

OS EFEITOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS DO PRÉ-CONTRATO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Paulo Brasil Dill Soares *

RESUMO:

O presente artigo científico compreende o estudo do abuso do direito como um fenômeno de mitigação dos direitos subjetivos os quais, em um cenário de massificação das relações sócio-econômicas, passam a ser interpretados de acordo com os princípios que regem o ordenamento jurídico. Verifica-se a responsabilidade pela ruptura das negociações pré-contratuais e apontando os requisitos básicos que caracterizam tal modalidade, com destaque para o rompimento das relações contratuais sem justo motivo. Aponta-se a incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial nas relações obrigacionais.

PALAVRAS-CHAVES: Pré-contrato. Responsabilidade civil. Ruptura imotivada.

ABSTRACT:

This article covers the scientific study of abuse of rights as a mitigation phenomenon of subjective rights which, in a scenario of widespread use of socio-economic relationships, are now interpreted in accordance with the principles governing the legal system. There is responsibility for the disruption of pre-contract negotiations and pointing out the basic requirements that characterize this modality, especially the disruption of the contractual relationship without just cause. Pointed out the effect of the principle of good faith in the pre-trade relations dividend.

KEYWORDS: Pre-contract. Tort. Breach unmotivated.

* Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito Empresarial e Direito do Consumidor na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ/ITR- Advogado. Membro das Comissões de Direito do Consumidor e Direito Constitucional do IAB. Autor de obras relacionadas ao Direito Falimentar e Direito do Consumidor. E-mail de contato: paulodillsoares1234@yahoo.com.br

SUMÁRIO

1. Visão histórica e dogmática do princípio da boa fé nas relações obrigacionais
2. Requisitos para a configuração da responsabilidade pré negocial
3. A boa fé como princípio fundamental no adimplemento obrigacional
 - 3.1. O princípio da informação adequada no direito obrigacional
4. Considerações finais
5. Referências

1. Visão histórica e dogmática do princípio da boa fé nas relações obrigacionais

O sistema jurídico brasileiro é resultante de um arcabouço histórico-colonial e conceitos jurídicos alienígenas.¹ A aplicação do direito é um fenômeno dinâmico, que se não limita a um só momento, um só instante, mormente se desdobrando em fases sucessivas e indeclináveis. Para tanto, emanado o poder competente em editar preceitos gerais e abstratos, a aplicação do direito é o encontro da realidade circundante com o ordenamento jurídico, conjunto este, protegido por uma sanção externa e institucionalizada.²

¹ MIRANDA, Francisco Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Forense: Rio de Janeiro, 1981, p. 93.

² JAYME, Erik, *apud*, MARQUES, Claudia Lima (2000). Notas sobre o sistema de cláusulas abusivas no código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, p. 2. Ensina: “(...) se o direito comparado moderno primou por frisar a permeabilidade das ordens jurídicas, a sua semelhança, o funcionalismo de suas soluções de forma a expandi-las e divulgá-las procurando as normas comuns e com isso autocomprovando os esforços realizados pelos juristas que elaboram estas leis ou as aplicá-las na prática de forma universal;(...)”.

O Direito brasileiro, na visão da doutrina alemã caracteriza-se como herdeiro do *jus romano*. Essa classe sofre influências do modelo legislativo de codificação francesa, o *Code Civil francês*, de 1804. É pacífico, porém, na doutrina brasileira que o Código Civil e o Direito Civil clássico brasileiro também sofreram influências das codificações portuguesa, espanhola e italiana, assim como dos Códigos alemão e suíço.³

A tradição brasileira decorre de idéias recebidas nos séculos XVIII e XIX, pelo direito europeu, destacadamente no ramo do Direito Civil, face à necessidade de atualizar as Ordenações Portuguesas e aplicar a Lei da Boa-Razão.⁴ A Filosofia do Direito e o emprego de técnicas interpretativas próprias eram pouco desenvolvidos. Os dispositivos legais não se aplicam automaticamente e a compreensão da *mens leges* (vontade normativa da lei) é indispensável já que a máxima latina *in claris non fit interpretation*, deve ser entendida levando em consideração a desvinculação que ocorre com a publicação da norma.⁵

³ MIRANDA, Francisco Pontes de. op.cit., p. 93.

⁴ O direito civil português vigorou no Brasil do descobrimento até 1917, e terá decisiva influência na tendência de nossa ordem jurídica de Continuidade, Formalismo e Unidade. Cabe lembrar o constante e normal convívio dos juristas brasileiros com idéias, doutrinas e modelos jurídicos estrangeiras das chamadas “nações civilizadas” desde a lei da Boa-Razão, de 18 de agosto de 1769 e do *usus modernus pandectarum*. A Lei da Boa-Razão introduz um importante princípio de interpretação e de integração das já superadas normas das Ordenações e no direito romano comum: a *recta ratio*, que se encontraria na interpretação atual e na doutrina das nações cristãs civilizadas. Note-se, porém, que, devido às dificuldades da utilização da regra ou teste da Boa -Razão, a lei de 28 de agosto de 1772 (“Estatutos da Universidade de Coimbra”) previu uma direta remissão - também na colônia brasileira - ao direito estrangeiro atual à época ao prever a observação do chamado *usus modernus pandectarum*, que nada mais era do que a visão atualizada, já dogmática e científica do direito europeu comum. MIRANDA, Francisco Pontes de. op. cit. p. 73.

⁵ FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Trad. de Manuel Domingos de Andrade. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987, p. 111 e 174. Preleciona

Como destacado, ao longo do trabalho são nas relações jurídicas obrigacionais e de consumo que se encontram o espectro do princípio da boa fé objetiva, que insere um comportamento padrão entre os atores privados que estão em fase negocial para aceitação da proposta.

Sabendo-se que os contratos, por excelência, são negócios jurídicos onde poderemos ter declarações de vontade unilateral, como no caso da publicidade, ou então, bilateral, por exemplo, as relações obrigacionais civis. A definição técnica de obrigação é examinada por Telles, afirmando que tal expressão *lato sensu* designa o lado passivo de qualquer relação social que encontre sua importância no âmbito do direito sendo adjetivada como uma relação jurídica, pois será tutelada pelo ordenamento. A obrigação *stricto sensu* aduz um dever jurídico que vincula os sujeitos da relação, obrigando as partes a observar o comportamento da parte contrária.⁶

Em certas relações jurídico-econômicas surge um dever jurídico imposto aos agentes em negociação, em um dos pólos da relação teremos o titular do direito subjetivo, credor da obrigação, no outro, o devedor, aquele que está

Ferrara: “O juiz é o intermediário entre a norma e a vida: é o instrumento vivo que transforma a regulamentação individual das relações dos particulares; que traduz o comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes, formulando a sentença. O juiz é a viva vox iuris. O juiz, porém, está submetido às leis, decide como a lei ordena, é o executor e não o criador da lei. A sua função específica consiste na aplicação do direito. (...) Decerto o juiz nem sempre pode dar satisfação às necessidades práticas, limitando-se a aplicar a lei; alguma vez se encontrará em momentos trágicos de ter de sentenciar em oposição ao seu sentimento pessoal de justiça e de equidade, e de aplicar leis más. Tal é, porém, o seu dever de ofício. Na reforma das leis, na produção do direito novo pensam outros órgãos do Estado: ele não tem competência para isso. Só com esta condição se pode alcançar aquela objetiva segurança jurídica que é o bem mais alto da vida moderna, bem que deve preferir-se a uma hipotética proteção de exigências sociais que mudam ao sabor do ponto de vista, ou do caráter, ou das paixões do indivíduo. Esta é a força da justiça, a qual não é lícito perder, se não deve vacilar o fundamento do Estado; mas esta é também a sua vantagem de o povo nutrir confiança em que o direito permaneça direito”.

⁶ TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. Coimbra: Almedina, 1986, p. 9.

subordinado a pretensão do titular do dever jurídico. É a subordinação que caracteriza o estado passivo dos direitos potestativos, no âmbito dos direitos subjetivos a correlação é firmada pelo dever jurídico.⁷ Deve-se registrar que a subordinação é a incidência de um comportamento em que fixa a ineficácia prevista pelo sistema jurídico;⁸ isto é, uma sujeição irresistível, aduzindo consequências jurídicas da atuação da contraente titulares do direito potestativo. Contrariamente, o dever jurídico é compreendido como o estado subjetivo de adequar os atos jurídicos ao ordenamento, podendo criar nos deveres jurídicos,⁹ devido à violação daquele que é principal.¹⁰

⁷ ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral das Obrigações**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1966, p. 1-2.

⁸ GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 115, citando os ensinamentos de Carnelutti.

⁹ TELLES, Inocência Galvão. op. cit., p. 9. Preleciona que a obrigação, em sentido amplo, pode significar o ônus de adotar determinado comportamento para alcançar ou conservar uma vantagem própria. Parece-nos, porém, que razão está com Eros Grau, op. cit., p. 117-118, quando afirma que a noção de ônus não se pode amoldar às relações de natureza obrigacional, não cabendo qualquer alusão a “dever livre” ou “ônus”, uma vez que “(...) O sujeito que cumpre a prestação obrigacional não o faz para evitar as consequências do mesmo”.

¹⁰ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra positiva do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 42-43. “(...) Desenvolveram-se os estudos no sentido de admitir a multiplicidade do conteúdo obrigacional. Recuperando denominação usada por Savigny, Heinrich Siber divulgou-a, apresentando o vínculo obrigacional como um “organismo”. (...) Pela doutrina clássica, não se concebiam deveres outros que não os resultantes da vontade e do delito. Na moderna visualização do tema, aparecem os deveres, emanados diretamente da boa fé e que refogem, até, ao controle das partes. Consoante a orientação clássica, de fundo romanístico, compunha-se a obrigação tão somente do dever de prestar e do correlato direito de exigir ou pretender a prestação. Já a moderna doutrina, a começar pelos autores alemães, apontam os deveres de prestação – tanto deveres principais de prestação, como deveres laterais (Nebenpflichten), além de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas. Na compra e venda, exemplificativamente, o dever principal do comprador é o pagamento do preço, ficando a cargo é o pagamento do vendedor a entrega da coisa vendida. Quanto aos deveres secundários ou acidentais de prestação, ou são meramente acessórios da prestação principal (e. g., o dever de conservar a coisa vendida até a entrega, na compra e venda), ou são de prestação autônoma. Nesta última categoria, adotada ainda a classificação apresentada por Almeida Costa, o dever secundário ou é sucedâneo do dever principal de prestação (como na indenização que substitui a prestação originária) ou coexistente

Cumprir observar que Pontes de Miranda considera a obrigação *latu sensu* de “relação jurídica pessoal”,¹¹ distinguindo daquela em sentido estrito,¹² que nos permite informar se tratar de vínculo visando à realização de uma prestação exigível.¹³

Quando o legislador do Código do Consumidor e até mesmo do Código Civil consideraram a subordinação que estaria sujeita todo aquele que ocupava a posição jurídica passiva, relacionou-a a idéia de uma relação jurídica obrigacional. Logo, o modelo adotado pela lei civil foi de ampliar o significado da expressão prestação, inserindo no contexto obrigações positivas ou negativas, desde que fossem “economicamente apreciáveis”, aplicando, nesse caso, àquelas principais quanto às acessórias. Assim, é importante destacar que existe uma relação jurídica obrigacional mesmo antes do vencimento da prestação principal, porque já há vínculo jurídico, existindo, portanto, um dever jurídico. Dworkin lembra que a crítica ao positivismo se baseia em uma distinção lógica entre normas, diretrizes e princípios, segundo o qual, o modelo positivista somente leva em consideração as normas que tenham a particularidade de se aplicarem.¹⁴

com o dever principal de prestação (p. ex., a indenização por mora ou cumprimento defeituoso, que acresce à prestação originária). (...)”.

¹¹ MIRANDA, Francisco Pontes de. op. cit., v. XXII, § 2679, p. 13. que ensina: “Inicia-se a relação jurídica pessoal, porque a prestação pode ainda não ser exigível, (= não ter nascido a obrigação)”.

¹² TELLES, Inocência Galvão. op. cit., p. 9, citando o artigo 397 do Código Civil português, ensina ainda que “obrigação” em sentido estrito, é o “vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”.

¹³ MIRANDA, Francisco Pontes de. op. cit., v. XXII, n. 6, p. 12.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel S/A, 1989, p. 36

Contrapondo-se aos países da família romano-germânica, que em matéria de proteção do hipossuficiente, destacadamente nas relações contratuais de consumo, desenvolveu-se naturalmente pelas interpretações reiteradas dos tribunais, concretizando as cláusulas gerais de boa fé¹⁵ nas relações jurídicas¹⁶.

O Código Civil brasileiro de 1916 pode ser considerado como “produto” ou criação típico do século XIX, marcado pelo momento histórico do liberalismo e de criação científica do Direito no qual foi inserido.

Conforme salientado no primeiro capítulo desta tese, para a responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais se faz necessário a existência da responsabilização pelo descumprimento de qualquer tipo de contrato preliminar. As partes antes de estipularem contratualmente a obrigação de constituir um contrato entre si projetado. Desse proceder, as

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *op. cit.*, p. 6. “Ao contrário, caracterizou-se até os anos 70 por uma forte manutenção do individualismo e liberalismo do Código Civil de 1916. Na década de 1970, o Projeto Reale, de Código Civil, ainda hoje para ser aprovado, trouxe nova luz sobre o problema, optando por explicitar o princípio da boa fé e introduzir, uma série de normas de controle para as relações contratuais massificadas, com forte espírito intervencionista. Mas foi somente com a redemocratização e a Constituição democrática de 1988 que o tema da proteção do consumidor ganhou contornos sérios no Brasil, agora já com forte influência do direito norte-americano, berço do consumerismo, e da já abundante legislação harmonizadora da União Européia. O art. 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 ordenou ao legislador ordinário organizar um Código de Defesa do Consumidor, em plena era da descodificação”.

¹⁶ A expressão constitui o título da famosa obra de 1979 do italiano Natalino Irti (*L'età della decodificazione*), na qual previa o fim das codificações que marcaram os séculos XVIII e XIX. Os códigos superados pelas leis esparsas passariam a fonte residual do direito privado. Apesar de realista a observação, contra ela levantaram-se autorizadas vozes, no XI Congresso da Académie de Droit Comparé, em 1982, em Caracas, alertando que legislar em forma de Código trazia em si muitas vantagens.

partes criam obrigações de fazer ou deixar de fazer. Caracterizando, nesse determinado momento, um vínculo obrigacional, em que cada parte pode exigir da outra o cumprimento de uma prestação pré-firmada. A teoria da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais decorre de outro campo. Os contratos se formam a partir do encontro de duas declarações receptícias de vontade, a proposta de contrato e a subsequente aceitação. Antes, contudo, o momento em que se consagram as declarações de vontade, realizam as partes uma série de atos preparatórios. O contrato, portanto, são anteceditos por uma fase de negociação denominada atos formativos da contratação que pode perdurar no tempo, dependendo do objeto do acordo ou da natureza da gestão negocial.

Durante os pactos não há ainda vínculo jurídico entre as partes, no sentido de que uma esteja obrigada a prestar alguma coisa à outra. As partes são em princípio livres para abandonar as negociações, sem constituir vínculo obrigacional algum. Em certas situações, porém, analisaremos que o rompimento das tratativas pode gerar responsabilidade para a parte que assim procede.

O reconhecimento da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais requer toda a cautela por parte de operador do Direito, já que a sua configuração deve pressupor a presença de alguns elementos rígidos, sem os quais deve ser negado qualquer tipo de responsabilidade.

O princípio que deve vigorar no âmbito das negociações contratuais é o de que o contraente é livre para encerrar os acordos em qualquer momento

anterior ao estabelecimento da relação contratual. Essa é uma exigência do princípio da autonomia da vontade.¹⁷

Para Almeida Costa ninguém é obrigado a estabelecer o contrato com outra pessoa pelo simples fato de ter dado início às negociações. Somente com o surgimento da relação jurídica contratual passa a existir entre as partes o liame obrigacional, através do qual surgem créditos e débitos que devem ser adimplidos, sob pena da eclosão da responsabilidade civil de natureza contratual.¹⁸ A faculdade que a parte tem de encerrar as negociações contratuais se qualifica, sem dúvida alguma, como direito potestativo.

A fase das negociações contratuais envolve, pela sua própria natureza, uma incerteza quanto ao resultado das atividades praticadas pelas partes. Quem inicia negociações para o estabelecimento de um contrato não o faz com a certeza de que a sua atividade trará resultados. A parte que está negociando um contrato assume o risco de despender tempo e dinheiro sem obter qualquer resultado.

A lei poderia ter tutelado a fase das negociações contratuais e estabelecido o dever da parte que encerra as negociações, de indenizar as despesas em que incorreu a parte contrária. A lei, no entanto, não tem disposição dessa natureza. Dispositivo com tal conteúdo não é, tampouco, “*de lege ferenda*” de forma alguma recomendável, tendo em vista que feriria de morte. A “essência das negociações, manifestações, por excelência, da

¹⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. op. cit., p. 51. “A proteção do que opere a frustração negocial aponta para o princípio da autonomia da vontade, e o seu interesse reclama os menores entraves possíveis à liberdade de ruptura. Pois as negociações preliminares desempenharão tanto melhor papel quanto mais as partes permanecerem livres para realizar ou não o contrato e para a modelação do correspondente conteúdo”.

¹⁸ Ibidem.

liberdade negocial”.¹⁹ Assim, as negociações só poderão ter uma certeza: a da incerteza da utilidade das despesas efectuadas.

Não existe, assim, uma obrigação de contratar, decorrente de simples fato de se ter dado início às negociações. Se tal obrigação existisse, ela certamente se constituiria em um sério entrave à circulação da riqueza e ao estabelecimento de relações econômicas entre as pessoas. A liberdade para negociar, sem que pelo simples fato do estabelecimento das tratativas surja a obrigação de contratar, é fundamental para o incremento e desenvolvimento das relações econômicas. Não é concebível que seja considerado como requisito para o início dos pactos, a certeza no estabelecimento do contrato. Os acordos, pela sua própria natureza, pressupõem dúvidas e incertezas dos contraentes no que respeita ao estabelecimento da relação jurídica contratual.

Considerações dessa natureza é que levaram a doutrina e a jurisprudência, tanto brasileira como estrangeira, a negar, durante muito tempo, e alguns autores até hoje, qualquer tipo de responsabilidade pelo fato de um dos contraentes ter interrompido as negociações entabuladas pelas partes com a finalidade de estabelecerem relação jurídica contratual. A responsabilidade pré-contratual pela ruptura de negociações contratuais com o fundamento na teoria da inobservância da boa fé durante as tratativas, posto que, para Brebbia

¹⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos Contratos, **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, supl. XIV, Coimbra, 1996, p. 176.

o fundamento residiria simplesmente na culpa dos sujeitos da relação contratual.²⁰

Por outro lado, o desenvolvimento, o incremento e a complexização das relações jurídico-econômicas, somados ao princípio da responsabilidade passou a exigir que os contraentes estivessem submetidos a regras especiais de conduta durante o estabelecimento e o decorrer das relações contratuais.

No processamento das negociações, as partes comungam de projetos em comum, qual seja o de estabelecerem entre si uma relação contratual. No início das negociações ao estabelecimento do contrato, os interessados trocam entre si informações e mantém contato pessoal mais intenso. É natural que a confiabilidade entre as partes de que o contrato se firmará cresça.

A confiança na conclusão do contrato pode ter como conseqüências maior emprego de tempo e dinheiro no projeto de contrato em andamento, cumpridas certas etapas de negociação, cresce a probabilidade de que o negócio projetado pelas partes se realizará.

A negação da possibilidade de responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações contratuais pelo fundamento de que somente se pode responsabilizar alguém no âmbito das relações contratuais e pré-contratuais quando exista entre as partes uma relação jurídica obrigacional, no sentido de haver já uma prestação a ser cumprida, implicaria em uma solução dogmática e artificial, distante da realidade dos fatos.

Observa-se ao longo do primeiro capítulo que um negócio jurídico entre as partes já formalmente estabelecido, não se pode desconsiderar a realidade

²⁰ BREBBIA, Roberto H. **Responsabilidad precontractual: evolución de la doctrina – ensayo de un sistema de responsabilidad precontractual en el derecho argentino – derecho comparado**. Rosario: Victor P. de Zavalia, 1957, p. 48.

da vida, com o que o Direito se esconderia por detrás de um dado técnico para desconhecer a realidade. Através dessa solução “o direito recusa-se a abandonar a torre de cristal e a amoldar-se à vida”.²¹ Jhering, o primeiro autor a tratar da responsabilidade pré-contratual de forma científica, não incluiu a responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais como hipótese de culpa *in contraendo*.²²

Como visto o primeiro autor a tratar da responsabilidade civil pela ruptura das negociações contratuais foi Faggella.²³ Faggella foi o precursor a dar relevância e autonomia jurídica ao período de elaboração do contrato, ao partir da análise de que a formação do contrato se dá em três momentos distintos: a) o período de elaboração; b) a concretização da proposta; e, c) o momento operativo ou da conclusão do contrato.

Conforme salientado, Fagella foi o grande pensador a estender a teoria da culpa *in contraendo* de Jhering para outras situações que não a de simples nulidade do contrato ou vícios do objeto no contrato validamente concluído. Para esse autor, a ruptura das negociações contratuais pode acarretar a violação de um “acordo tácito pré-contratual” existente entre os contraentes. Esse “acordo tácito pré-contratual” consiste em que as partes em negociação se obrigam a manter a tratativa, até que cheguem à constituição do contrato, ou à conclusão de que seus interesses são coincidentes. A ruptura totalmente imotivada das negociações, sem que as partes cheguem a um resultado, positivo ou negativo, obriga a parte responsável a indenizar a parte contrária.

²¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto. op. cit., p. 181.

²² JHERING, Rudolph Von. **Culpa in contrahendo oder schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten verttügen**. Verlag Gehlen: Bad, 1969, p. 10.

²³ FAGGELLA, Grabielle. **Dei periodi precontrattuale e della loro vera ed esatta costruzione scientifica**. Studi giuridici in onore de Carlo Fradda, Tomo III, 1906, p. 48 e segs.

2. Requisitos para a configuração da responsabilidade pré negocial

A doutrina acrescenta ao âmbito da responsabilidade pré-contratual os efeitos para as partes, decorrentes da constituição entre elas do contrato nulo. De nossa parte, consideramos que a prevalência na responsabilização e consequentemente o critério de indenizabilidade decorrem desde a ruptura, pois cria efeitos e vínculos mesmo se os contraentes não firmarem explicitamente o acordo, mas tacitamente estarão sujeitos ao princípio da boa fé objetiva, devendo as partes zelar pelo acordado fazendo-se uma valoração entre os princípios da autonomia da vontade e aquele podemos dizer que a existência de negociações. Sendo entendido que fora violada essas por culpa e desrespeitando o princípio da boa fé gera a ruptura e repercute o ressarcimento do dano causado por uma das partes.

Como sói acontecer em conflitos de princípios dessa natureza, a melhor solução é a que concilia os dois princípios, ora fazendo um prevalecer, ora outro. Assim como não se pode, de forma alguma, responsabilizar todo o contraente que rompe as negociações contratuais, não se pode admitir que a pessoa que negocia no comércio jurídico possa agir com total irresponsabilidade em relação aos interesses do outro contraente.

Isso não quer dizer, no entanto, que a teoria da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais não possa oferecer alguns parâmetros dentro dos quais o intérprete poderá se mover. Alguns elementos de configuração desse tipo de responsabilidade podem ser perfeitamente identificados pela doutrina.

É preciso, portanto, se definir qual é o fundamento e quais são os elementos configuradores da responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias do contrato, para se saber em que circunstâncias mínimas pode alguém ser responsabilizado pelo fato de ter simplesmente interrompido as tratativas que vinha mantendo com o outro contratante.

Os requisitos para a configuração da responsabilidade civil pela ruptura das negociações contratuais são: a) a existência de negociações; b) a culpa, entendida como violação do princípio da boa fé; c) o dano; d) o nexo causal. Interessa-nos, considerando o objeto do segundo capítulo deste trabalho, destacar que a obrigação, sendo uma prestação ou um dever nascido do negócio de conduta, firma-se um dever lateral de cooperação e de informação entre os sujeitos em transação. Os deveres laterais são comandos jurídicos previstos pela lei, visando à proteção dos interesses dos contraentes, de acordo com a *bona fides* objetiva prevista nos comportamentos padrões durante as tratativas, obedecidos à ética e a lealdade entre as partes. A doutrina alemã denomina estes comandos jurídicos de deveres (*Pflichten*) de cuidado de cooperação, de informação, diferenciados do dever principal (*Leistungspflicht*) e diferenciando da obrigação (*Schuld* ou *Verpflichtung*).²⁴

²⁴ STIGLITZ, Rubén S. **Responsabilidad precontractual**. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1992, p. 456. A melhor doutrina entende espanhola ser o dever de informação o principal dentre aqueles laterais: “El deber de consejo es de otra que la obligación de información que, a lo sumo, le suministra su marco. El deber de consejo pone de manifiesto la dinámica que adquiere la información debida cuando es suministrada con el propósito que el cocontratante decida por ter en torno a la conveniencia o no de la formalización de um contrato, considerándolo um mecanismo apto para satisfacer útilmente las necesidades que cada quien, previamente, ha enunciado a lo la contraparte. A esos fines, el deber de consejo se instala, como tal, desde la etapa previa al perfeccionamiento del negocio, oportunidad en que el consejero -informante, conocedor de la necesidad que a través del contrato se aspira a satisfacer, facilita al acreedor-consumidor la emisión de un consentimiento sustentado em la posibilidad cierta decumplir sus obligacione em etapa de ejecución. De donde la inobservância del deber de consejo y consciente responsabilidad del consejero-informante, objetivamente se predica de la

A dinamicidade e complexidade da vertente obrigacional sendo apreciada pela doutrina alemã de modo total, trazem a tona a discussão da obrigação como um conjunto de deveres vinculativos entre os contratantes durante as tratativas pré-contratuais.²⁵ A maior contribuição dessa série de pensamentos foi identificar natureza dúplice da obrigação, sendo um débito (*Schuld*), significando obrigação e as garantias (*Haftungs*), desta decorrendo o fundamento da responsabilidade pré-negocial.²⁶ O vínculo obrigacional apresenta uma série de deveres principais (*Hauptpflichte*) e dos deveres anexos ou laterais (*Nenpflichte*), existindo a partir da conduta socialmente relevante.²⁷

circunstancia que el o contratante haya concluido um contrato en condiciones desventajosas por haberse omitido suministrarle consejo o porque el mismo haya sido emitido defectuosamente. El deber de consejo deriva de la obligación de la información, de donde a aconsejar presupone hallarse informado. Así como el consejo difiere de la simple opinión sobre um tema, se diferencia de la información en que importa um plus por sobre la misma adicionándole una opinión motivada que puede llegar a constituir una advertencia disuasiva, en atención a las eventuales consecuencias que debería afrontar el cliente. En ocasiones puede contener cierta carga subjetiva, y, por lo demás, porta la incertidumbre propia de todo consejo y, precisamente por ello, conlleva el riesgo que implica impulsar a otro a la toma de una decisión. Pero más allá de la influencia sobre la libertad de decisión que puede llegar a tener el consejo en consideración a la calificación técnica del profesional que la suministra o a la ignorancia del profano, va de suyo que característica esencial del consejo lo constituyen la independencia y libertad de que goza el informado aconsejado quien, al cabo, se reserva, como pertenencia personal, la decisión final. De todas maneras, constituyendo el consejo solo una obligación de medios, el acreedor al mismo, como quedó expresado, se halla en libertad de apreciarlo, y de evaluar los riesgos lo que, en principio, exime al profesional de responsabilidad por los daños causados por la ejecución de un comportamiento libremente elegido. En síntesis, la información veraz presupone que es el destinatario de la misma quien debe reflexionar sobre el alcance de las consecuencias que podría llegar a importar la formalización del contrato. A su turno, el consejo, si bien es cierto que requiere de un informe, a él se le añade el criterio expuestos por el profesional en punto a la oportunidad de la decisión o, dicho de otro modo, a una suerte de exposición de ventajas y desventajas que habrán de resultar de una libre decisión del cliente”.

²⁵ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des schuldrechts. Band I. Allgemeiner Teil*. 14. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 1987, p. 26 e segs.

²⁶ COUTO E SILVA, Clóvis F. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 111 e segs.

²⁷ WESTERMAN, Harm Peter. **Código civil alemão: direito das obrigações - parte**

A dinâmica de interesses do credor da obrigação negocial leva-nos a destacar três fases diversas, o nascimento, desenvolvimento e adimplemento, seguido da conclusão dos deveres anexos que podem surgir mesmo antes da realização do contrato, e sua infringência evidencia a *culpa in contrahendo* já observada por Jhering, ensejando a responsabilidade pré-negocial. O BGB, no livro II prevê a relação obrigacional (*Schuldverhältnis*), na visão de Larenz uma “estrutura” e em “processo”,²⁸ considerando a lógica temporal da obrigação.²⁹

Como visto, a tese de Faggella foi importante para o direito francês, que se difundiu através da doutrina de Saleilles, que considerou a possibilidade da

geral. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1983, p. 15, define relação obrigacional como “uma vinculação jurídica especial, consistente em direito de crédito e em deveres de conduta, em que participam pelo menos duas pessoas”.

²⁸ KÖNDGEN, Johannes. *Selbstbindung ohne Vertrag*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1981, p. 98. A “aproximação negocial” (*geschäftliche Kontakt*) como elemento de imputação de deveres, estando presente na teoria de Jhering da *culpa in contrahendo*, mas foi Dölle, em 1943, que valorizou este elemento ao usar a expressão *Soziale Kontakt* (contato social) especificando que o contato negocial é um grau mais forte, e por isso, donde derivam outros deveres do que o simples casuístico contato delitual.

²⁹ OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. op.cit., p. 45. Considera o autor: “Adverte Mota Pinto que os prejuízos, pessoais ou patrimoniais, que sejam incluídos na responsabilidade contratual, serão aqueles provocados no exercício de uma atividade da parte contrária, compreendida no âmbito contratual. são decorrentes daqueles deveres situados no perímetro do contrato”. Continua o autor: “Pelo dever de esclarecimento, as partes ficam adstritas a informarem-se mutuamente de tudo que for pertinente ao vínculo: deste em si, das ocorrências que se relacionem com o mesmo, e de todos os efeitos que possam resultar da execução do contrato. Área de destacada incidência do dever de informar é aquela dos contratos de prestação de serviços médicos. A jurisprudência alemã consagra, de longa data, o dever que incumbe ao médico, de esclarecer o paciente das conseqüências possíveis da intervenção cirúrgica ou do tratamento adotado. Deve-se registrar, porém, que o dever médico de esclarecimento estende-se aos efeitos típicos das terapêuticas prescritas e não a todos os efeitos possíveis que estas possam acarretar. Outrossim, varia em profundidade, de acordo com a inteligência e os conhecimentos do paciente e as necessidades do caso.(...) O dever de informar, no âmbito de nosso Código de Defesa do Consumidor, assume posição de relevo, integrando-se ao dever principal e podendo ensejar, quando violado, a resolução do vínculo. (...) Daí se pode inferir, desde logo, que a responsabilidade advinda da infração contratual positiva poderá importar em valor igual ou mesmo superior ao da prestação principal. No que se refere ao dever de proteção, é assente que as partes se obrigam a evitar, em toda a duração do fenômeno contratual, sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios”.

incidência de responsabilidade civil pela interrupção das negociações contratuais.³⁰ Na primeira parte deste trabalho, observou-se que Saleilles não concordou, contudo, com Faggella no que se referia ao fundamento da responsabilidade pela interrupção das negociações contratuais, que para ele não reside em um “*acordo tácito pré-contratual*”, mas sim em uma espécie de garantia legal fundada na boa fé e na equidade, que imporá limites para a retirada intempestiva das negociações.³¹

Na mesma linha temporal já exposta, Hans Stoll foi o primeiro autor na Alemanha, a tratar da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais, no ano de 1923.³² A doutrina e a jurisprudência se desenvolveram a partir dos trabalhos pioneiros de Faggella, na Itália, Saleilles, na França, e Stoll, na Alemanha.

3. A boa fé como princípio fundamental no adimplemento obrigacional

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

³⁰ SALEILLES, Raymond. **De la responsabilité précontractuelle a propos d'une étude nouvelle sut la matière**, 1907, p. 697 e segs.

³¹ Ibidem.

³² STOLL, Hans. **Die Haftung für das Verschulden während der Vertragsverhandlungen**. in: LeipzZ 23. S. 532/548, p. 68.

A principal contribuição de Faggella, conforme já destacado, foi a de fazer inserir na doutrina e, conseqüentemente, na jurisprudência, a idéia de que as negociações contratuais possuem relevância jurídica.³³ No período pré-contratual, durante as negociações entabuladas pelas partes, surgem deveres jurídicos específicos para os contraentes, que, se violados ensejaram a responsabilização daquele que não os observar.

A responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais foi aceita pela doutrina brasileira, apesar de seu estudo não ter se difundido muito em nosso país. A jurisprudência também não tratou de muitos casos relativos a esse tipo de responsabilidade. No Código Civil brasileiro não há também regra geral que discipline essa modalidade de responsabilidade pré-contratual.

Reconhecida a existência de deveres jurídicos especiais para os contraentes durante a fase das negociações contratuais, efetivou-se certas exigências de comportamento durante esse período. Dentre esses deveres, avulta o que exige que os contraentes ajam com lealdade e correção.

O sistema jurídico gera a proteção do dever de confiança que um dos contraentes deposita no outro durante a fase das tratativas. Uma das maiores deslealdades que um contraente pode cometer a outro é ludibriá-lo no que respeita à sua verdadeira intenção, ou possibilidade, de constituir a relação contratual. É possível, portanto, que o contraente aja de forma abusiva ou negligente quanto às expectativas e anseios da outra parte no estabelecimento do contrato que está sendo negociado. Quando isso ocorrer, ou seja, quando um dos negociadores violarem o dever de lealdade que tem relativamente ao

³³ FAGGELLA, Grabielle. op. cit., p. 271.

outro, tal fato poderá deflagrar a responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações contratuais.

Conforme já observada na primeira parte dessa tese, a indenização referente aos prejuízos causados pela interrupção das negociações contratuais constitui uma situação verificada freqüentemente no Direito, devendo o intérprete optar entre dois princípios, a boa fé objetiva ou a autonomia da vontade. A autonomia da vontade corresponde a faculdade que a pessoa tem de contratar ou não. Por outro lado, a boa fé objetiva norteia a ação dos contraentes durante a fase das tratativas, considerando o ato praticado por um dos contraentes poderá despertar na parte contrária a confiança da contratação do objeto. Surge para os contraentes durante a fase das tratativas deveres jurídicos que, uma vez violados ensejam a responsabilização dos prejuízos causados a parte contrária.

O direito comparado indica ainda outra faceta da boa fé objetiva, a qual preenche, em matéria contratual, o papel de norma é atender o fim econômico-social do negócio, matéria na qual se visualiza a concepção da relação obrigacional como processo polarizado por sua finalidade.

Cabe ressaltar, que se torna difícil perceber, na análise da jurisprudência brasileira, a operatividade da boa fé objetiva. A ausência de cláusula geral dificulta e assistematiza as decisões judiciais, conduzindo a que, não raramente, não se perceba, com clareza, qual é a fonte dos deveres que são impostos às partes. Estes, contudo, manifestam-se e são efetivamente declarados em sede judicial, ainda que mascaradamente.

Enquanto fonte normativa, a boa fé objetiva desempenha funções técnicas específicas, que se evidenciam em cada relação contratual concretamente considerada. São tradicionalmente imputadas à boa fé objetivas três distintas funções, quais sejam a de cânone hermenêutico-integrativo do contrato, a de norma de criação dos deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direito subjetivos.

Como ensinam os doutrinadores alemães, sinalagma é um elemento imanente estrutural do contrato, é a dependência genética, condicionada e funcional de pelo menos duas prestações correspectivas, é nexos final que, oriundo da vontade das partes, é moldado pela lei.

O papel preponderante da lei sobre a vontade das partes, a impor uma maior boa fé nas relações no mercado, conduz o ordenamento jurídico a controlar mais efetivamente este sinalagma e, por consequência, o equilíbrio contratual.

3.1. O princípio da informação adequada no direito obrigacional

O princípio da informação adequada, clara suficiente e precisa, é apontado no segundo capítulo, tendo um grande relevo durante a quinta parte donde se conclui que surge para regular os novos contratos firmados, perceptível é seu alcance principalmente no que se refere aos contratos relacionais de consumo envolve o dever de informar.

O dever de informação durante o período pré-contratual integra a nova vertente do princípio da boa fé objetiva, nascendo com ele o dever de cooperação quando as partes em tratativas coadunam seus comportamentos aos padrões estipulados pela boa fé objetiva. Assim, a colaboração durante o

iter negocial é norteado pela informação clara, precisa, exata e adequada, visando uma condição especial dos negociadores: a conclusão das negociações e a execução do objeto contratual. A transcendência do dever de informação é percebida, principalmente, na fase das tratativas; portanto, a informação ao lado da produção, distribuição e da comercialização, por exemplo, nas relações de consumo, constituem uma tecnologia avançada que dispõe o fornecedor, sendo necessário, então, a tutela desse dever jurídico.

O dever de informação, portanto, é um tema relevante para as relações envolvendo os atores privados e sua respectiva tutela, destacadamente durante a fase pré-contratual, surgindo para a parte que detém a informação a obrigação de dar o conhecimento ao outro contratante. O fundamento o dever de informação é a situação de desigualdade entre as parte em negociação, levando àquela que não possui a correta, adequada e clara informação a consentir sobre o acordo, acarretando-lhe um prejuízo. Quando da adequação ao dever de informação a parte irá considerar os custos da transação e a racionalidade limitada do contratante.

A natureza da omissão ou insuficiência de informação é inserida no plano dos vícios de consentimento. Desse modo, a parte que não foi informada apresentará uma relação de desequilíbrio com a outra em negociação. Resta afirmar que o conteúdo do dever de informação é um dever imposto pelo ordenamento jurídico, considerando a outra parte em negociação se soubesse da informação poderia não contratar, e criando uma relação prejudicial, devendo ser ressarcida pelo dano suportado.³⁴

³⁴ A garantia de cognoscibilidade facilitar ao consumidor a única opção que se lhe coloca nos contratos de consumo massificados, notadamente quando submetidos a condições

O processo atual de reforma do Estado por que passa grande parte dos países europeus e latino-americanos tem um ponto de semelhança – o modelo econômico globalizador. Para que sejam coibidos os abusos de direito evitando monopólios e oligopólios do domínio econômico privado, submetidas às regras estabelecidas por esses organismos, motivadas por fatores do universo econômico. Devem, sim, estar em consonância com interesses que ultrapassam o mero deleite capitalista. Sendo previsto pela lei brasileira de consumo a regulação pelo Estado das relações envolvendo os agentes privados, através do fenômeno da publicização do Direito Privado.

Durante muito tempo a intervenção do Estado na economia foi vista como sinônimo de assunção das atividades de produção de utilidades públicas pelo aparato estatal. No exercício de tal função, o Estado lançava mão de empresas estatais que monopolizavam a atividade econômica, especialmente no provimento de serviços públicos eram denominados monopólios naturais.

Por décadas, a intervenção estatal no domínio econômico foi identificada com o intervencionismo direto na economia, com a estatização de atividades econômicas para a preservação do interesse da coletividade, com a afirmação da soberania estatal, com a fragilidade dos atores privados. Corresponde essa perspectiva, ao Estado do Bem-Estar Social, o fato é que durante este período as instituições políticas e jurídicas corresponderam a um modelo de Direito Público.

Com o fadado processo de monopolização natural acarretou em um processo de privatizações dos serviços públicos. A transferência ao setor

gerais, isto é, "pegar ou largar" ou avaliar os custos e benefícios em bloco, uma vez que não tem poder contratual para modificar ou negociar os termos e o conteúdo contratual.

privado de ativos estatais é o mote para a reforma do Estado e a política implementadora de mecanismos de intervenção com o auxílio dos agentes econômicos privados quando regia as relações de consumo. Dessa forma a regulação significa o sucedâneo de atividades diversas que são desempenhadas ou não por uma instituição.

O processo de reestruturação político-jurídico por que passam os países se dá pelo fracasso de uma ação intervencionista e protecionista do Estado, tutelando a economia e tentando gerir os demais setores. A tendência de publicização da esfera privada é uma lembrança remota do passado. Na atual conjuntura, o Estado brasileiro abandonou o fenômeno de planificação, com a nova dialética do capitalismo, leia-se, enxugamento da máquina estatal de funções que podem ser desempenhadas tipicamente por particulares e a manutenção dos serviços essenciais ao povo pelo Estado se faz necessário um ajuste estrutural.

Enfim, a crise do Estado social com a perspectiva de um novo modelo diferente daqueles já existentes, com a participação popular e a proteção do cidadão influenciada pela terceira geração dos direitos – direitos fundamentais – advêm à atuação e a participação do cidadão na economia e a sua defesa nas relações díspares. Sob o panorama da redução do modelo social do Estado no contexto sócio-econômico do mercado global, ocorre um crescimento da proteção e da defesa do consumidor, graças à intervenção dos atores públicos através da reestruturação das normas jurídicas, da política de proteção pública e a nova exegese implementada no Judiciário. Na moderna fase de proteção do indivíduo como um agente que compõe o Estado, surge a informação como um direito fundamental, erigida como um valor protegido pela

Carta Cidadã de 1988, concedendo uma ampla gama de direitos para o exercício da liberdade de escolha, tendo em vista a dinâmica de um mercado massificador que tem por meta o lucro.

A dimensão ontológica imposta ao intérprete é perceber a capacidade situar os atores dentro da relação jurídica, em face dos interesses sócio-econômicos. É no Direito do Consumidor, mas, também, podendo ser aplicada à dinamicidade do Direito Civil, que se engendra a teoria da repersonalização do direito, ligando através de um elo a pessoa aos seus direitos, restaurando a *dignitas humana* do cidadão.

4. Considerações Finais

Jhering ao elaborar a teoria da culpa *in contrahendo* desdobrou a figura da boa fé que recebeu um tratamento próprio. O mesmo autor buscou na matriz romana uma hipótese que não ensejava o dever de reparação. Encontrado a situação em que o contrato não poderia ser realizado devido à nulidade em decorrência de um comportamento do promitente-vendedor. Devendo este garantir o objeto do negócio, não sendo preciso o prévio conhecimento da outra parte, para Ter o prejuízo ressarcido o comprador deveria mover uma ação de indenização com base contratual, uma vez que os efeitos da responsabilidade não eram transmitidos *mortis causa* através da culpa extracontratual. Esse fato era atribuído porque a ação não era dirigida a gerar o dano ao outro contratante, e no caso da responsabilidade contratual

o negócio seria declarado nulo, sem nenhum efeito, suportando o comprador de boa fé todos os encargos decorrentes do acordo nulo.

Conforme acentuado ao longo desta obra, o argumento utilizado por Jhering foi o dever ético, o comportamento padrão que as partes em negociação devem possuir, violado tal conduta *standard* enseja a responsabilidade da parte que infringiu a boa fé objetiva. A partir da teoria de Jhering, os tribunais fixaram a responsabilidade pela ruptura pré-contratual, sendo posteriormente, introduzido por Stoll, no ano de 1923 o princípio da confiança.

No Brasil, porém, estamos mais acostumados a unir a noção de boa fé a efeitos e atitudes externas do relacionamento contratual, reservando à noção de lesão, o olhar interno do equilíbrio (razoável) do contrato, mas, em verdade, a boa fé autoriza e mesmo obriga a este olhar interno do contrato, do relacionamento contratual como um todo impondo novos deveres e novos limites aos que ocupam as posições contratuais, de forma a permitir a realização das expectativas legítimas. A noção de procura de equilíbrio e equidade contratual está inserida no princípio da boa fé ou no princípio formulador da máxima, o da confiança.

A teoria da *culpa in contrahendo* desenvolvida por Jhering acabou sendo aplicada tanto para a responsabilidade contratual quanto para a aquiliana. Em 1910, Franz Leonhard estendeu a responsabilidade para o contraente-ofertante, aplicada inicialmente para os casos dolosos, também para os casos de culpa, na modalidade da negligência, impondo a boa fé objetiva. Nascia o dever de diligência contratual durante a fase das tratativas. Contudo, não sendo aplicada na hipótese do acordo nulo.

A proposição de uma ficção de um negócio preparatório foi um das tentativas doutrinárias para a aplicação do dever de diligência durante o pré-contrato, estabelecendo um dever genérico, baseado no sistema legal. Em 1923, Stoll desdobrando a teoria de Jhering fixou o princípio da confiança. Os tribunais alemães afastaram a concepção contratualista da responsabilidade, apoiando suas decisões nos princípios do dever de boa fé, como os devidos desdobramentos, quais sejam, o dever de diligência, o dever de confiança e o dever de lealdade. Da evolução doutrinária do princípio da boa fé objetiva surge a hipótese do dever à informação³⁵.

Outra vertente concernente ao princípio da boa fé é a frustração do dever da confiança, aplicadas para os casos de desistência do pré-contrato imotivadamente, isto é, a interrupção sem justo motivo das negociações, ou, ainda, quando sobrevém anulação por falta imputável a quem lhe deu causa, assim, ocorre à decepção sofrida por quem confiou na conduta do desistente, acreditando na concretização do contrato iminente.

Cabe salientar, que os prejuízos suportados pelo descumprimento de uma obrigação e os decorrentes da culpa *in contrahendo* são diferentes, ou seja, o contraente que descumpre um acordo avençado tem uma vantagem econômica devida o inadimplemento, correspondente à prestação devida, caracterizando, portanto, um interesse positivo em face ao cumprimento do negócio; ao passo, que na hipótese da culpa *in contrahendo* emana a

³⁵ Um exemplo esclarecedor do dever à informação é o caso do fiador pode recusar a efetivação da garantia se não foi suficientemente esclarecido sobre o seu âmbito de responsabilidade na formação do vínculo, dispensa-se o dolo, bastando a prova da negligência do afiançado para fundamentar a recusa; na aquisição imobiliária a preço de custo, o adquirente pode rescindir o contrato e reaver as importâncias pagas, se não foi suficientemente esclarecido pelo construtor sobre os encargos contratuais.

responsabilidade em decorrência das declarações falsas sobre dados que o contratante sabia ou deveria saber da impossibilidade de cumprir o acordado, ou quando o proponente faz a proposta sabendo ser inválida. Neste caso, a outra parte confiou nas informações trazidas pelo outro contraente que sabia ser falsa ou inválida, a responsabilidade e o ressarcimento serão baseados no interesse negativo do lesado em não realizar despesas, não despendendo tempo inutilmente. Para Couto e Silva, só será indenizável o interesse negativo, ou seja, os gastos feitos para a realização do acordo. A doutrina, atualmente, tem se posicionado no sentido de classificar o interesse negativo como elemento funcional das obrigações, uma vez que a categoria de contrato social firmado é fonte da obrigação ensejando sua violação à responsabilidade civil pelos danos suportados.

Por derradeiro, o ressarcimento não poderá se dar em decorrência de um dever contratual, pois o contrato quiçá teria existido ou seria válido. O interesse negativo incide nos gastos ou nas despesas para a realização do contrato que não se realizou devido à ausência de confiança na informação trazida pelo contraente, e, não, na vantagem contratual que poderia ser dada a outra parte.

Conforme destacado, a verificação da efetiva existência ou não de verdadeiras negociações contratuais, suficientes a criar para os contraentes deveres jurídicos de lealdade, confiança e informação, somente poderá se dar no caso concreto. Essa prova será efetivada, dentre outros meios, através do exame das conversações mantidas entre as partes, da troca de correspondências, do acerto provisório sobre aspectos preliminares do negócio

e pela contratação de comum acordo de profissionais para os levantamentos técnicos que se fizerem necessários.

Todo e qualquer ato do contraente, que incuta no outro confiança de que o contrato será estabelecido, é relevante para a configuração das negociações contratuais que podem ensejar o tipo de responsabilidade conforme foi estudado. O que se exige para o preenchimento do pressuposto da existência de negociações não é, porém, uma determinada quantidade de conversações ou atos praticados pelos contraentes. O que será decisivo para a configuração da presença de negociações contratuais suficientes a ensejar a responsabilidade pela sua ruptura, será a qualidade do contato havido entre os contraentes. Quanto maior a confiança que um dos contraentes incute no outro, de que o contrato projetado será estabelecido, mais facilmente se configurarão os requisitos para a sua responsabilização, caso venha a interromper as negociações sem que se constitua o contrato.

Um dos aspectos a serem considerados na análise das negociações travadas entre as partes, para o fim de responsabilização de um delito pelo recesso injustificado, reside na análise econômica do contrato projetado pelas partes e das atividades por elas empreendidas durante as tratativas.

A confiança que a parte deposita na conclusão do contrato pode também ser medida de forma objetiva através do volume de recursos que ela emprega para que o contrato venha a se constituir. Em princípio, quanto menos custosa a fase das tratativas, menos preocupado estará o contraente com a questão relativa à possibilidade de o contrato vir ou não a se constituir. Quem emprega muito dinheiro em um projeto de contrato, avalia com mais cuidado as

chances de sua concretização e efetiva um juízo mais elaborado quanto à confiança que deposita na concretização do negócio jurídico entabulado.

Não se exige para o cumprimento do pressuposto da existência de negociações, para o fim de se reconhecer a responsabilidade pré-contratual, que as partes pratiquem um ato formal de consentimento a participar na elaboração do contrato.

Considerando desde logo que por mais sedutoras que sejam as perspectivas de aplicabilidade geral da responsabilidade objetiva, e da simplificação com que acena, não pode ser acolhida em matéria de responsabilidade pré-contratual a tese de abolição sumária da culpa como elemento moral do ato ilícito. Por outro lado, a imposição do dever de reparar a uma parte, para tutela da confiança da outra, não pode deixar de exigir um comportamento fortemente culposos ao retratante, que nada mais faz do que exercer um direito, legitimado pela justiça e pelas conveniências pragmáticas.

A culpa, em sentido lato, como foi observada no caso da responsabilidade pré-contratual se exprime através da inobservância dos deveres inerentes à exigência de comportamento segundo a boa fé, é, portanto, sempre elemento indispensável para a configuração desse tipo de responsabilidade civil. Não há qualquer possibilidade de o contraente ser responsabilizado pela interrupção das negociações, se o fato que ocasionou tal interrupção não puder ser a ele imputado. Diante da inexistência de qualquer regra jurídica que obrigue alguém que está negociando a estabelecer o contrato e levando-se em consideração a natureza das tratativas, que envolvem uma “*alea*” no que se refere à obtenção de resultados, não há como se negar o direito de qualquer contraente, de interromper as negociações

contratuais quando tenha interesse legítimo. Na dúvida entre a prevalência do interesse do contraente que encerrou as negociações e a prevalência do interesse da outra parte de ser indenizada, deve prevalecer o interesse daquele.

A afirmação pura e simples, de que a culpa é elemento indispensável para a configuração da responsabilidade pela interrupção das negociações contratuais, tem, no entanto, pouco significado. Essa afirmação carece de um mínimo de concretude, diante dos numerosos significados que a palavra 'culpa' encerra e da fluidez desse conceito jurídico indeterminado.

A culpa em sentido amplo, no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, significa a violação dos deveres de comportamento em sociedade, violação essa que se traduz, por um lado, no dolo, que significa a intenção de produzir um dano a outrem. Além da hipótese de violação intencional, o ordenamento jurídico, ao tratar da responsabilidade aquiliana, contempla as hipóteses de violação involuntária de bens jurídicos alheios, denominada “culpa em sentido estrito”, traduzida na violação do dever de agir com cuidado e atenção (negligência e/ou imprudência) e na violação do dever de agir com a perícia que a situação requer (imperícia).

A aplicação da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais demanda uma concretização dos conceitos de dolo e culpa em sentido estrito, segundo as necessidades e peculiaridades desse tipo de responsabilidade civil. Como se verá a seguir, não se faz possível a simples transposição do conceito de culpa da responsabilidade aquiliana, para a solução das questões de responsabilidade civil pela ruptura das negociações pré-contratuais.

Dos sentidos que a palavra culpa adquire na responsabilidade civil aquiliana, somente quando ela aparece como violação intencional de um bem jurídico de outra pessoa, ou seja, como dolo, é que se poderá transplantar tal sentido para a responsabilidade por interrupção das negociações pré-contratuais.

O dano intencional produzido a bem jurídico de outra pessoa sempre acarreta no nosso sistema jurídico a responsabilização do seu causador. Assim é na responsabilidade civil aquiliana e na responsabilidade civil contratual. Não será diferente na responsabilidade civil pré-contratual, em todas as suas subespécies. A ruptura das negociações, sempre nos parecerá de exigir um “*animus nocendi*” ou uma negligência bastante grave da mesma. Aplicando esta formulação, faremos responder a parte que agiu “*ex ovo*” com intuito de prejudicar.

Sempre que alguém iniciar negociações contratuais sabendo de antemão que não pretende concluir o contrato, com o simples propósito de causar dano ao outro contraente, será responsabilizado por tais danos. O mesmo se aplica ao agente que inicia as negociações de boa fé e no seu curso as interrompe com o único objetivo de causar dano ao outro contraente.

Parece haver controvérsia quanto à ilegitimidade da ruptura de negociações iniciadas com esse específico propósito, ou que, embora iniciadas lealmente, a sua interrupção teve apenas em vista causar danos à contraparte. Qualificam-se tais hipóteses como “recesso intencional”. A pessoa que entra nos preliminares de um contrato assume o risco de que razões negociais possam impedir que o mesmo se efetive. Contudo, não lhe pertence o risco de

que a outra parte, sem intenção séria de contratar, a incite a uma negociação que depois abandona.

Para que a responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais se configure, não há necessidade de comprovação de conduta dolosa da parte que encerra as negociações. A configuração de simples culpa pode ser suficiente para o reconhecimento desse tipo de responsabilidade.

A pretensão a perdas e danos a compensação pecuniária, tem outra origem; a abusividade da cláusula no moral, pagamento indevido e quebra da base do negócio. A doutrina brasileira prefere recorrer a comparações com as tradicionalmente conhecidas e combatidas cláusulas ou condições ilícitas, potestativas e leoninas ou defesas em lei, para explicar o atual combate às cláusulas abusivas.

A teoria do abuso de direito como fundamento da responsabilidade pelo recesso injustificado das tratativas é lógica, porém, as suas bases estão no elemento no qual não se encontra a justificativa central para a responsabilização de que está tratando. O abuso de direito, de contratar é decorrente de determinadas circunstâncias enquadradas na realização de um contrato, após ter iniciado as negociações para o seu estabelecimento. Para adequar essa tese a situação ora sob exame, seria necessário substituir a noção de “direito de não contratar”, pela noção de “direito de romper as negociações contratuais”, portanto, não é cabível para justificar a responsabilidade pela ruptura das relações pré-contratuais.

O fundamento da responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais reside, no dever que as partes têm, durante a fase das tratativas, de comportar-se segundo as exigências da boa fé objetiva. O foco da questão

centra-se no comportamento da parte que rompe as tratativas, durante todo o desenrolar das negociações, a fim de se verificar a congruência entre a conduta por ele adotada durante as tratativas e o ato de desistir de estabelecer o contrato.

Assim, a responsabilidade civil pela ruptura de negociações contratuais decorre da violação de deveres de conduta assumidos pelos contraentes ao estabelecerem negociações para a constituição de contratos mais complexos.

5. Referências

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral das Obrigações**. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1966.

BREBBIA, Roberto H. **Responsabilidad precontractual: evolución de la doctrina – ensayo de un sistema de responsabilidad precontractual en el derecho argentino – derecho comparado**. Rosario: Víctor P. de Zavalia, 1957.

COUTO E SILVA, Clóvis F. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel S/A, 1989.

FAGGELLA, Grabielle. **Dei periodi precontrattuale e della loro vera ed esatta costruzione scientifica**. Studi giuridici in onore de Carlo Fradda, Tomo III, 1906.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Trad. de Manuel Domingos de Andrade. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

JHERING, Rudolph Von. **Culpa in contrahendo oder schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten verttügen**. Varlag Gehlen: Bad, 1969.

KÖNDGEN, Johannes. **Selbstbindung ohne Vertrag**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1981.

LARENZ, Karl. **Lehrbuch des schuldrechts**. Bamd I. Allgemeiner Teil. 14, Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 1987.

MARQUES, Claudia Lima. **Notas sobre o sistema de cláusulas abusivas no código brasileiro de defesa do consumidor.** Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro: Padma, 2000.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro.** Forense: Rio de Janeiro, 1981, p. 93.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos Contratos.** Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, supl. XIV, Coimbra, 1996.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. **Quebra positiva do contrato.** Revista de Direito do Consumidor, n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SALEILLES, Raymond. **De la responsabilité précontractuelle a propos d'une étude nouvelle sut la matière,** 1907.

STIGLITZ, Rubén S. **Responsabilidad precontractual.** Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1992.

STOLL, Hans. **Die Haftung für das Verschulden während der Vertragsverhandlungen.** in: LeipzZ 23. S. 532/548.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações.** Coimbra: Almedina, 1986.

WESTERMAN, Harm Peter. **Código civil alemão: direito das obrigações - parte geral.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1983.