boa-fé objetiva, gerando no outro pré-contratante expectativas infundadas e permitindo que incorra em gastos desnecessários, de modo que “a violação à boa-fé caracteriza, necessariamente, a conduta culposa do candidato a contratante [...], sendo o desrespeito à confiança reputado como uma conduta negligente, quando comparado com o comportamento

¹²⁷ Nesse sentido, aponta Jorge Cesa Ferreira da Silva: “No Brasil, o ‘cúmulo de responsabilidade civil’ envolve fundamentalmente duas questões. A primeira é a vedação de mesclar regimes. O credor da indenização não pode formular um terceiro regime, escolhendo apenas as normas que lhe beneficiam. A segunda é vedação de troca de regimes ao longo do processo. Escolhido um caminho, este deve ser seguido até o fim, com suas vantagens e desvantagens respectivas”. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 64)

¹²⁸ É possível, contudo, extrair da tese do autor relevantes observações quanto ao papel da boa-fé na proteção das expectativas legítimas das partes, assim como uma crítica à solução da responsabilidade pré-contratual pelo regime contratual.

¹²⁹ MOURA VICENTE, Dário. *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2001, p. 194.

¹³⁰ Assim pondera o autor: “Acredita-se que responsabilidade fundada em abuso do direito consista em uma das exceções a que faz referência o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, pois seria mesmo incoerente excluir o exame da culpa para a caracterização do ilícito e exigí-lo para a configuração do dever de reparação” (ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 164).

esperado de outros cidadãos em igual situação”¹³¹. No mesmo sentido posiciona-se Antônio CHAVES, o qual, entendendo ser a culpa um pressuposto essencial da responsabilidade pré-contratual, sublinha que esta “não consiste em entrar em negociações, e sim em abandoná-las, e o que é mais importante, não é qualquer retirada que dá margem à indenização, mas a retirada arbitrária, que só poderá assumir esse colorido com a intervenção daquele fator”¹³².

Uma outra crítica que se faz à hipótese extracontratual é que as partes, ao entrarem em contato em vias de elaborar um contrato, passam a ter um contato social mais aprofundado, que iria além do *neminem laedere* da responsabilidade delitual. Não é preciso, entretanto, apelar à responsabilidade contratual para dar *status* especial à relação dos negociantes. Isso porque “a boa-fé no curso das negociações permite a concretização do *neminem laedere*”¹³³, isto é, a proibição do rompimento abusivo das tratativas, com base nos preceitos da boa-fé objetiva, representa uma especialização da norma geral, exatamente pelo contato especial que há entre as partes. Segundo Judith MARTINS-COSTA, é essa “*situação de proximidade social qualificada* entre lesante e lesado” que faz nascer entre as partes a expectativa “de que as negociações sejam sérias e consequentes, marcadas pela lealdade e probidade que é a pauta por excelência do agir civil (*civiliter agere*) delas não resultando danos injustos à sua pessoa e ao seu patrimônio”¹³⁴.

II.2. A solução pela via extracontratual

Frente às teorias propostas e as críticas a elas tecidas, parece-nos que a melhor linha a ser seguida, no direito brasileiro, é aquela que classifica a responsabilidade pré-contratual pela ruptura das tratativas dentro do regime da responsabilidade extracontratual. Em primeiro lugar, por um motivo simples: não há, ainda, contrato formado, de modo que aplicar a responsabilidade contratual à hipótese seria criar uma

¹³¹ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 166-167.

¹³² CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 173.

¹³³ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 81.

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In.: *Revista dos Tribunais*, vol. 867, 2008, pp. 20-21.

ficção jurídica que não pode ser admitida, sob pena de deturpar o conceito de contrato, violando o princípio da autonomia da vontade. Como vimos, a liberdade negocial não é absoluta, podendo existir excessos que devem ser coibidos, mas a solução que se encontra nos casos de abuso do direito no rompimento das tratativas não está no contrato, mas sim na responsabilidade extracontratual. Estender os efeitos do contrato para a fase pré-contratual é não só alargar indevidamente o conceito de contrato como diminuir a noção de relação obrigacional complexa e, conseqüentemente, dos efeitos da boa-fé.

A relação obrigacional é um feixe de direitos e deveres e outros elementos jurídicos que vão além do contrato, não se confundindo com ele. Os deveres laterais de conduta, os quais não se confundem com os deveres prestacionais, nascem a partir da aproximação das partes em vias de concluir um contrato, é verdade, mas disso não decorre que tenham natureza contratual, só por derivarem da boa-fé. Como afirma Carneiro FRADA, “se o sistema de protecção da confiança se confundisse com o negócio, tal implicaria a perda da sua independência dogmática”¹³⁵. Afirma, desse modo, atuar a responsabilidade pela confiança justamente nas áreas não acobertadas pela autonomia da vontade, de modo que “o negócio representa, por muito relevante que seja, apenas uma forma, entre outras, do vasto campo da interação humana, globalmente sujeita à responsabilidade pela confiança”¹³⁶. A boa-fé, pois, vincula as partes antes, durante e após o contrato, não estando adstrita a ele. Como aponta ZANETTI, ao analisar o carácter extracontratual dado à *culpa in contrahendo* na Itália, “o carácter extracontratual da responsabilidade pré-contratual, incluída a responsabilidade pela ruptura das negociações, e o recurso à boa-fé objetiva não são inconciliáveis”¹³⁷, de modo que “a presença comum da boa-fé, tanto no período anterior como no posterior à conclusão do contrato não torna idênticos os regimes aplicáveis”¹³⁸.

¹³⁵ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2004, p. 67.

¹³⁶ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2004, p. 75.

¹³⁷ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 72.

¹³⁸ ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 76.

Em segundo lugar, como já vimos, temos, no Brasil, no art. 927 do Código Civil, uma regra geral de responsabilidade civil, preceituando que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Torna-se mais fácil, pois, enquadrar a responsabilidade pré-contratual dentre as hipóteses de aplicação do princípio geral do *altere non laedere*, sobretudo com a equiparação do abuso de direito ao ato ilícito, de modo que “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”¹³⁹. Assim, mostra-se muito mais adequado entender a responsabilidade pela ruptura das negociações no âmbito do abuso de direito, a partir da boa-fé objetiva. É isso que assevera Judith MARTINS-COSTA, com sua habitual precisão:

“A violação à boa-fé é o fundamento, porém, não tal qual apanhada no art. 422, mas no art. 187 do mesmo Código Civil, combinadamente ao art. 927. Trata-se de sancionar a ilicitude consistente no exercício jurídico *disfuncional*, porque há disfuncionalidade ao manejar-se a liberdade de não-contratar em prejuízo manifesto à confiança legitimamente despertada no parceiro das negociações pré-contratuais. Os deveres violados pelo exercício jurídico disfuncional são os de proteção, não os de prestação, porque ainda não há um «prestar»”¹⁴⁰.

Por fim, importa verificar os efeitos práticos da aplicação de um ou outro regime, para verificar qual o mais adequado na hipótese da responsabilidade pela ruptura das negociações preparatórias. Na responsabilidade contratual, a culpa do devedor inadimplente é presumida¹⁴¹, enquanto na responsabilidade extracontratual deve ser comprovada pelo lesado¹⁴². Quanto à contagem da mora, na responsabilidade extracontratual se dá desde a ocorrência do evento danoso, enquanto na

¹³⁹ Ao analisar a questão da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, Judith Martins-Costa anota que “havendo previsão ampla da *fattispecie* extranegocial e afastado em grau máximo o princípio da tipicidade, é possível aí acolher-se a responsabilidade pré-contratual sem que se devam realizar entorses demasiadamente desviantes, pois a responsabilidade extracontratual atua, funcionalmente, como uma concha hospedeira dos casos não englobados na responsabilidade negocial”. (MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In.: *Revista dos Tribunais*, vol. 867, 2008, p. 27).

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 429.

¹⁴¹ Jorge Cesa relativiza esse fator diferenciador entre a responsabilidade contratual e delitual ao afirmar que há casos de responsabilidade contratual em que é preciso comprovar a culpa, ocorrendo, da mesma forma, hipóteses de responsabilidade delitual com culpa presumida. Assim, sustenta ser antes necessário verificar a natureza da obrigação, sendo a culpa presumida quando tratar-se de obrigação de resultado, o que não ocorre nas obrigações de meio (SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 61-62).

¹⁴² Culpa é entendida no seu sentido amplo, abarcando tanto dolo quanto culpa no sentido estrito, na forma de ação dotada de negligência, imperícia ou imprudência.

responsabilidade contratual exige-se notificação para a constituição em mora, sendo que “a principal consequência dessa distinção encontra-se no momento a partir do qual se inicia a fluência dos juros moratórios”¹⁴³. A solidariedade, por sua vez, não se presume no regime contratual, dependendo da natureza da obrigação, enquanto é a regra na responsabilidade aquiliana, como assevera o art. 942 do Código Civil. Já no que toca à prescrição, o prazo prescricional da responsabilidade extracontratual é trienal, consoante o art. 206, §3º, V do Código Civil, sendo decenal no caso de inadimplemento contratual¹⁴⁴, nos termos do art. 205. Jorge CESA aponta, ainda, distinção quanto ao foro: enquanto na responsabilidade extracontratual o foro é aquele do local em que ocorreu o dano, na responsabilidade negocial, a par de possibilitar cláusula de eleição de foro, o foro é determinado pelo local em que a obrigação deveria ser cumprida, distinção que certamente possui resultados práticos relevantes. Analisando estes elementos no Direito luso, ALMEIDA COSTA conclui que o regime que melhor se adapta à responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações preparatórias é o extracontratual, sobretudo por não ter culpa presumida, de modo a não limitar em demasia a liberdade negocial, por admitir a solidariedade passiva, por ter imputabilidade mais ampla e por possuir prazo prescricional menor¹⁴⁵.

Estas diferenças práticas podem ser observadas quando comparamos três julgados do Superior Tribunal de Justiça. No REsp 1.051.065/AM, relatado pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva¹⁴⁶, reconhece-se a natureza extracontratual da responsabilidade pré-contratual, citando primoroso parecer do mestre Orlando Gomes, que fundamenta o dever de indenizar no art. 159 do Código Civil de 1916, afirmando que “no ilícito precontratual, a falta de boa-fé representa o mesmo papel de critério de imputação que desempenham, no ilícito tanto contratual quanto no ilícito extracontratual, o dolo e a culpa”. Sendo assim, o relator fixa os juros de mora a partir

¹⁴³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

¹⁴⁴ Quanto ao prazo prescricional de indenizações resultantes de violações contratuais, houve desde a promulgação do novo Código Civil grande divergência na doutrina e na jurisprudência, havendo posições que defendiam a aplicação de prazo decenal, assim como aquelas que defendiam o prazo trienal. Contudo, recente decisão do STJ, em regime de repercussão geral, confirmou aplicar-se o prazo prescricional de dez anos para a responsabilidade contratual, pacificando, de certa forma, a questão (STJ, EREsp 1.280.825/SP. Segunda Seção. Rel. Min. Nancy Andrichi. J. em 27.06.2018).

¹⁴⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 91-93.

¹⁴⁶ STJ, REsp nº 1.051.065/AM. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 21.02.2013.

do evento danoso, respeitando o regime delitual da responsabilidade. Diferentemente, no Recurso Especial nº 1.367.955/SP¹⁴⁷ o Min. Paulo de Tarso Sanseverino, relator, diz ser contratual a natureza da responsabilidade pré-contratual, isto por ter como fundamento do art. 422 do Código Civil, o qual encontra-se sob o título dos contratos em geral, e não do ato ilícito. Assim, fixa os juros de mora a contar da citação, o que evidentemente é menos favorável ao credor, sendo que a empresa lesada já se encontrava em processo de falência quando do julgamento do acórdão. Já no REsp nº 1.309.972/SP¹⁴⁸, o Min. Luis Felipe Salomão, ao reconhecer a ocorrência de responsabilidade da parte por danos causados em fase anterior à formação do contrato, classifica-a como uma terceira via de responsabilidade civil, adotando a teoria da confiança acima explanada. Ressalta, contudo, ser a responsabilidade pela a confiança diferente da responsabilidade pré-contratual, embora ambas tenham como fundamento a boa-fé. A diferença estaria no fato de a responsabilidade pela confiança abarcar casos em que não necessariamente há negociações tendo como objetivo a formação de um contrato. Apesar de defender estar em causa um *tertium genus* de responsabilidade civil, o relator não determina qual seria o regime de tal responsabilidade, o que limita sobremaneira sua aplicabilidade. É importante notar, ainda, que, nos três casos, os relatores partem da análise probatória realizada nas instâncias inferiores para verificar se está evidenciado o comportamento violador da boa-fé objetiva, assim como a confiança legítima suscitada na parte lesada.

Nota-se, pois, a relevância prática da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, notadamente, nos casos analisados, na contagem dos juros de mora e na análise da culpa, com criteriosa análise dos elementos do caso concreto para sua configuração. Acrescentamos, ainda, a questão da quantificação do dano, o qual, no caso da responsabilidade contratual, pode tanto se resolver através de indenização pelo equivalente quanto pela execução específica, o que não se admite na responsabilidade extracontratual, na qual a indenização é sempre na forma de pecúnia, retornando o lesado ao *status quo ante*. É de notar que no acórdão relatado pelo Min. Sanseverino, embora seja aplicado o regime contratual, é reconhecido que a indenização deve limitar-se ao interesse negativo, o que pode parecer de certa forma contraditório. Do mesmo

¹⁴⁷ STJ, REsp nº 1.367.955/SP. Terceira Turma Seção. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. em 18.03.2014.

¹⁴⁸ STJ, REsp nº 1.309.972/SP. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. em 27.04.2017.

modo, critica-se a quantificação de danos realizada no acórdão relatado pelo Min. Salomão, por adentrar o interesse contratual positivo. Assim, temos aqui mais um elemento que aponta para a natureza extracontratual da responsabilidade pré-contratual, uma vez que, nesses casos, admite-se tão somente a indenização pelo interesse negativo, nunca o positivo, sendo este o objeto do capítulo seguinte. Vejamos, pois, a questão das consequências da responsabilidade pré-contratual e a extensão do dano indenizável.

III. Quantificação do dano

Aceita a premissa de que àquele que romper de forma ilegítima as negociações, ferindo as expectativas legítimas da outra parte, em clara violação dos deveres de lealdade e probidade emanados da boa-fé objetiva, cabe o dever de indenizar os prejuízos sofridos pela parte lesada, é preciso determinar no que consiste essa indenização. Tratando-se de *culpa in contrahendo*, é majoritariamente aceito pela doutrina e jurisprudência que os danos indenizáveis dizem respeito ao interesse negativo do contraente, em contraposição ao interesse positivo a que teria direito caso o contrato fosse válido ou viesse a ser concluído, muito embora haja aqueles que defendem ser possível uma execução específica da obrigação. Ainda, quanto ao interesse negativo, existem pontos de divergência em relação à sua composição e limites. Assim, vejamos.

A noção de interesse negativo foi primeiro cunhada por Jhering, quando elaborou sua teoria sobre a *culpa in contrahendo*¹⁴⁹. Apesar de estender certos efeitos do contrato nulo à fase pré-contratual, de modo a suprir um vácuo do direito obrigacional em prol de uma justiça material, Jhering entendeu não ser possível indenizar o lesado por aquilo a que teria direito caso o contrato fosse dotado de validade, mas tão somente colocá-lo na posição que estaria caso o contrato nunca tivesse existido, o que corresponderia ao interesse negativo. Explica o autor que “[o] interesse do primeiro tipo tem como fundamento a *validade*, e o do segundo a *invalidade* do contrato. Só na medida em que o contrato é válido pode o comprador exigir a sua execução, ou, o que é o mesmo, o seu interesse no cumprimento”¹⁵⁰. Nesse sentido, Hans Albrecht FISCHER

¹⁴⁹ JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo de Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 12 e ss.

¹⁵⁰ JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo de Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 13.

aponta que admitir a indenização do interesse positivo seria tornar válido o contrato nulo¹⁵¹, do que não diverge Antônio CHAVES, o qual assevera não poderem os direitos às perdas e danos por responsabilidade pré-contratual, “ser reconhecidos de modo a vir a substituir uma vontade contratual que não chegou a concretizar-se”¹⁵², sendo tal distinção essencial “para não se atribuir às negociações o valor de um contrato, incorrendo no absurdo de sujeitar-se uma das partes justamente às consequências de um ajuste que não quis assinar”¹⁵³.

Desse modo, o interesse positivo corresponde aos danos decorrentes do inadimplemento contratual, através do qual pretende-se colocar o lesado na posição que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido, acrescido de perdas e danos. Já o interesse negativo coloca o lesado na posição que estaria caso nunca tivesse confiado na celebração do contrato, o qual não chegou a concluir-se, ou mostrou-se nulo. Em suma, “o ‘interesse’ a que se referem esses qualitativos [interesse contratual positivo e interesse contratual negativo] é a situação hipotética em que estaria o lesado sem o evento lesivo – ‘a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação’, sendo tal evento lesivo o inadimplemento contratual, no caso do interesse contratual positivo, e a confiança gerada em violação aos ditames da boa-fé, no caso do interesse contratual negativo”¹⁵⁴.

É importante noticiar, contudo, que há uma corrente minoritária que entende ser possível a execução específica na responsabilidade pré-contratual. Entre os defensores de tal linha doutrinária está Carlyle POPP, para o qual a negativa tradicional da doutrina se deve a uma mentalidade de outrora, “época em que a vontade tinha ares de absolutismo e a retirada das negociações se constituía em um direito quase sem limites”¹⁵⁵. Assim, sustenta ser possível a tutela específica em casos específicos, “quando a carga de intensidade da confiança for de tal ordem que a efetivação do

¹⁵¹ Nas palavras do autor, “[s]e, para indemnizar o dano causado pela nulidade do negócio jurídico, se quisesse e pudesse instaurar um estado de coisas idêntico ao que se teria produzido no caso hipotético de não ser nulo o contrato [...], isso equivaleria a converter em válido o negócio nulo”. (FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no Direito Civil*. Traduzido por António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia Editores, 1938, p. 105).

¹⁵² CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 212.

¹⁵³ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. – Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 214.

¹⁵⁴ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Dano contratual positivo e negativo*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 866.

¹⁵⁵ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: O rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 286.

contrato já é algo garantido, pelo menos na convicção das partes”¹⁵⁶. O autor fundamenta seu raciocínio afirmando que as várias manifestações de vontade que as partes exercem ao longo das negociações “podem ser integradas entre si, sem necessidade de uma nova manifestação das partes”¹⁵⁷.

Raciocínio semelhante é adotado por Gustavo TEPEDINO, que também sustenta ser possível a execução específica na responsabilidade pré-contratual com base na teoria dos comportamentos socialmente típicos, segundo a qual o comportamento das partes ao longo das negociações geraria contratos relativos às partes já acertadas, de modo que “obrigações unilaterais ou bilaterais podem ser progressivamente assumidas mesmo sem negócio jurídico fundante”¹⁵⁸. Assim, para o autor, a admissão de interesses positivos “pode se revelar plausível desde que se considere, em relação a certas obrigações, o contrato (ou parte autônoma dele) já formado, extrapolando-se, portanto, a fase pré-contratual. Desse modo, admitir-se-ia, nessa hipótese, a indenização pelo interesse positivo, mesmo no caso de ruptura injustificada das negociações”¹⁵⁹.

Contudo, tais argumentos levam sempre em consideração já existir entre as partes um contrato formado, o que entra em confronto com a ideia de responsabilidade pré-contratual, a qual existe exatamente para tutelar as situações em que não há contrato válido¹⁶⁰. No caso dos que seguem a posição exposta por Carlyle Popp, vislumbra-se, em realidade, um verdadeiro dever de contratar, haja vista a fase avançada das negociações. Para MOTA PINTO, para que isso fosse possível seria necessário

¹⁵⁶ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: O rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 286.

¹⁵⁷ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: O rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 288.

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. Formação progressiva dos contratos e responsabilidade pré-contratual: notas para uma sistematização. In.: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Org.). *Direito, Cultura, Método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 599.

¹⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. Formação progressiva dos contratos e responsabilidade pré-contratual: notas para uma sistematização. In.: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Org.). *Direito, Cultura, Método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, pp. 600-601.

¹⁶⁰ Cappelari, igualmente, sustenta ser cabível, eventualmente, a indenização pelo interesse positivo, mas esta conclusão parte de uma certa confusão conceitual entre lucros cessantes ao interesse positivo do contrato, sendo que o interesse negativo, como veremos, engloba tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes, os quais não se confundem com a execução específica do contrato (CAPPELLARI, Récio. *Responsabilidade pré-contratual (aplicabilidade ao Direito brasileiro)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 129-130).

reconhecer o ato ilícito não na violação de deveres de probidade e lealdade na fase pré-contratual, mas sim na própria ruptura das negociações em estágio avançado¹⁶¹. Contudo, assevera não vislumbrar a existência de um dever de contratar, “pois teria como efeito uma restrição da autonomia privada antes ainda da celebração do contrato, levantando, também, o problema da possibilidade da sua execução específica”¹⁶², o que não se admite no caso da ruptura ilegítima das negociações. Do mesmo modo, Renata STEINER pontua que “a imposição do dever de reparar não pode, por via oblíqua, impor ao lesante o cumprimento do contrato não formado, máxime porque ele não estava obrigado à sua conclusão”¹⁶³. Por outro lado, adotar a hipótese de Tepedino seria conferir ao intérprete a árdua tarefa de analisar se o comportamento típico das partes teria ou não criado um vínculo – para além de qualquer análise de existência de oferta ou pré-contrato – para, então, determinar a execução específica na proporção do que teria restado acordado¹⁶⁴. Não nos parece tarefa viável, mas, pelo contrário, eivada de forte insegurança e indeterminação.

Ainda, cabe ressaltar não ser possível a indenização concomitante pelo interesse positivo e negativo. Dito em outras palavras, não pode o lesado pretender, ao mesmo tempo, indenização pelo interesse negativo e pelo interesse positivo. MOTA PINTO demonstra o absurdo de tal hipótese, uma vez que “ninguém pode pretender ser colocado *simultaneamente* na situação em que estaria, se *não tivesse sido concluído* um certo contrato e na situação em que estaria se esse mesmo negócio (fosse eficaz e) tivesse sido *cumprido*”¹⁶⁵. Assim, temos que a indenização pela responsabilidade pré-contratual deve ater-se ao interesse negativo, colocando a parte na situação em que estaria caso nunca tivesse confiado na conclusão do contrato. Nas palavras de ALMEIDA COSTA,

¹⁶¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Dano contratual positivo e negativo*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1343.

¹⁶² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Dano contratual positivo e negativo*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1344.

¹⁶³ STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 292.

¹⁶⁴ Segundo Tepedino, “[o] intérprete há de definir, uma vez efetuada a qualificação da atividade contratual, a causa do contrato traduzida na unidade de efeitos essenciais, identificando, então, a intensidade qualitativa e quantitativa dos deveres assumidos, como forma de estabelecer a execução específica de certas obrigações e o dever de reparar proporcional aos deveres contratuais dotados de eficácia por conta da atividade efetivamente desenvolvida”. (Tepedino, *op. cit.*, p. 601-602).

¹⁶⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Dano contratual positivo e negativo*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1003.

“Quando se atende ao *interesse negativo*, é ressarcível o dano resultante de violação de confiança de uma das partes na probidade e lisura do procedimento da outra por ocasião dos preliminares e da formação do contrato. Quer dizer, encara-se o prejuízo que o lesado evitaria se não houvesse, sem culpa sua, confiado em que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a elas inerentes e derivados do imperativo da boa fé, *maxime* convencendo-se que a manifestação de vontade deste entraria no mundo jurídico tal como esperava, ou que tinha entrado correcta e validamente”¹⁶⁶.

Resta determinar, portanto, o que compõe o interesse negativo, isto é, que danos serão indenizados à parte lesada pela ruptura injustificada das tratativas. A primeira coisa que se pergunta é se a indenização pelo interesse negativo abrange só danos emergentes, ou também lucros cessantes? Ora, se é perdas e danos, não há razão alguma para não abranger os dois elementos. O próprio JHERING já previu a indenização pela perda positiva (danos emergentes), os quais consistiriam nos “custos inúteis que o demandante suportou em consequência da conclusão ou execução do contrato”, como custos com selos, cartório, custos de embalagem, envio, etc., e os lucros cessantes, seja em função do lesado “ter aberto mão de uma outra oportunidade de conclusão do mesmo, seja por ter omitido cuidar oportunamente de uma tal possibilidade”¹⁶⁷. Nesse sentido, é preciso indenizar a parte lesada pelos custos que teve ao longo da fase preparatória (custos com planejamentos financeiros, projetos, reuniões, etc), assim como o que razoavelmente deixou de ganhar (como, por exemplo, se a parte tiver desistido de outro negócio em favor daquele que veio a não se concretizar por comportamento desleal da contraparte). Desse modo, “para retorno ao *status* em que se encontravam as partes antes da ocorrência do evento lesivo, faz-se imperioso o ressarcimento de todos os prejuízos experimentados, tanto os já materialmente ocasionados ao lesado, como os lucros que este pretendia vir a ganhar”¹⁶⁸.

Assim, temos que a indenização pelo interesse negativo vislumbra os gastos com a elaboração do contrato mais as perdas de oportunidade pelo lesado. Quanto a isso, não há, praticamente, divergência na doutrina, sendo amplamente aceito que o interesse

¹⁶⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 74.

¹⁶⁷ JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo de Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 16.

¹⁶⁸ PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 203.

contratual negativo compreende danos emergentes e lucros cessantes.¹⁶⁹ A dificuldade, contudo, se dá no momento de determinar a extensão das parcelas indenizadas. Quanto aos danos emergentes, em geral, não há maiores dificuldade, tratando-se de “despesas necessárias, normais e razoáveis, isto é, adequadamente efectuadas por causa das negociações”¹⁷⁰. Todavia, apenas os gastos realizados com base na confiança devem ser indenizados, e não aqueles que teriam sido feitos de qualquer modo em se tratando de negociações preliminares. Assim, ressalta Renata STEINER que “[a]ntes da criação de expectativas legítimas quanto à realização do negócio – o que depende da análise *in concreto*, não sendo um dado obtido apenas pela análise do transcurso do tempo – eventuais despesas realizadas serão o risco assumido pelo pretense contratante e, ainda que se tornem inúteis com a ruptura, não se mostram indenizáveis”¹⁷¹.

Este entendimento pode ser visto na Apelação nº 9191408-83.2007.8.26.0000¹⁷², do TJSP, envolvendo rompimento de negociações visando a compra e venda de planta industrial para moagem de soja nos Estados Unidos. Pela análise dos fatos o tribunal concluiu que os prejuízos sofridos pela empresa demandante, que, durante as tratativas, desativou a planta industrial e demitiu os funcionários, foram provocados por mera precipitação da autora, tendo a outra parte agido com transparência durante toda a negociação, deixando claro que compra ficaria sujeita à conclusão satisfatória da devida diligência e aprovações regulamentares necessárias. Assim, afastado o ilícito e nexo de causalidade, não há falar em dever de indenizar. Do mesmo modo, a Apelação nº 0063951-27.2007.8.26.0000¹⁷³, na qual concluiu-se que, embora comprovados os gastos e o longo período de negociações, as despesas realizadas pela autora eram relacionadas ao projeto elaborado para apresentar à ré em situação de concorrência com outras

¹⁶⁹ Nas palavras de Almeida Costa, “[a] indenização do interesse negativo, do mesmo modo que a do interesse positivo, abrange o *dano emergente* e o *lucro cessante*. Consequentemente, inclui não só as diminuições de valores existentes suportadas pelo lesado com os preliminares do contrato e sua ruptura, mas também benefícios que deixou de obter (art. 564, nº 1, do Cód. Civil)” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 76-77).

¹⁷⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 80.

¹⁷¹ STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 298.

¹⁷² TJSP, Apelação nº 9191408-83.2007.8.26.0000. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Pedro De Alcântara da Silva Leme Filho. J. em 2.10.2013. Registro: 2013.0000601553.

¹⁷³ TJSP, Apelação nº 0063951-27.2007.8.26.0000. 27ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Hugo Crepaldi. J. em 09.08.2011. Registro: 03661267.

empresas, configurando, pois, “despesa operacional do ramo de atuação da autora – risco inerente à sua atividade – que investiu no projeto visando lograr-se vencedora no certame”. Ademais, ressalta o acórdão o fato de a empresa ré ter expressamente advertido as empresas concorrentes a não realizarem nenhum investimento em seu nome, o que reforça o fato de não terem agido de forma desleal, pois, ao contrário de suscitar a confiança, as certamistas estavam avisadas da precariedade dessa fase pré-contratual.

Quanto aos lucros cessantes, são apontadas maiores dificuldades. Em primeiro lugar, é preciso frisar a importância do ônus probatório, de modo que apenas as oportunidades concretas que foram perdidas em função da confiança suscitada por aquele que gerou o recesso injustificado devem ser indenizadas, “não bastando a alegação de abstratas e genéricas ocasiões perdidas ou danos sofridos puramente conjecturais, sem um mínimo concludente concreto”¹⁷⁴. Meros negócios em potencial, pois, não geram direito a indenização. Outro problema comum que se percebe quando da determinação da indenização por danos negativos é uma confusão entre os lucros cessantes advindos da perda de outras oportunidades negociais e os lucros cessantes decorrentes do não cumprimento do contrato. Há julgados que reconhecem ser devida apenas a indenização pelo interesse negativo, porém, ao quantificar, levam em consideração os lucros que seriam obtidos caso o contrato tivesse sido concluído¹⁷⁵. Uma coisa não se confunde com a outra: não é possível tomar como base para a indenização o lucro relativo ao contrato não concluído, exatamente porque, nesse caso, a indenização se daria pelo interesse positivo, e não pelo negativo. Desse modo, “o que se indeniza são”, tão somente, “vantagens de outras oportunidades perdidas, cuja existência e seriedade devem ser comprovadas pelo lesado como pressupostos para a

¹⁷⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984, p. 80.

¹⁷⁵ Renata Steiner cita como exemplo a Apelação Cível 1003286-38.2014.8.26.0079, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, Apelação nº 1003286-38.2014.8.26.0079. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Francisco Loureiro. J. em 11.03.2015), na qual destaca-se o seguinte trecho: “Vislumbro, como única possibilidade de indenização dos interesses positivos, a situação em que a ruptura injustificada acarretar a perda da possibilidade de a outra parte realizar o mesmo negócio com terceira pessoa. É o que ocorreu no famoso “caso dos tomates”, julgado pelo TJ/RS (Ap. Cível nº 591.028.295). Apenas a oportunidade perdida de contratar com terceiro é que seria indenizável”. Nota-se clara confusão entre indenização por lucros cessantes pelo interesse contratual negativo (oportunidades perdidas) e indenização pelo interesse contratual positivo.

indenização”¹⁷⁶. Cita-se como exemplo caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual o demandante reclamava lucros cessantes relativos aos alugueis que deixou de auferir em função de negociações que vieram a ser rompidas injustificadamente. Mesmo reconhecendo ser caso de ilícito pré-contratual, foi indeferido o pedido relativo aos lucros cessantes, pois segundo o acórdão, não seria possível afirmar, com segurança, que, não fossem as tratativas frustradas, o imóvel teria sido alugado¹⁷⁷. Por esses motivos, embora, em geral, se reconheça o direito à indenização por lucros cessantes como parte do interesse negativo, “a rubrica não é [...] frequentemente indenizada, dada a rigidez de provas necessárias para sua admissão”¹⁷⁸.

Outra questão que se coloca é quanto aos limites do interesse contratual negativo, isto é, se a indenização pelo interesse negativo limitar-se-ia ou não ao interesse contratual positivo. Em outras palavras: poderia o lesado ganhar mais a título de indenização pela ruptura injustificada das tratativas do que viria a ganhar caso o contrato tivesse sido concluído? A questão muitas vezes não é colocada, pois, na prática, via de regra, o dano positivo costuma ser maior que o negativo¹⁷⁹. Contudo, é possível que a indenização pelo interesse negativo supere aquela referente ao interesse positivo nos casos em que houve perda de oportunidade de firmar outros contratos que, no fim, se mostrariam mais lucrativos do que o contrato que se buscava concluir. Há quem defenda não ser possível limitar o dano negativo pelo montante do positivo, em função do princípio da reparação integral do dano, substanciado no art. 944 do nosso Código Civil. Para Renata STEINER, por terem objetivos diferentes, não é possível limitar o interesse negativo ao interesse positivo, haja vista a diversidade de danos e suas causas¹⁸⁰. Da mesma forma, ZANETTI entende não haver limitação para a

¹⁷⁶ STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 300.

¹⁷⁷ TJSP, Apelação nº 994.02.009836-4. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. José Roberto Bedran. J. em 16.11.2010. Registro: 03288433.

¹⁷⁸ STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 304.

¹⁷⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Dano contratual positivo e negativo*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1026.

¹⁸⁰ Aponta a autora que “[a] simples utilização de uma mesma rubrica indenizatória não importa à necessária unidade do conteúdo indenizável: no interesse negativo, o objetivo da indenização é o lucro cessante do contrato alternativo que se deixou de firmar, e não do contrato em cuja formação se confiou. Eventual identidade do *quantum* obtido – pois não se nega que possam ser idênticos, eventualmente – não afasta a diversidade dos danos e suas causas, sendo meramente circunstancial. Essa consideração coloca em evidência a possibilidade de que a indenização pelo interesse negativo seja idêntica ou até mesmo superior à devida pelo interesse positivo. Afinal, se as despesas tornadas inúteis são (em regra) menores do que a vantagem esperada pelo contrato, quando a elas se adere a possibilidade de ressarcimento do

indenização do interesse contratual negativo¹⁸¹, ressaltando, contudo, que não é qualquer oportunidade perdida que deve ser indenizada ao lesado, mas tão só aquela decorrente da confiança suscitada na conclusão do contrato. Se, ao contrário, a perda de oportunidade for “fruto da livre escolha do suposto prejudicado, a indenização não pode ter lugar, na medida em que não decorre da violação da boa-fé objetiva na ruptura das negociações”¹⁸².

De outro lado, contudo, existem aqueles que sustentam ser o dano negativo limitado pelo dano positivo, não aceitando a possibilidade de o lesado pela ruptura injustificada das tratativas ser colocado em uma situação mais favorável do que estaria se o contrato tivesse sido cumprido, o que nos parece mais razoável. PONTES DE MIRANDA, por exemplo, no capítulo que toca a *culpa in contrahendo*, afirma não poder “a indenização ir além do *interesse positivo*, isto é, do interesse do outorgado no inadimplemento do contrato, se tal contrato fosse válido”¹⁸³. JHERING não dá muita luz à questão, pois, em seu livro, o máximo que faz é admitir que o interesse negativo atinja o positivo¹⁸⁴, mas não cogita a hipótese de superá-lo. Tal limitação pode ser encontrada no ordenamento alemão atual, a partir da lógica de que o lesado pela invalidade “não se pode queixar se o negócio é tratado como válido”¹⁸⁵. Isto é, se o contrato fosse válido (no caso de *culpa in contrahendo* por nulidade contratual), ou, se

lucro de um negócio alternativo, o problema passa a assumir outros contornos”. (STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, pp. 254-255).

¹⁸¹ Para o autor, “não se pode descartar a hipótese de o dano decorrente da inobservância da boa-fé no direito de ruptura das negociações ser superior ao lucro que se teria com a celebração do contrato, o que pode ocorrer quando são perdidas outras oportunidades mais rentáveis de negócio em função da confiança suscitada na conclusão do contrato que é objeto dos entendimentos posteriormente cerrados”. (ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 162).

¹⁸² ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 162.

¹⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª ed. 2ª reimpressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 319.

¹⁸⁴ Jhering cita como exemplo “o cocheiro que é erroneamente marcado para o dia diferente do querido, ou o dono do hotel em que, por erro no endereço, são marcados quartos, em vez de num outro hotel”. Em ambos casos, caso comprovado que deixaram de contratar com outras pessoas em função do contrato que se mostrou inválido, os lesados receberiam como indenização “exactamente o mesmo que teriam podido reclamar no caso da execução do contrato, embora, como resulta do que se disse, em resultado de fundamento totalmente diverso”. Esses casos demonstram, portanto, que “o interesse negativo pode, em certas circunstâncias, atingir o montante do positivo”. (JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo de Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 16).

¹⁸⁵ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Dano contratual positivo e negativo*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1035.

as negociações tivessem levado à conclusão do contrato pretendido, a parte auferiria um lucro determinado. Não pode, assim, pretender receber mais do isso, sob pena de locupletar-se indevidamente em função do dano sofrido.

MOTA PINTO afirma que não é possível estabelecer uma regra geral, sendo necessário levar em consideração cada uma das hipóteses de responsabilidade pré-contratual¹⁸⁶. No caso da responsabilidade pré-contratual pela frustração da confiança na conclusão do contrato, aponta ser necessário verificar o *fim de proteção da norma*, entendendo não abarcar prejuízos que já resultariam de ter escolhido contratar com aquela parte, em detrimento de outras alternativas negociais, de modo que “o ressarcimento em medida superior ao interesse negativo alteraria a repartição dos riscos contratuais para termos diversos dos que existiriam se o contrato tivesse sido concluído”¹⁸⁷. O autor destaca que o lesante pode sempre invocar, para limitar a indenização ao montante do interesse positivo, o seu comportamento lícito alternativo. Explica-se: caso o contrato fosse concluído, de igual modo o lesado teria perdido as outras oportunidades mais lucrativas, não podendo, contudo, reclamar tais prejuízos do outro contratante, de modo que o lesante “não pode ser responsável por tal parcela do prejuízo, também no quadro da indemnização pelo interesse contratual negativo”¹⁸⁸.

Ademais, acrescentamos, é de se levar em consideração que, caso o contrato tivesse sido concluído, a vantagem patrimonial seria acompanhada de contraprestação, o que não ocorre no caso da ruptura das negociações. Caso o dano negativo se equipare ao dano positivo (porém não o ultrapasse), já estará o lesado em condição melhor do que estaria caso as negociações não tivessem sido interrompidas, pois, nesse caso, estará recebendo tudo aquilo que esperava ganhar com a conclusão do negócio, porém sem qualquer custo ou contraprestação correspondente à execução do contrato. Na Apelação Cível nº 0166582-35.2010.8.26.0100¹⁸⁹, por exemplo, o tribunal reformou sentença de primeiro grau que, em ação que visava indenização por danos materiais em decorrência de ruptura de negociações para instalação de franquia, condenou a ré ao pagamento dos

¹⁸⁶ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Dano contratual positivo e negativo*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1055.

¹⁸⁷ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Dano contratual positivo e negativo*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1058.

¹⁸⁸ MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Dano contratual positivo e negativo*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1060-1061.

¹⁸⁹ TJSP, Apelação nº 0166582-35.2010.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Francisco Loureiro. J. em 10.10.2013. Registro: 2013.0000621471.

lucros cessantes relativos ao ganho que a autora estimava obter com a conclusão do contrato, embora reduzidos em percentual, por aplicação da teoria da perda de uma chance. O acórdão assevera que a indenização no caso da responsabilidade pré-contratual deve limitar-se ao interesse contratual negativo, ponderando que “eventual indenização pelos danos positivos acabaria por conferir ao autor os mesmos efeitos da celebração do contrato. Significaria colocá-lo numa posição igualmente vantajosa àquela que existiria se o contrato tivesse sido celebrado, além de indenizar os custos com a locação e reforma da loja. Em última análise, estaria até mesmo em posição mais vantajosa do que se o contrato tivesse sido celebrado, pois auferiria os lucros cessantes e teria simultaneamente reembolsados os gastos com a instalação da loja franqueada”.

Logo, temos que os danos indenizáveis no caso de responsabilidade pré-contratual pela ruptura das tratativas consistem tão somente no interesse contratual negativo, haja vista inexistir vínculo contratual entre as partes, sendo que uma indenização pelo interesse contratual positivo só seria possível caso reconhecida a natureza contratual da responsabilidade, o que não se admite. O interesse contratual negativo abrange tanto os danos emergentes quanto lucros cessantes, desde que devidamente comprovados, sendo ressarcíveis apenas os gastos realizados em função da confiança gerada pelo comportamento desleal da contraparte. Ademais, limita-se o dano negativo ao montante do dano positivo, sob pena de colocar o lesado em condição mais vantajosa do que estaria caso as negociações tivessem atingido o fim almejado.

CONCLUSÃO

A *culpa in contrahendo* surgiu na Alemanha, a partir da obra de Jhering, visando a preencher um vácuo existente no direito das obrigações nos casos em que a conclusão de um contrato nulo, por culpa de um dos agentes, gerava danos à contraparte, a qual não estava abarcada nem pela responsabilidade delitual alemã, que prevê hipóteses limitadas de indenização, não considerando o dano patrimonial puro, e tampouco pela responsabilidade contratual, uma vez que, sendo nulo, o contrato não produzia efeitos. Assim, com base nos textos do *Corpus Iuris Civiles* romano, Jhering formulou a teoria da *culpa in contrahendo*, segundo a qual as partes que se aproximam em vias de formar

um contrato já estão vinculadas pelos deveres acessórios da boa-fé objetiva, devendo agir com lealdade e probidade.

A teoria da *culpa in contrahendo* foi desenvolvida sobretudo pela jurisprudência alemã, posteriormente sendo adotada pelos demais ordenamentos jurídicos, consagrada no *Code Civile* francês (art. 1.112), no *Codice Civile* italiano (art. 1.337), no Código Civil grego (art. 197) e no Código Civil português (art. 227), sendo também positivada quando da reforma do BGB, no §241(2) e §311(2). Do mesmo modo, o campo de aplicação da teoria foi ampliado, incluindo as hipóteses de violação de deveres de informação, violação de deveres de proteção e a ruptura injustificada das tratativas. Esta última hipótese é a que detém maior relevância na doutrina e na jurisprudência, talvez por tratar-se da situação concreta que mais se observa no dia a dia negocial, sobretudo quando levado em consideração o tráfego comercial moderno, com contratos cada vez mais complexos, que demandam um *iter negotii* mais prolongado.

Nesse sentido, para melhor entender o funcionamento da responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, é preciso ter em mente a noção de relação obrigacional complexa, isto é, o conceito amplo de obrigação, que veio a substituir a relação clássica de crédito e débito. Em seu conceito amplo, a obrigação engloba uma série de direitos, deveres e posições jurídicas, comportando-se como um verdadeiro processo, de modo a iniciar antes da formação do contrato e seguir após sua conclusão. A relação obrigacional complexa se dá com base no princípio da boa-fé objetiva, o qual impõe às partes deveres de conduta que devem ser seguidos durante todo o processo obrigacional, e que não se confundem com os deveres principais de prestação ou os deveres secundários. São deveres de lealdade, probidade, informação e proteção, revelando o caráter ético-jurídico da boa-fé objetiva, a qual atua com tríplice função: hermenêutica, limitadora e criadora.

Tendo em mente que a boa-fé vincula as partes mesmo antes da formação do contrato, é preciso compreender qual o conteúdo da fase pré-contratual, isto é, quais atos a compõem, e em que momento ocorre o vínculo contratual propriamente dito. Ao se aproximarem com o intuito de formar um contrato, as partes realizam uma série de atos preparatórios, como reuniões, estudos, planejamentos, tudo visando a chegar a um acordo de vontades. Essa parte inicial, dita fase das tratativas, não é, ainda vinculante, de modo que, via de regra, as partes são livres para interrompê-la a qualquer momento. Com o avançar das negociações, é comum que as partes utilizem instrumentos jurídicos

próprios para melhor reger as negociações, como o acordo de confidencialidade, ou, ainda, o contrato preliminar, cujo objeto é justamente a conclusão de um outro contrato, dito definitivo. É importante não confundir a fase das tratativas com esses instrumentos, pois, uma vez que são negócios jurídicos, sua violação corresponde a inadimplemento contratual, enquanto a violação de deveres na fase das tratativas leva à responsabilidade pré-contratual. Do mesmo modo, não se deve confundir o rompimento das tratativas com a retirada da oferta, uma vez que, no ordenamento brasileiro, esta já é vinculante. Assim, é possível delimitar o âmbito da responsabilidade pré-contratual à fase das tratativas, ou negociações preliminares, momento em que ainda não há vínculo contratual formado.

Embora, em regra, as partes sejam livres para interromper as tratativas, como exercício da liberdade negocial, o exercício desse direito pode se dar de forma abusiva, provocando dano injusto passível de indenização. A teoria do abuso de direito tem como premissa que nenhum direito é absoluto, encontrando seu limite quando afeta direitos alheios. No caso da ruptura das tratativas, o abuso caracteriza-se quando há violação à boa-fé objetiva, ou, dito em outras palavras, quando um dos contratantes age de forma desleal, gerando na contraparte expectativas de que o contrato virá a ser concluído e permitindo que faça gastos desnecessários. Os pressupostos específicos para a caracterização do dever de indenizar, assim, são a confiança legítima gerada, a qual deve ser verificada *in concreto*, e o rompimento injustificado ou ilegítimo, sendo este aquele que ocorre em desacordo com o comportamento leal e probado esperado das partes durante as negociações. Nessa análise é especialmente pertinente o instituto do *venire contra factum proprium*, uma das figuras típicas limitadoras de comportamentos da boa-fé objetiva, o qual veda o comportamento contraditório que defraude as expectativas legítimas suscitadas.

Um ponto que gerou muita discussão ao longo dos anos é a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. Inicialmente, foi concebida por Jhering e pela doutrina alemã como pertencente ao regime da responsabilidade contratual, a partir da ideia de que a nulidade do contrato não invalidava todos os seus efeitos, os quais estendiam-se para tutelar os danos gerados quando de sua conclusão. Contudo, critica-se a posição contratualista por criar verdadeira ficção jurídica, criando uma obrigação contratual quando contrato ainda não há e relativizando os efeitos da nulidade, sendo que o nulo nunca pode produzir efeitos. Ademais, está claro que lá se optou por tal solução em

função das limitações da responsabilidade aquiliana alemã, o que não ocorre em países como a França, a Itália e o Brasil, nos quais existe uma cláusula geral de responsabilidade civil. Logo, a doutrina majoritária adotou a natureza extracontratual da responsabilidade pré-contratual. Ainda, a corrente que busca uma terceira via de responsabilidade civil, baseada na confiança, misturando elementos de ambos os regimes, não nos parece viável ou mesmo necessária, porque não só carece de certeza jurídica, dificultando sua aplicação ao caso concreto, como cria um terceiro gênero de responsabilidade civil quando, ao menos no nosso ordenamento, o problema pode perfeitamente ser resolvido nos moldes da responsabilidade extracontratual, com base no abuso de direito.

Definir a natureza jurídica da responsabilidade extracontratual é relevante sobretudo quando nos debruçamos sobre os aspectos práticos atinentes aos elementos acidentais da responsabilidade civil, especialmente quanto à contagem da mora, à configuração da culpa, ao prazo prescricional e à solidariedade passiva. Também é relevante no que toca à extensão do dano. Fosse contratual a natureza da responsabilidade pré-contratual, a consequência poderia tanto ser a execução específica quanto perdas e danos. Já a responsabilidade extracontratual admite apenas a indenização pelo equivalente pecuniário, na forma de perdas e danos. Dito isto, é *communis opinio* que as consequências da responsabilidade pré-contratual se medem pelo interesse contratual negativo.

O interesse contratual negativo busca colocar o lesado na situação em que estaria caso nunca tivesse confiado na conclusão do contrato, diferentemente do interesse contratual positivo, que visa a colocar o lesado na situação em que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido corretamente. Na responsabilidade pré-contratual, só tem lugar a indenização pelo interesse negativo, pois não há ainda um contrato formado entre as partes, de modo que o interesse tutelado deve limitar-se ao período negocial. O interesse contratual negativo é composto por danos emergentes e lucros cessantes. Danos emergentes são os gastos realizados durante as tratativas, como passagens de avião, projetos, estudos, etc. Já os lucros cessantes correspondem às oportunidades perdidas pelo lesado por ter confiado na conclusão do contrato, não se confundindo com os lucros que seriam obtidos com a execução do contrato. Ressaltam a doutrina e a jurisprudência que só os danos derivados da confiança devem ser indenizados, de modo que nem todos os prejuízos da parte lesada serão imputados àquele que rompeu as

tratativas, mas tão só os gastos realizados em função da confiança suscitada. Por fim, a indenização pelo interesse negativo não deve ultrapassar o interesse positivo, sob pena de colocar o lesado em situação melhor do que estaria caso o contrato fosse concluído.

Ainda que seja um instituto já antigo, com vários anos de desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial ao redor do mundo, a responsabilidade pré-contratual segue gerando debates até hoje. O que observamos a partir desta análise é que, embora haja reconhecimento geral do dever de indenizar por ruptura ilegítima das tratativas, ainda há confusão de conceitos e divergência quanto a questões fundamentais, como sua natureza jurídica e a extensão do dano, do que resultam diferenças práticas significativas. Importa concluir, assim, que ainda há espaço para estudo no campo da responsabilidade pré-contratual, o que comprova que não há tema velho no Direito.

REFERÊNCIAS

Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato*. Vol. VI. Tomo II. Coordenação Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. In.: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 78-87.

_____. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In.: *Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, n. 90, 1995, p. 121-132.

_____. Responsabilidade civil – assalto em estacionamento de supermercado – estacionamento gratuito como caso de “relação contratual de fato” – admissão da prova de não-culpa – estupro tentado fora do estacionamento, seguido de morte – falta de relação de causalidade adequada (parecer). In.: *Revista dos Tribunais*. n. 735. São Paulo, 1997, p. 121-128.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

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

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Separata da Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1984.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. vol. I. Coimbra: Almedina, 1984.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*. Cours fait à la Faculté de Droit et Sciences Politiques se St. Maur (Paris XII), 1988.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no Direito Civil*. Traduzido por António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia Editores, 1938.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil?*. Coimbra: Almedina, 1997.

FRITZ, Karina Nunes. O princípio da boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com a doutrina alemã. In: *Revista Forense*. Vol. 395. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GARCIA, Enéas Costa. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A boa-fé nas negociações preliminares. In.: *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*. vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 143-148.

JHERING, Rudolf Von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo de Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

JOSSERAND, Louis. *De l'abus des droits*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence - Arthur Rousseau, éditeur, 1905.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. Vol. 1: da constituição das obrigações. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

MARTINS, António Carvalho. *Responsabilidade Pré-Contratual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In.: *Revista dos Tribunais*, vol. 867, 2008, p. 11-51. Também publicado em *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, vol. 4, 2010, p. 693-746.

MAZEAUD, Henri; MAZEUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*. t. I. 4^{ème} ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. In.: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, p. 9, Abr/2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1982.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Dano contratual positivo e negativo*. vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Teoria Geral de Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, LTDA, 1976.

_____. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Supl. 14, 1966, p. 143-252.

MOURA VICENTE, Dário. *Direito Comparado*. Vol. 2: Obrigações. Coimbra: Almedina, 2017.

_____. *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002. In: *Revista trimestral de Direito Civil*. Vol. 18. Rio de Janeiro: Padma, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. III: fonte das obrigações. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*. São Paulo: Almedina, 2017.

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

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

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

PRATA, Ana. *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STEINER, Renata C. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. Formação progressiva dos contratos e responsabilidade pré-contratual: notas para uma sistematização. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Org.). *Direito, Cultura, Método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

TUHR, A. Von. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1934.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

Julgados

ALEMANHA, RG, 7-Dez.-1911.

ALEMANHA, BGH, 26-Set.-1961.

ALEMANHA, BAG, 7-Fev.-1964.

ALEMANHA, BGH, 6-Fev.-1969.

BRASIL, TJRS, Apelação Cível nº 591.028.295. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. J. em 06 de junho de 1991.

BRASIL, STF, RE 88.716-4/RJ. Segunda Turma. Rel. Min. Moreira Alves. J. em 11.09.1979.

BRASIL, STJ, EREsp 1.280.825/SP. Segunda Seção. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. em 27.06.2018.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.051.065/AM. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. J. em 21.02.2013.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.367.955/SP. Terceira Turma Seção. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. J. em 18.03.2014.

BRASIL, STJ, REsp nº 1.309.972/SP. Quarta Turma. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. J. em 27.04.2017.

BRASIL, TJSP, Apelação nº 9191408-83.2007.8.26.0000. 8ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Pedro De Alcântara da Silva Leme Filho. J. em 2.10.2013. Registro: 2013.0000601553.

BRASIL, TJSP, Apelação nº 0063951-27.2007.8.26.0000. 27ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Hugo Crepaldi. J. em 09.08.2011. Registro: 03661267.

BRASIL, TJSP, Apelação nº 1003286-38.2014.8.26.0079. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Francisco Loureiro. J. em 11.03.2015.

BRASIL, TJSP, Apelação nº 994.02.009836-4. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. José Roberto Bedran. J. em 16.11.2010. Registro: 03288433.

BRASIL, TJSP, Apelação nº 0166582-35.2010.8.26.0100. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Rel. Des. Francisco Loureiro. J. em 10.10.2013. Registro: 2013.0000621471.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº. 86.020, Acórdão de 24 de outubro de 1995.

PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça, Processo nº 01A615, Acórdão de 27 de março de 2001.