

Apontamentos sobre a responsabilidade civil nas negociações preliminares (*culpa in contrahendo*)

Notes on civil responsibility in preliminary negotiations (guilt in contrahendo)

Felice Gaio Filardi¹

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda²

Marcos Fonseca da Rocha³

Resumo

O presente trabalho tem por finalidade analisar a possibilidade de se responsabilizar alguém pela quebra das negociações preliminares, pretendendo responder às seguintes indagações: existe no ordenamento jurídico brasileiro algum fundamento normativo-principlológico que confira possibilidade de se estabelecer obrigações de reparar danos decorrentes da interrupção de negociações preliminares? Se existe, quais as situações e limites em que ele deve ser aplicado? Qual a adequada natureza jurídica desta obrigação de reparar danos decorrentes da ruptura abrupta das negociações preliminares? Para tanto, parte-se de uma análise preliminar dos institutos fundamentais da responsabilidade civil, para a seguir traçar-se um panorama da boa-fé objetiva e seu tríplice papel exercido na estrutura do ordenamento brasileiro, culminando com uma análise das considerações da doutrina civilista acerca da responsabilidade civil pré-contratual.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; negociações preliminares; boa-fé objetiva; culpa.

Abstract:

This study aims to analyze the possibility to blame someone accountable for breaking the preliminary negotiations, intending to answer the following questions: does it exist in the Brazilian legal system some normative-principle foundation that confers possibility to establish obligations to repair damage resulted from the interruption of preliminary negotiations? If so, what situations and limits within which it should be applied? What is the appropriate legal nature of the obligation to repair damage related to the sudden rupture of preliminary negotiations? For this it starts from a preliminary analysis of the fundamental institutions of civil liability, to then draw up a panorama of objective good faith and its triple role played in the structure of Brazilian legal system, culminating with an analysis of the considerations of the civil doctrine on the pre-contractual liability.

Keywords: civil liability; preliminary negotiations; objective good faith; fault.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL: SÍNTESE CONCEITUAL, FUNÇÕES, PRINCÍPIOS NORTEADORES E CLASSIFICAÇÕES

¹ Advogado e Doutor em Direito (UGF)

² Advogado e Especialista e mestrando em Direito na UCP

³ Advogado e Doutor em Políticas Públicas e Formação Humana (UERJ)

Para se traçar o conceito de responsabilidade civil pode-se começar pela leitura no artigo 927 do CC:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Partindo daí, muitos autores conceituam a responsabilidade civil como sendo a obrigação de indenizar, que nasce da prática de um ato ilícito. Esse conceito inicial, bastante sintético, serve de ponto de partida para o necessário detalhamento da responsabilidade civil. Esse detalhamento passa, naturalmente, pelo artigo 186 do CC, como o próprio artigo 927 supra aponta:

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

Explicitando o conceito, temos que existe, na sociedade, um dever genérico, imposto a todos, de não causar danos: *neminem laedere*. Esse dever não tem previsão expressa; no máximo, se depreende da leitura do artigo 186, supra, que comina com a pecha da ilicitude a causação de dano – mas não há previsão normativa expressa impondo a não causação de dano.

Na vida em sociedade, ninguém pode causar prejuízo a outrem. Esse dever genérico (porque de todos) é chamado dever originário, ou primário. O descumprimento desse dever originário é o que faz nascer outro dever, esse sim escrito na lei: o dever secundário, derivado, ou sucessivo, de reparar o dano. Esse dever secundário é a responsabilidade civil, o dever de reparar o prejuízo causado, aquilo que o CC chama de obrigação de indenizar. Esse dever sucessivo surge, portanto, quando se viola o dever originário, de não causar dano: é o descumprimento do dever primário que, ato ilícito, gera o dever secundário de indenizar. A doutrina traz outras nomenclaturas do direito comparado para os deveres primário e secundário: respectivamente, chama-os de *debitum e obligatio*, do latim, ou *shuld e haftung*, do alemão.

A doutrina civilista pátria define tradicionalmente a Responsabilidade Civil como o dever (obrigação) de ressarcir um dano injusto. Sobreleva nesta definição a

ideia de reparação (ressarcimento), justificada por um dano que não deve ser tolerado pela vítima. Desta feita, traduz-se uma ideia de sanção (na responsabilidade civil subjetiva, cujo alicerce é o ato ilícito), ou de realocação de riscos, proporcionando uma redistribuição do dano, que se desloca do patrimônio da vítima para o do ofensor (situação verificada nas hipóteses de responsabilidade objetiva, alicerçada na teoria do risco). Neste sentido, as já clássicas palavras de FILHO:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, ela foi engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário⁴.

A ideia de “dever jurídico sucessivo” traduz uma noção de reparação, nem sempre realizável diante do caso concreto. Ademais, parte da premissa que o dano será reparado pela realização da prestação *in natura* (e.g., com o cumprimento da obrigação de fazer pelo devedor, ou por terceiros; com a entrega de bem similar ao danificado) ou, subsidiariamente, pela prestação do equivalente pecuniário do bem lesado. Tal raciocínio, muito embora tenha sido considerado satisfatório dentro de uma visão liberal que inspirou os direitos Civil e Processual Civil pátrios no século passado, peca por não responder de forma suficiente a problemática dos danos causados a bens de valor afetivo, insuscetíveis de apreciação pecuniária.

Neste sentido, a doutrina contemporânea tende a conferir à responsabilidade civil, ao lado de sua tradicional função ressarcitória, um caráter preventivo, conforme se depreende das palavras de FARIAS:

Concluindo, deslocando-se o objeto da responsabilidade para o cuidado com outrem, vulnerável e frágil, será possível responsabilizar alguém como sujeito capaz de se designar por seus próprios atos – portanto agente moral apto a aceitar regras -, como substituir a ideia de reparação pela de *precaução*, na qual o sujeito será responsabilizado pelo apelo à virtude da *prudência*. Ao invés da culpa e da coerção, a responsabilidade encontra novo fundamento moral na *circumspeção* – e por que não, no *cuidado* -, reformulando, portanto, a sua velha acepção, levando-a para longe do singelo conceito inicial de obrigação de reparar ou de sofrer a pena. A responsabilidade mantém a sua vocação retrospectiva –em razão da qual somos responsáveis pelo que fizemos -,

⁴ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ªed. São Paulo: ATLAS, 2012, p. 02.

acrescida de uma orientação prospectiva, imputando-nos a escolha moral pela virtude, sob pena de nos responsabilizarmos para o futuro⁵.

As reflexões do respeitado civilista baiano permitem conferir à Responsabilidade Civil um olhar mais abrangente, que melhor preencha os anseios sociais de nosso tempo, aliando aos mecanismos corretores do dano realizado (visão “retrospectiva” - nas palavras do autor-, inerente a este ramo do Direito), mecanismos que visem – preferencialmente-, evitar a própria consumação do dano (numa visão “prospectiva”, muito mais salutar).

Concordando com o entendimento esposado pelo aclamado professor, podemos conceituar a Responsabilidade Civil como o “ramo do Direito Civil que estuda o dever, inspirado por perspectivas constitucionais solidaristas, de adotar condutas comissivas ou omissivas num sentido de evitar ou minimizar a proliferação de riscos e a consumação de danos injustos, reparando-os quando os mesmos advenham de uma conduta reprovável de seu causador (responsabilidade civil subjetiva), ou de um risco decorrente de uma atividade habitualmente praticada (responsabilidade civil objetiva)”.

Superada a premissa conceitual, surge como consequência definir as funções atribuídas à Responsabilidade Civil.

A primeira e mais tradicional função é a reparatória, ligada à ideia de recondução do equilíbrio das tensões socioeconômicas, pela restituição das partes ao *status quo ante*, ou ao menos pela minimização do dano causado. No dizer de FARIAS:

O ressarcimento se converte na consequência negativa (sanção) do accertamento da responsabilidade. A ideia de lesão está no centro da responsabilidade civil e a sua função, conseqüentemente, é o restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico desfeito por ocasião do fato danoso. Volta-se para o passado, o fato já ocorrido, seja pela forma da reparação pecuniária ou pela reintegração em forma específica, ou seja, pela repriminção da situação existente(...)⁶.

Contudo, se é verdade que a função reparatória é inegavelmente relevante, nela não se pode esgotar o papel jurídico da responsabilidade civil, conforme nos adverte VINEY:

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil**, v.3, Responsabilidade Civil, Salvador: JusPODIUM, 2014, p. 45.

⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit., p.72-73.

Sabe-se que, tradicionalmente, a responsabilidade civil tem por função principal, senão única, assegurar a reparação de danos. Todavia, a preponderância desta função indenitária tem sido objeto, nos últimos anos, de críticas violentas provenientes de uma corrente doutrinária que a censura por fazer da responsabilidade uma instituição unicamente ‘voltada para o passado’ e que propõe lhe atribuir outras funções, mais orientadas para o futuro.⁷

A doutrina igualmente atribui à responsabilidade civil uma função punitiva, visando estabelecer uma consequência negativa à conduta danosa, bem como desestimular futuras condutas similares. Confirma-se, neste sentido, GAGLIANO:

Como uma função secundária em relação à reposição das coisas ao estado em que se encontravam, mas igualmente relevante, está a ideia de punição do ofensor. Embora esta não seja a finalidade básica (admitindo-se, inclusive, a sua não-incidência quando possível a restituição integral à situação jurídica anterior), a prestação imposta ao ofensor também gera um efeito punitivo pela ausência de cautela na prática de seus atos, persuadindo-o a não mais lesionar⁸.

Por fim, fala-se ainda numa função precaucional, cuja finalidade é evitar a consumação de danos futuros, ainda para situações nas quais as probabilidades de ocorrência não sejam de todo conhecidas. Muito embora possam causar alguma dificuldade semântica inicial, *precaução* e *prevenção* são conceitos díspares, conforme nos leciona FARIAS:

Em verdade, prevenção e precaução se apartam na distinção entre risco e incerteza. Se não sabemos ao certo o que acontecerá, mas conhecemos as probabilidades, isso é “risco”; mas se não conhecemos ao menos as possibilidades, estamos diante de uma incerteza⁹.

Do mesmo modo, encontramos em SCHREIBER:

Por prevenção entende a doutrina toda e qualquer medida destinada a evitar ou reduzir os prejuízos causados por uma atividade conhecidamente perigosa, produtora de risco *atual*, enquanto o conceito de precaução estaria ligado à incerteza sobre a periculosidade mesma da coisa ou atividade, ou seja, ao evitar ou controlar um risco meramente potencial¹⁰.

⁷ VINEY, Geneviève. As tendências atuais do direito da responsabilidade civil. *Apud* TEPEDINO, Gustavo. **Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional**. São Paulo: ATLAS, 2008, p. 54.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**, v. III – Responsabilidade Civil, 7ªed. Rio de Janeiro: SARAIVA, 2009, p. 21.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Op. cit.*, p. 81.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil - Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 4ª Ed. São Paulo: ATLAS, 2012, p. 226.

Esboçado um conceito e apresentadas as funções relacionadas à Responsabilidade Civil, cumpre realizar breve menção a seus principais princípios inspiradores.

A importância dos princípios para a estrutura dos ordenamentos contemporâneos encontra em DWORKIN um de seus principais expoentes. O saudoso jurista de Harvard atribuiu-lhes centralidade normativa, libertando-os de uma posição acessória e meramente programática que lhes era relegada pelo positivismo jurídico. Desta forma, o estudo dos princípios sobressai em importância, dado que passam a ser considerados enquanto normas jurídicas, hábeis a balizar comportamentos exigíveis.¹¹

A civilística pátria atribui quatro princípios como alicerces da responsabilidade civil, em sua visão atual, a saber: a dignidade humana, a solidariedade, a prevenção e a reparação integral.

A dignidade humana é um macroprincípio, galgado à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. Sua ideia está centrada na visão de KANT do ser humano como um fim em si mesmo, dotado de uma qualidade acima de qualquer precificação: a sua dignidade inerente. Neste sentido:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço e, por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade¹².

Em sede de doutrina civilista pátria, MORAES buscou estabelecer contornos à concepção kantiana de dignidade, desdobrando seu conteúdo em quatro postulados, a saber:

O substrato material da dignidade deste modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.¹³

¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.71.

¹² KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p 65.

¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2010, p. 85.

O princípio da solidariedade, igualmente de matiz constitucional, tem forte influência sobre a Responsabilidade Civil. Despidendo-se de sua insuficiente concepção original no movimento revolucionário francês (ligado à uma visão individual caritativa, carecedora de mecanismos práticos e eficientes de concretização), passa a ser considerado como um necessário contraponto à liberdade individual egoística, traduzindo-se num dever do indivíduo para com o *alter*; com a ruptura do *homo clausus* e a necessária análise contextual do exercício de seus direitos.¹⁴ Neste sentido, MORAES:

O princípio da solidariedade, ao contrário, é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a Lei Maior determina –ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos nós e a cada um de nós.¹⁵

E segue a festejada autora, linhas adiante:

De todos os campos do direito civil contudo, aquele em que mais claramente se percebe o notável incremento das exigências da solidariedade é o da responsabilidade civil. A propagação da responsabilidade objetiva no século XX, através da adoção da teoria do risco, comprova a decadência das concepções do individualismo jurídico, para regular os problemas sociais.¹⁶

O princípio da prevenção decorre da necessidade de compatibilizar a responsabilidade civil com as necessidades dos novos tempos, em que os danos, muitas vezes irreversíveis, podem acarretar repercussões inclusive sobre as gerações futuras (considera-se aqui como exemplo luminar a problemática dos danos ambientais). Doutrinadores como FARIAS atribuem-lhe papel central na responsabilidade civil contemporânea, *verbis*:

As decisões individuais tomadas hoje não mais se encontram no estágio Caio x Tício, no qual a intersubjetividade se localiza no tempo e no espaço. Na hipermodernidade, as atividades potencialmente lesivas afetam milhares de pessoas, em dimensão global, podendo mesmo os efeitos danosos alcançarem as gerações futuras. Neste contexto somente uma concepção de justiça voltada à indução da virtude –leia-se aqui, prevenção –, será capaz de convidar os atores sociais à adoção de uma justificativa moral para que todos tenham uma ‘vida boa’.¹⁷

¹⁴ Idem. Ibidem, p. 249.

¹⁵ Idem. Ibidem, p. 250-251.

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 253.

¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit., p. 62.

Por fim, o princípio da reparação integral ter por finalidade uma recomposição do *status* da vítima à sua composição anterior ao *eventum damni*. Este fato se dá pela “assumindo a árdua tarefa de transferir ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo, de forma a conceder à vítima uma situação semelhante àquela que detinha”.¹⁸ Neste sentido, de clareza meridiana o art. 944 do Código Civil, quando, em sua redação determina que o parâmetro para a apuração da indenização será a extensão do dano, e não uma eventual gradação da gravidade da conduta causadora¹⁹. Confirmando este entendimento, FILHO assim se posiciona:

Percebe-se, assim, não haver mais dúvida: no sistema atual, a responsabilidade civil passou a ter *dúplice fundamento*: ora a culpa, ora o risco – sempre com o intuito de garantir a reparação integral do dano.²⁰

No que se refere às espécies de Responsabilidade Civil, duas são as principais classificações doutrinárias, relevantes para a proposta deste trabalho:

No que se refere a seu fato gerador (parte da doutrina prefere a denominação “qualidade da violação”²¹, “natureza da norma jurídica violada”²², ou simplesmente alude a uma divisão entre “responsabilidade civil *stricto sensu* e responsabilidade negocial”²³, havendo mesmo quem conteste a utilidade de tal dicotomia²⁴), a responsabilidade civil divide-se em extracontratual (ou *aquiliana*²⁵) e contratual (negocial).

¹⁸ Idem. *Ibidem*, p. 62.

¹⁹ Art. 944, CC/02: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. De notar que o parágrafo único do referido dispositivo, ao permitir a redução da indenização por equidade em casos de evidente desproporção entre a culpa e o dano termina por mitigar a incidência do princípio. Para uma leitura mais aprofundada acerca do tema, recomenda-se FILHO, Carlos Édison do Rêgo Monteiro (n.r. *infra*).

²⁰ FILHO, Carlos Édison do Rêgo Monteiro. Art. 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral, *Apud* TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. **O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas**, Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008, p. 762.

²¹ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. cit.*, p. 16.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. *Op. cit.*, p. 16.

²³ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Op. cit.*, p. 93.

²⁴ Neste sentido, GONÇALVES: “De fato, basicamente as soluções são idênticas para os dois aspectos. Tanto em um como em outro caso, o que se requer, em essência, para a configuração da responsabilidade são estas três condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade, isto é, o nexo de causa e efeito entre os primeiros elementos”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 4 – Responsabilidade Civil, 8ª Ed. Rio de Janeiro: SARAIVA, 2013, p. 45. De salientar que o autor reconhece- muito embora critique- o acolhimento da tese dualista pela legislação brasileira. Em sentido aproximado, confira-se FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. cit.*, p. 17.

²⁵ Para uma compreensão do significado do termo “aquiliana”, confira-se NADER: “A denominação aquiliana provém do fato de a responsabilidade haver sido regulamentada, em primeiro lugar, pela Lex Aquilia, a qual remonta ao período republicano de Roma, provavelmente ao séc. III (a.C.)”. NADER,

A responsabilidade civil extracontratual tem por fundamento a violação de um dever genérico de conduta, com fundamento em ditame estatal. Neste sentido, confira-se FARIAS:

Já a responsabilidade civil em sentido restrito e técnico –extranegocial ou extraobrigacional- , requer o descumprimento de um dever genérico e universal de não causar danos. Não há agora a intervenção direta em uma ordem de condutas pré-estabelecidas pela autonomia privada, mas tão somente a presença de um dever de indenizar, pelo qual se atribui a alguém a obrigação de suportar um dano sofrido por outrem.²⁶

Se a responsabilidade extracontratual tem por fundamento um dever genérico fundamentado em uma norma estatal, a responsabilidade contratual (negocial) por sua vez, reside no reconhecimento da autonomia privada enquanto fonte produtora de obrigações válidas as quais, uma vez descumpridas, resultam num dever de reparação. Por todos, leia-se FILHO:

Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento, ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade).²⁷

A segunda classificação de relevo divide a responsabilidade civil em subjetiva e objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva está estruturalmente ligada ao conceito de ato ilícito. Este tem seus contornos descritos no art. 186 do Código Civil²⁸, naquilo que se convencionou designar de “cláusula geral da responsabilidade subjetiva”²⁹. A ideia de uma conduta reprovável, sancionada com a alocação das consequências do dano está ligada a um juízo moral retributivo. Na culpa (em seu sentido *lato* abrangente das ideias de dolo e de culpa *stricto sensu* – imprudência, imperícia e negligência) e na sua

Paulo. **Curso de Direito Civil**, v. 7 – Responsabilidade Civil, 4ª Ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2013. p. 21, n.r. 53.

²⁶FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit., p. 94.

²⁷FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit., p. 17.

²⁸ Art. 186, CC/02: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**, v. I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011, p. 337.

desvalia reside assim o fundamento do dever de reparar o dano (muito embora, frise-se, a quantificação do valor reparatório seja apreciada com base na extensão do dano). Neste sentido, GONÇALVES:

Diz-se, pois, ser ‘subjéitiva’ a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nesta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.³⁰

Confirma este raciocínio SCHREIBER:

A própria fórmula tríplice da *negligência, imprudência e imperícia*, incorporada a tantas codificações e apresentada frequentemente como substitutivo à definição de culpa, revela, claramente, o caráter moral e psicológico de que se costuma revestir o conceito. Não falta mesmo quem veja na culpa uma noção exclusivamente moral, de aferição nada científica.³¹

Ao lado da responsabilidade civil subjéitiva, encontramos a modalidade objetiva, alicerçada não mais no grau de reprobabilidade da conduta, mas nos riscos socioeconômicos por ela representados. Assim, GAGLIANO:

Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.³²

Alguma controvérsia grassa acerca do sistema dominante no ordenamento pátrio vigente. Vozes defendem a primazia da responsabilidade civil subjéitiva como regra geral ainda vigente³³, ao passo que outros entendem que o Código Civil teria instituído a responsabilidade objetiva como regra geral³⁴, parecendo-nos assistir maior razão àqueles que consideram vigorar em nosso ordenamento atualmente um regime híbrido³⁵.

³⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 48.

³¹ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 14.

³² GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 14-15.

³³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 2 – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, 8ª Ed. São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 464-465. “Como primeiro argumento para a conclusão de que a regra é a responsabilidade subjéitiva, veja-se a própria organização do Código Civil, uma vez que a Parte Geral traz como regra, em seu art. 186, a responsabilização somente nos casos em que a culpa, em sentido amplo, estiver presente”.

³⁴ ³⁴ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p.23. “De fato, com a cláusula geral da responsabilidade objetiva por atividades de risco contida no parágrafo único do art. 927, o legislador de 2002 espancou definitivamente a ideia da prevalência da culpa no sistema brasileiro”.

³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 15-16. “Assim, a nova concepção que deve reger a matéria no Brasil é de que vige uma regra geral dual de responsabilidade civil, em que

2. A CLÁUSULA GERAL DA BOA FÉ OBJETIVA COMO PRINCÍPIO ÉTICO-NORMATIVO NORTEADOR DAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

O Código Civil Brasileiro possui como um de seus pilares estruturais a ideia de *eticidade*. Manifesta o *Codex* uma forte preocupação ética com as relações privadas, numa total ruptura valorativa com seu antecessor, eticamente neutro (reflexo de todo coerente –ainda que de questionável justiça- com o ideário liberal por ele refletido). Neste sentido, escreve NADER:

O princípio da eticidade levou a Comissão a rejeitar o excessivo formalismo do Código de 1916, que disciplinava as matérias apenas com regras expressas, não recorrendo senão eventualmente aos princípios da *boa-fé*, *equidade*, *justa causa*. Com a nova ordem, a pretensão é de conferir maior poder ao juiz para fundar a sua decisão em valores éticos.³⁶

Reforçando este entendimento, MARQUES nos esclarece:

O Novo Código Civil teria como objetivo superar o forte caráter individualista do Código Civil de 1916, assim como evoluir com normas feitas para um país industrializado e emergente, como uma sociedade de consumo consolidada, e não mais normas para um país ‘ eminentemente agrícola.’³⁷

Um dos símbolos mais emblemáticos desta sólida preocupação ética é o princípio da boa-fé objetiva, louvado em doutrina como “(...)uma mudança de valores éticos, uma nova dimensionalidade éticos, uma nova dimensionalidade ética que perpassa e adorna com novas cores as relações interprivadas”.³⁸

De fato, a objetivização da boa-fé vem atender às demandas de um mundo volátil, de contratos caracterizados pela massificação, hipervulnerabilidade de uma das partes, estabelecimento de *standards* de conduta, pactuações celebradas à distância (aonde a ausência de proximidade física tornam ainda mais relevante a confiança depositada entre as partes), para os quais se mostra insuficiente sua conotação subjetiva

temos a responsabilidade subjetiva, regra geral inquestionável do sistema anterior, coexistindo com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco(...)”

³⁶ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. v. 1, Parte Geral, 9ª Ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2013, p. 41.

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato**. São Paulo: RT, 2007, p. 77.

³⁸ MELLO, Cleyson de Moraes. **Código Civil Comentado e Interpretado**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2010, p. 172.

(estruturada em torno da ideia de ignorância acerca do mal causado a outrem). Sobre esta última, recorde-se FARIAS:

Há de se salientar que existem duas acepções de boa-fé: uma subjetiva e outra objetiva. A boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estudo psicológico em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência. O indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio.³⁹

Se é bem verdade que a introdução do princípio da boa-fé objetiva como direito positivo se deu com o revolucionário Código de Defesa do Consumidor, sua incorporação ao texto do Novo Código Civil veio em boa hora trazer um novo olhar sobre as relações negociais. Contudo, diversamente da legislação consumeirista (caracterizada pelo seu inerente intuito reequilibrador dos polos envolvidos na relação de consumo), a lei civil, voltada às relações paritárias, impõe um maior rigorismo científico em sua conceituação e limites, conforme nos advertem TEPEDINO e SCHREIBER:

Mais: aquela invocação indiscriminada da boa-fé objetiva como referência ética genérica, se era inofensiva nas relações de consumo, onde um sem-número de outros mecanismos a ela se somavam na indicação de uma solução favorável ao consumidor, torna-se altamente perigosa nas relações paritárias. Isto porque, não havendo nestas relações uma definição apriorística de que parte se deve proteger, torna-se necessário, para se chegar à solução adequada, preencher o conteúdo da boa-fé objetiva, não bastando mais a sua simples invocação vazia de qualquer consideração concreta. Ao contrário do que acontece nas relações de consumo, nas relações paritárias a insistência nesta concepção excessivamente vaga e puramente moral da boa-fé objetiva traz o risco de sua absoluta falta de efetividade na solução dos conflitos de interesses.

Daí a importância de se buscar, com o advento do novo Código Civil, definir com maior precisão os contornos dogmáticos da boa-fé objetiva, em especial as suas funções e os seus limites.⁴⁰

Conceitualmente, pode-se definir a boa-fé objetiva como o conjunto de postulados éticos que devem nortear as relações negociais, em todas as etapas da vida negocial, exercendo um tríplice papel de norte interpretativo, limitador do exercício de

³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, v. 4: Contratos – Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 4ª Ed. Salvador: JusPODIUM, 2012, p. 164.

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo, SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil, In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005, p. 34-35.

direitos subjetivos e fonte geradora de deveres anexos de cooperação, informação e cuidado.

Decompondo o conceito *supra*, a boa-fé objetiva tem uma conotação ética. No dizer de FARIAS:

Trata-se da “confiança adjetivada”, uma crença efetiva no comportamento alheio. O princípio compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro *standard* jurídico, ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.⁴¹

No tocante ao papel desempenhado pela boa-fé objetiva (suas funções), a doutrina é unânime em afirmar a existência de três aspectos a considerar:

A primeira função da boa-fé objetiva é servir de norte (parâmetro) interpretativo para os negócios jurídicos. Conforme GAGLIANO:

O aplicador do direito tem, na boa-fé objetiva, um referencial hermenêutico dos mais seguros, para que possa extrair da norma, objeto de sua investigação, o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil.⁴²

Esta função, denominada de colmatação, permite ao intérprete amoldar o conteúdo pactuado, extraindo do instrumento negocial um significado coerente e harmônico com os valores solidaristas do ordenamento, com eles compatibilizando o fim colimado pelas partes. Encontra previsão expressa no art. 113 do *Codex*.⁴³

O papel de agente limitador do exercício de direitos subjetivos é uma decorrência lógica do que se acaba de explicar. Tem por fito evitar o arbítrio, a conduta abusiva de uma ou todas as partes envolvidas no negócio. Neste sentido, TEPEDINO:

No que concerne à segunda função, a boa-fé vem servir de limite para o exercício dos próprios direitos no âmbito da relação contratual. Afigura-se assim como critério para diferenciação entre o exercício irregular ou abusivo de direitos frente ao outro contratante.⁴⁴

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 164.

⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v.4, tomo I, 10ª Ed. Rio de Janeiro: SARAIVA, 2013, p. 105.

⁴³ CC/02, art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁴⁴ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. v. I, 2ª Ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011, p. 231.

A teoria do abuso de direito consiste igualmente em cláusula geral, prevista pelo Código Civil no art. 187⁴⁵. Consiste num desvio comportamental no exercício de um direito juridicamente garantido aprioristicamente, que vem a convertê-lo em ilícito reprovável. Justifica-se na tutela da boa-fé objetiva, conforme demonstra CARNACCHIONI:

Com o novo Código Civil, o abuso de direito não só passa a ser regulado de forma expressa, como é um dos paradigmas do sistema jurídico civil, impondo aos sujeitos limites éticos no exercício de direitos subjetivos. A teoria do abuso de direito é uma cláusula geral inserida no direito civil, cujo fundamento é o princípio da boa-fé objetiva.

Entre as funções do princípio da boa-fé objetiva, uma delas é justamente a limitação ao exercício de direitos subjetivos. Assim, o sujeito, investido na titularidade de um direito subjetivo, ao exercer esse direito, não poderá extrapolar, abusar ou agir com excesso, pois em tais situações, seu comportamento não será considerado adequado e ético, violando o princípio da boa-fé objetiva, norteador das relações privadas.

Portanto, o fundamento e a base da sustentação da teoria do abuso de direito é o princípio da boa-fé objetiva. Este imporá o padrão ético de conduta aos sujeitos investidos na titularidade de direitos subjetivos, no momento de exercê-los.⁴⁶

A terceira função conferida à boa-fé objetiva é a de servir como fonte geradora de deveres anexos à prestação principal nos negócios jurídicos. A melhor doutrina a denomina função positiva, em contraponto à função limitadora supramencionada (função negativa)⁴⁷. Com muita propriedade, FARIAS identifica:

O ponto de partida para a compreensão dos deveres de conduta é a constatação da relação jurídica como totalidade, na qual o credor e devedor compartilharão de lealdade e confiança para, recusando a posição clássica de ‘antagonistas’, assumirem uma postura colaboracionista rumo ao adimplemento e ao bem comum, como finalidade que polariza todo o ‘processo’ da obrigação⁴⁸.

O prestigiado civilista complementa seu raciocínio linhas adiante:

⁴⁵ CC/02, art. 187: “ Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁴⁶ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil – Parte Geral, Institutos Fundamentais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 713.

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 231.

⁴⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 171.

Todavia, outros deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Há uma intervenção heterônoma que deflui de diretrizes éticas do sistema jurídico, culminando por alargar o conteúdo contratual. Trata-se dos deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela⁴⁹.

De fato, tais deveres se prestam a um papel mais amplo que o mero interesse egoístico das partes, tutelando um interesse público em uma sociedade solidária e (empregando as palavras do autor *supra*) colaboracionista. Justamente por tal razão, assumem caráter publicístico, *supra partes*, estando enraizados ao negócio jurídico independente de previsão específica, ou ainda que disposição haja no instrumento negocial que os dispense. São condutas que ilustram os perfis de comportamento genericamente esperado pelo ordenamento de todos que venham a entabular negociações com vistas a produzir um negócio jurídico, daí a “intervenção heterônoma”, externa, do ordenamento que, intervindo no conteúdo negocial exige, para além das prestações reflexivas dos interesses particulares objetivados pelos contratantes, prestações reflexivas dos comportamentos exigidos pelo Estado. Assim, as prestações inerentes ao próprio conteúdo nuclear do processo obrigacional extraem sua obrigatoriedade da manifestação volitiva, livre e autônoma, emanada das próprias partes. Os deveres anexos, por outra via, retiram sua juridicidade e obrigatoriedade do interesse público, especialmente do princípio constitucional da solidariedade.

Muito embora a doutrina seja unânime em afirmar o papel da boa-fé objetiva em estabelecer deveres às partes negociantes, inexistente efetivo consenso sobre quais deveres seriam estes, melhor entendimento defendendo a doutrina que afirma não possuírem tais deveres enumeração exaustiva⁵⁰.

O dever de *cooperação* impõe às partes contratantes uma ruptura com uma clássica perspectiva antagonista que norteava a visão liberal do direito contratual. Para esta perspectiva clássica, a única força motriz dos contratantes eram seus interesses egoísticos. Dentro desta visão densamente individualista (o *homo clausus* de MORAES), pouco importava ao contratante o bem-estar do outro, visto não como um parceiro na confecção de um interesse comum, mas um adversário de interesses conflitantes. O contrato, então, representava a resultante deste “choque de forças” entre os envolvidos.

⁴⁹ Idem. Ibidem, p. 172.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 106.

Impõe-se às partes atualmente uma postura de colaboração. Ao lado de seus interesses pessoais e egoísticos (os quais, naturalmente, permanecerão como parte inerente à avença), caminham interesses coletivos, que devem necessariamente considerar o *alter* como sujeito de direitos igualmente merecedor de tutela e para cujo bem-estar tem o contratante responsabilidade. O construto final, o “edifício contratual” deve representar, numa metáfora simples, “uma casa na qual ambos possam residir, cada um em seu cômodo”. Deste modo, impõe-se àquele que contrata uma conduta no sentido de permitir ao outro contratante a obtenção de resultados úteis derivados do contrato, compatíveis com aqueles que ele próprio espera.

O dever de *informação*, por sua vez, está ligado à “imposição moral e jurídica a obrigação de comunicar à outra parte todas as características e circunstâncias do negócio, e bem assim, do bem jurídico que é seu objeto, por ser imperativo de lealdade entre os contraentes”.⁵¹

O dever de *cuidado*, ou proteção, está umbilicalmente ligado ao dever de cooperação, supra mencionado. Sobre ele, discorre FARIAS:

Tendo presente o mandamento de consideração para com o parceiro contratual, a jurisprudência observa deveres de proteção aos bens e à integridade da contraparte, salvaguardando a higidez de ambos e evitando que as partes se inflijam danos mútuos⁵².

Complementando a conceituação do princípio da boa-fé objetiva, é pacífico doutrinária e jurisprudencialmente ter este aplicação em todos os momentos da vida negocial, desde a fase pré-contratual, culminando com sua eficácia pós-contratual (donde reside o fundamento, *e.g.*, da *culpa post factum finitum*, cuja análise foge ao objeto deste estudo). A incidência da boa-fé objetiva na fase de negociações preliminares (pré-negocial), cerne deste trabalho, será objeto de análise no tópico que se segue.

3. AS FASES DA FORMAÇÃO DO CONTRATO. AS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES E A INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA (CULPA IN CONTRAHENDO)

⁵¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. Op. cit., p. 109.

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 177.

A Teoria Geral dos Contratos estabelece três momentos como etapas da formação negocial: a fase das negociações preliminares (fase de tratativas, ou pontuação), a proposta e a aceitação. Muito embora haja doutrina que visualize a elaboração do contrato preliminar (promessa de contratar, *pactum de contrahendo*, ou pré-contrato) como uma fase opcional da formação do contrato⁵³, melhor razão parece existir na afirmativa de tratar-se de “contrato autônomo e independente do contrato definitivo, que tem por objeto a obrigação (de fazer) assumida por uma ou ambas as partes de concluírem outro contrato, este sim o definitivo”⁵⁴.

A fase das negociações preliminares (fase de pontuação) é caracterizada pelo estabelecimento de contatos iniciais, cuja finalidade é estabelecer uma aproximação entre as partes e a obtenção de informações acerca de um eventual futuro contrato. Neste sentido, CARNACHIONNI:

As negociações preliminares representam as conversações prévias antecedentes à formação do contrato. É considerada a primeira fase para o aperfeiçoamento do vínculo obrigacional. Nesta fase, há um contato entre as partes, considerada aproximação preliminar, além de conversas sobre o negócio jurídico, enfim, contato inicial. As partes passam a se conhecer e obter informações sobre o negócio jurídico a ser celebrado⁵⁵.

Num primeiro momento, o principal traço caracterizador das negociações preliminares seria justamente a ausência de obrigatoriedade em consumar o contrato, justamente pela ausência de uma proposta que preenche a todos os requisitos determinados em lei para vincular a vontade do proferente. Assim, FARIAS:

Em regra as negociações preliminares não vinculam, sejam elas orais ou escritas, pois é inerente ao princípio da liberdade contratual que os indivíduos tenham a autonomia de optar pela contratação, sem que a negativa estabeleça a obrigação de indenizar em favor do outro negociante⁵⁶.

Entretanto, o mesmo autor adverte:

Se nas negociações preliminares já há um contrato social entre os contratantes, de onde emergem deveres de conduta vazados na preservação de condutas leais e cuidados recíprocos, no transcurso das tratativas, a

⁵³ Neste sentido, confira-se TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 3 – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 8ªed. São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 140-141.

⁵⁴ CARNACHIONNI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos – Institutos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2014, p. 683.

⁵⁵ CARNACHIONNI, Daniel Eduardo. Op. cit., p. 575.

⁵⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 77.

ruptura imotivada e danosa das conversações é fator que vulnera a confiança daquele que foi induzido a legítimas expectativas de que o contrato seria realizado⁵⁷.

Neste momento, surge a questão da responsabilidade civil pela ruptura de negociações preliminares. A título introdutório, impõe-se citar a explanação de FARIAS:

A teoria da responsabilidade pré-contratual, ou como ainda hoje é denominada na Alemanha, *culpa in contrahendo*, foi originariamente formulada por Rudolph Von Ihering em 1861. Seu ponto de partida foi a análise da possibilidade de indenização decorrente da celebração de um contrato nulo, mais precisamente se aquele que culposamente dá causa à nulidade de um contrato deve ser responsabilizado pelos danos sofridos pela contraparte que confiou na validade do negócio. O grande jurista alemão, amparado no Direito Romano, concluiu positivamente à questão, observando a existência de um dever de diligência, surgido em momento anterior à conclusão do contrato. A doutrina e jurisprudência desenvolveram e aplicaram a teoria da responsabilidade pré-contratual, que posteriormente foi ligada à proteção da confiança por Larenz e seu discípulo Canaris⁵⁸.

A aceitação da teoria da culpa *in contrahendo* não é pacífica em doutrina. Mesmo entre os inúmeros doutrinadores que a entendem cabível, dúvidas há se a responsabilização que enseja teria natureza contratual (negocial), ou extracontratual. Neste sentido, CARNACCHIONI:

Como ainda não há contrato formado, a violação da ética na fase das negociações preliminares não caracteriza inadimplemento, mas pode ser fonte de responsabilidade civil, denominada *extracontratual*.⁵⁹

A guisa de comparação, TARTUCE escreve que:

Por tudo isso, não há dúvidas de que é possível denotar uma responsabilização objetiva e de natureza contratual em casos tais, conclusão que também é retirada da análise do Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade pré-contratual).⁶⁰

Melhor razão parece assistir aqueles que advogam a natureza contratual de tal responsabilidade. Se muito embora seja uma verdade inquestionável o fato de ainda não

⁵⁷ Idem. Ibidem, p. 78.

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil, v.3, Responsabilidade Civil**. Salvador: JusPODIUM, 2014, p. 108.

⁵⁹ CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. Op. cit., p. 577.

⁶⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 3 – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 8ªed. São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 136.

haver neste momento contrato perfeito e obrigatório (dado que este só estará confeccionado quando ocorrer a compatibilização entre a proposta e a aceitação), a responsabilidade aqui não está ligada ao inadimplemento de uma prestação previamente convencionada (até porque, inexistente nesta etapa prestação a ser exigida pelo credor), mas à violação a algum ou alguns dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva os quais, conforme já mencionado, aplicam-se em todas as fases da vida negocial, incluindo-se aí as fases pré-negocial e pós-negocial⁶¹. Esclarece com propriedade LÔBO:

Ou seja, na prática a infração de dever de conduta pré-contratual deve ser regida pelos mesmos princípios da responsabilidade por infração dos deveres de conduta contratual (Larenz, 1958, p. 110). A doutrina brasileira mais recente tem acompanhado esta diretriz, com razão, afastando-se da ideia de culpa e da responsabilidade civil subjetiva extranegocial, que estão na raiz da *culpa in contrahendo*.⁶²

Superada a premissa de sua natureza jurídica, necessário tecer considerações acerca de seus requisitos de aplicação.

A primeira dificuldade, que deve ser contornada através de delineamentos precisos, é diferenciar situações em que a desistência de contratar deve ser considerada válida (e portanto, não ensejar quaisquer tipos de responsabilidades) daquelas hipóteses nas quais o ato de desistir acarrete responsabilização. É FARIAS quem nos adverte neste sentido:

Contudo, sob o manto das boas intenções, não podemos supervalorizar a tutela da confiança em detrimento da liberdade contratual. É que converter uma mera proposta de conversações e negociações numa proposta definitiva e irrevogável, com a velada insinuação de que toda retirada de uma proposta negocial tende a ser oportunista é destruir a própria lógica das negociações, animadas por graus variáveis de elasticidade ao conteúdo das propostas e contrapropostas. Ou seja, é retirar das partes, com uma argumentação indistintamente paternalista, uma das mais eminentes prerrogativas da autonomia, a que se reporta ao momento de contratar!⁶³

De fato, não se pode, a pretexto de defender a posição que se pretende sustentar aqui (da existência de uma responsabilidade em sede de negociações preliminares,

⁶¹ Neste sentido, cumpre transcrever o Enunciado 170 da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF: “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”.

⁶² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.80.

⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit., p.112.

decorrente da violação injustificada a algum dos deveres anexos da boa-fé objetiva), pretender estender a toda e qualquer frustração de conversações um dever reparatório. Tal raciocínio culminaria por gessar a própria iniciativa negocial, ao ampliar exponencialmente os riscos e potenciais custos envolvidos em uma negociação, o que seria de todo desaconselhável.

Para que se possa validamente falar em dever indenizar decorrente da ruptura das relações preliminares (e de lembrar que, muito embora a esmagadora maioria das demandas indenizatórias ligadas à responsabilidade pré-contratual tenham fundamento na ruptura imotivada de negociações, a doutrina levanta ainda outras circunstâncias motivadoras de responsabilidade civil pré-contratual, como a constituição de contrato inexistente, ou danos causados após constituído o contrato, em virtude de circunstâncias ocorridas durante as negociações preliminares⁶⁴), necessário se faz que já tenha transcorrido lapso necessário para estabelecer um grau de confiança (*affidamento*) e expectativas hábeis a dar um mínimo de suporte para a pretensão reparatória. Sinteticamente, é preciso que os movimentos, aproximações, memorandos, enfim, o *iter* percorrido pelas partes tenha despertado uma expectativa sólida pela continuidade das negociações, acrescida, eventualmente, de despesas neste sentido. Mais uma vez, pela clareza de exposição de raciocínio, válido citar FARIAS:

Com efeito, a *culpa in contrahendo*, evidenciada na quebra da confiança pelo recesso intencional não se verifica no início das tratativas, mas quando as conversações preliminares se encaminham para a conclusão, pois a confiança se intensifica na mesma proporção que as negociações avançam e se aprofundam. Mais precisamente ao tempo em que as partes já tenham alcançado os elementos essenciais do contrato, instante em que uma delas surpreendentemente muda de ideia, injustificadamente desistindo da contratação, ou então fazendo exigências desproporcionais que obrigam a outra a desistir, ou mesmo de forma culposa dar início a um contrato irrealizável, por saber de antemão que ele nunca seria concluído.⁶⁵

Do exposto *supra* deriva que, ainda que possamos validamente afirmar que a fase preliminar é etapa necessária a todo e qualquer contrato (mesmo nos negócios jurídicos instantâneos, ou celebrados mediante contratos de adesão, nos quais a fase preliminar seria “uma etapa breve, que não se exterioriza por ser de natureza psicológica, mas na qual o contratante calcula as vantagens patrimoniais e existenciais

⁶⁴ Idem. Ibidem, p. 111.

⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit., p. 110-111.

de se submeter a uma determinada contratação”⁶⁶), somente nos contratos que demandam uma fase de negociações preliminares mais delongada, com a mencionada possibilidade de intensificação das conversações admitiriam a possibilidade de reparação pela ruptura.

O segundo aspecto relevante para a caracterização da responsabilidade civil pré-contratual é a configuração de atitude abusiva na ruptura. Não basta a alegação da parte prejudicada pela ruptura das tratativas de que tenha realizado despesas ou depositado uma expectativa na concretização da avença. Necessário se faz que a ruptura do suposto agente lesivo seja *abusiva*, ou seja, que não possa ser justificada com base em alegações racionais e ponderações razoáveis, resultando de seu arbítrio, ou até mesmo de um intuito (*animus*) de prejudicar (muito embora este seja conceitualmente desnecessário, dado que predomina amplamente em sede doutrinária a natureza objetiva da responsabilidade ligada ao abuso de direito). Confirma-se novamente a magistral lição de FARIAS:

Apesar da pluralidade de hipóteses de incidência, indubitavelmente o aspecto mais examinado da fase pré-contratual é a desistência injustificada das negociações preliminares. Até que ponto é lícita a recusa de contratar? Para ENZO ROPPO, o ponto de equilíbrio encontra-se na regra segundo a qual a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando é injustificada e arbitrária, e não quando apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade econômica, tal como quando sobrevêm circunstâncias inesperadas que tornem inconveniente a contratação, ou a contraparte modifique inopinadamente sua posição, pretendendo impor condições mais gravosas. Nestas circunstâncias, não se pode dizer que a parte desistente se comportou de modo incorreto e violou o dever de boa-fé.⁶⁷

Por fim, cabe apreciar a abrangência da reparação.

Neste sentido, a melhor doutrina sustenta a existência de interesses “negativos” (prejuízos decorrentes da não conclusão do contrato, ligados a deveres jurídicos genéricos, inerentes à cláusula geral da boa-fé) e interesses “positivos” (vantagens potencialmente obtidas em caso de conclusão do contrato). CARNACCHIONI assim sustenta:

Por isso, embora as negociações preliminares não gerem obrigações específicas, fazem surgir deveres jurídicos genéricos para os contratantes, decorrentes da cláusula geral da boa-fé objetiva e a violação desses deveres, durante as negociações preliminares, pode gerar responsabilidade do

⁶⁶ Idem. Ibidem, p. 109.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit., p. 111.

contratante. É o dano à confiança, ligado aos *interesses negativos* (prejuízos relacionados à não conclusão do contrato), decorrente do rompimento injustificado das tratativas preliminares após gerar expectativas no outro contratante.⁶⁸

E arremata o mesmo autor (em que pese seu posicionamento pela natureza extracontratual da responsabilidade pré-negocial, entendimento do qual discordamos):

Há doutrinadores, como Ihering, Luigi Mengoni, Salvatore Romano, Adriano De Cupis que defendem a indenização dos interesses positivos, fundados em uma responsabilidade contratual, muito embora ainda não exista contrato. Tais interesses estariam relacionados à indenização pelas vantagens que o lesado pelo rompimento injustificado das tratativas preliminares teria, caso o contrato fosse concluído. No entanto, ainda prevalece a tese da responsabilidade extracontratual fundada no princípio da boa-fé objetiva (dano à confiança).⁶⁹

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do presente trabalho foi apresentar um panorama atual da doutrina civilista pátria acerca de tema de relevante importância numa sociedade marcada pela volatilidade, complexidade e –por que não dizer? – frivolidade. O dinamismo do mundo em que vivemos impõe um olhar revisitado a institutos clássicos do direito privado, e representa notáveis desafios ao jurista. A Responsabilidade Civil não foge a esta regra, muito ao contrário, é ramo que experimenta notável releitura de seus institutos e finalidades.

Dentro deste contexto, necessário se faz tutelar as relações negociais, em todas suas etapas, desde antes do nascedouro, em sua “gestação”, com base em premissas constitucionais solidaristas, das quais emana a boa-fé objetiva.

Constitui tarefa assaz desafiadora compatibilizar os interesses individuais egoísticos com a ética cooperativa que se exige das partes contratantes. De outra via, a salutar preocupação do ordenamento com uma postura colaborativa dos agentes negociais não pode gessar-lhes a liberdade de buscar seus propósitos pessoais, sob pena de causar funestos entraves à engrenagem econômico-social.

Neste sentido, a responsabilidade civil pré-contratual surge como instrumento que, bem aplicado dentro de seus adequados limites fronteiriços, auxilia o estudioso e o aplicador do direito. Seus requisitos estão sintetizados por FILHO, ao citar estudo realizado por PEREIRA:

⁶⁸ CARNACHIONNI, Daniel Eduardo. Op. cit., p. 578.

⁶⁹ CARNACHIONNI, Daniel Eduardo. Op. cit., p. 578.

Regis Fichtner Pereira, em sua notável monografia sobre o tema, apresenta os seguintes requisitos, cumulativos, para o reconhecimento da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais: a) a inexistência de um justo motivo para ruptura; b) a criação de uma razoável confiança na conclusão do contrato para a parte prejudicada pela interrupção (*A responsabilidade civil pré-contratual*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 321). Na análise detalhada que faz desses requisitos, o autor destaca como modalidades de violação do princípio da boa-fé que podem ensejar a responsabilidade pré-contratual: a ruptura para contratar com terceiros, a negociação simultânea com vários contratantes, a prestação de informações inexatas ou a omissão do dever de prestar informações.⁷⁰

Contudo, advirta-se mais uma vez: a responsabilidade pré-contratual não é panaceia a ser utilizada indiscriminadamente como cura para todos os males e frustrações. De modo que se torna imperativa uma perfeita delimitação conceitual, e especialmente, uma construção logicamente coerente de seus pressupostos e extensão de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil – Parte Geral, Institutos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARNACHIONNI, Daniel Eduardo. **Curso de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e dos Contratos – Institutos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson, NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil, v.3, Responsabilidade Civil**, Salvador: JusPODIUM, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, v. 4: Contratos – Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 4ª Ed. Salvador: JusPODIUM, 2012.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ªed. São Paulo: ATLAS, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, v. III – Responsabilidade Civil**, 7ªed. Rio de Janeiro: SARAIVA, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, v. 4, tomo I**, 10ª Ed. Rio de Janeiro: SARAIVA, 2013.

⁷⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. Op. cit., p. 318.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. v. 4 – Responsabilidade Civil.** 8ª Ed. Rio de Janeiro: SARAIVA, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2002.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Obrigações.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **A Nova Crise do Contrato.** São Paulo: RT, 2007.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Código Civil Comentado e Interpretado.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana – Estudos de Direito Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro: RENOVAR, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, v. 7 – Responsabilidade Civil,** 4ª Ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. v. 1, Parte Geral,** 9ª Ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil - Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos.** 4ª Ed. São Paulo: ATLAS, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 2 – Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil,** 8ª Ed. São Paulo: MÉTODO, 2013.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional.** Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República, v. I,** 2ª Ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011.

TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson. **O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas,** Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Direito Civil Contemporâneo - Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional.** São Paulo: ATLAS, 2008.