

**UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES  
PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU  
INSTITUTO A VEZ DO MESTRE**

**A BOA-FÉ COMO PRINCIPAL FUNDAMENTO DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL**

**Por: Débora Goiatá Gonzalez**

**Orientador  
Prof. Francis Rajzman**

**Rio de Janeiro  
2009**

**UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES  
PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU  
INSTITUTO A VEZ DO MESTRE**

**A BOA-FÉ COMO PRINCIPAL FUNDAMENTO DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL**

Apresentação de monografia ao Instituto A Vez do Mestre – Universidade Candido Mendes – como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Empresarial.

Por: Débora Goiatá Gonzalez

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus colegas de turma pelas informações e debates importantes na sala de aula e, principalmente, a todos os professores que de uma maneira especial nos passou conhecimentos que com certeza representará um diferencial em nosso futuro profissional.

## DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho ao Fabiano, meu amigo, companheiro e marido que, com seu apoio e compreensão foi fundamental para a elaboração e conclusão do presente trabalho; e aos meus pais, por todo amor que sempre me guiou ao longo da vida.

## RESUMO

GONZALEZ, Débora Goiatá. *A boa-fé como principal fundamento da responsabilidade civil pré-contratual*. Monografia (Pós Graduação de Direito Empresarial e dos Negócios). Instituto A Vez do Mestre – Universidade Candido Mendes – Centro, Rio de Janeiro.

A responsabilidade civil pré-contratual é tema ainda em desenvolvimento na Doutrina pátria, apesar de já difundido no Direito Comparado. A importância do tema tem feito com que este seja cada vez mais debatido, recebendo atenção de grande número de juristas que discutem, entre outros pontos, acerca da necessidade de introdução do instituto em nosso ordenamento jurídico como forma de controle do cumprimento de deveres inerentes à boa-fé, não somente na concretização do contrato, mas também na fase que a ele antecede. O objetivo deste trabalho é, portanto, uma abordagem crítica do tema, na tentativa de conceituá-lo por meio de sua tão discutida natureza jurídica, demonstrando sua importância, as possibilidades de sua concretização e seu fundamento, bem como o liame entre a existência ou não do dever de indenizar.

### **Palavras-chave**

Responsabilidade civil, negociações preliminares, boa-fé objetiva, estudo de caso.

## **METODOLOGIA**

As necessidades percebidas na prática forense, particularmente no que tange à responsabilidade civil que se evidencia ainda na fase pré-contratual, foram a razão da escolha do tema do presente trabalho. A partir da observação de tais casos, nota-se também a variação de correntes e entendimentos sobre o assunto na doutrina pátria e, mais a fundo, também na doutrina alienígena.

Para a construção do raciocínio exposto nesta monografia foram utilizados artigos jurídicos obtidos em revistas e livros, pesquisa de jurisprudência, consulta à legislação seca e comentada.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I: A BOA FÉ CONTRATUAL	11
CAPÍTULO II: A RESPONSABILIDADE NAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES E O DEVER DE INDENIZAR	24
CAPÍTULO III: ESTUDO DE CASO CONCRETO	45
CONCLUSÃO	59
BIBLIOGRAFIA	61
ÍNDICE	63

## INTRODUÇÃO

A boa-fé é um princípio de importância fundamental, já que está intimamente ligado à ética, princípio basilar do Direito em todo o mundo.

No âmbito do direito obrigacional a boa fé é objetiva, constituindo um dos mais importantes dentre todos os princípios contratuais.

Ocorre que, como tem observado grande parte dos doutrinadores que realizam diversas críticas sobre a questão, a boa-fé não deve estar limitada ao momento em que se executa o contrato, devendo estar presente também no momento anterior ao contrato, bem como em todas as relações em sociedade.

A crítica aumentou quando o Legislador Pátrio deixou de incluir a boa fé nas fases anterior e posterior ao contrato, quando teve a oportunidade de fazê-lo com o advento do Código Civil de 2002, como se extrai do art. 422 da Legislação Civil, restringindo sua aplicação ao momento de execução do contrato.

Ocorre que, apesar da restrição realizada pelo Legislador, a boa fé é elemento que deve estar presente em todas as fases contratuais, gerando inclusive deveres que se não observados podem gerar danos, e a conseqüente possibilidade de indenização.

Atenta a doutrina, portanto, para a necessidade de inserção deste dever de boa fé na fase pré-contratual, visto que a ordem jurídica estabelecida o deixou à margem.

Por outro lado, a responsabilidade civil tem buscado cada vez mais a reparação do dano e menos a punição do agente que o causou, residindo preocupação do ordenamento na necessidade de restituição integral da vítima



ao estado em que se encontrava antes do dano suportado, visando restabelecer o *status quo ante*.

Este trabalho se propõe a discutir com relação às hipóteses de Responsabilidade Civil pelos danos suportados na fase pré-contratual, fase esta em que se estabelecem negociações e tratativas, podendo ser geradas expectativas entre as partes e onde se exige que as partes se comportem de acordo com os deveres impostos pela boa-fé.

Para a elaboração do presente trabalho, optou-se por versar no Capítulo I sobre a boa-fé objetiva como elemento capaz de vincular as partes gerando deveres recíprocos, uma vez que a responsabilidade pré-contratual surgirá quando do descumprimento dos deveres a ela inerentes advier algum dano ou prejuízo para uma das partes em negociação. Portanto, fez-se necessário o desenvolvimento de um capítulo versando exclusivamente sobre este elemento essencial para que se configure esta espécie de responsabilidade.

Sucedem, então, Capítulo II onde entra em foco a questão da Responsabilidade civil pré-contratual advinda do dano causado pela ruptura das negociações preliminares, dano este que surge a partir de uma expectativa gerada em uma das partes e não consumada pela inobservância da parte contrária aos deveres inerentes à boa-fé objetiva.

Houve também a preocupação em demonstrar a natureza jurídica do Instituto, registrando, para tal, as controvérsias doutrinárias, tendo sido utilizado o entendimento de Regis Fichtner Pereira em sua tese de doutorado sobre o tema acerca da natureza jurídica *sui generis* dessa espécie de Responsabilidade.

Preocupou-se ainda, neste capítulo, em fazer uma breve explanação sobre o conceito de negociações preliminares, diferenciando-a do pré-contrato

no que diz respeito à vinculação das partes. Objetiva-se, ainda, demonstrar o liame entre a expectativa causada nas partes contraentes, a boa-fé objetiva, a função social do contrato e o dever de indenizar.

Objetiva-se, demonstrar a necessidade de se estabelecer as diferenças entre as negociações preliminares e o contrato preliminar e o contrato propriamente dito, atentando para os requisitos e limites que distinguem cada uma das fases contratuais, bem como a importância da fase pré-contratual para o mundo jurídico e suas implicações legais em caso de haver danos para as partes em negociações.

# CAPÍTULO I

## A BOA-FÉ CONTRATUAL

### 1.1 - CONCEITO DE BOA-FÉ

O vocábulo boa-fé deriva do latim *bona fides*, que significa boa crença, boa confiança. Sabe-se, todavia que para o direito, esse conceito é mais amplo. Isso porque mantém forte liame com a ética, estando ligado também com a conduta das pessoas em suas relações sociais, onde o respeito, a fidelidade e a cooperação são essenciais para a harmonia em sociedade.

É com esse objetivo que se elege a boa-fé como elemento de presença necessária para auxiliar a convivência pacífica entre os homens, exigindo-se cada vez mais que a eticidade esteja presente em seu comportamento, não somente em seu psicológico e em suas intenções, mas de maneira manifesta em seus atos.

O desenvolvimento da consciência humana no sentido da importância deste elemento para a vida em sociedade tem feito com que o conceito jurídico de boa-fé se aperfeiçoe, tornando-se mais complexo e gerando deveres aos quais as partes devem estar atentas.

Pode-se dizer, destarte, que é essencial a presença da boa-fé nas relações, caso contrário reinará a desconfiança e o caos social.

Apesar de constituir um conceito jurídico indeterminado, fato que dificulta uma nítida compreensão de seu real significado, a boa fé no campo obrigacional apresenta aplicação bem definida, já que está relacionada com o comportamento das partes durante todas as fases contratuais.

## 1.2 - DIFERENÇA ENTRE BOA FÉ OBJETIVA E BOA FÉ SUBJETIVA

Com efeito, o advento do Novo Código Civil em 2002 foi fator de grande importância para a boa-fé, principalmente no mundo das obrigações, haja vista ter sido responsável por uma profunda transformação em seu conceito.

Antes do Novo Código, a boa-fé era predominantemente subjetiva, o que significa que para a constatação da presença desta no comportamento do agente era feita somente uma análise do elemento psicológico, buscando as razões que o levaram a agir de tal forma.

A boa-fé subjetiva está relacionada com o aspecto negativo das exigências da convivência humana, expresso na fórmula *alterum non laedere*<sup>1</sup>, que consiste na exigência da consciência de que ao agir não se está prejudicando terceiros.

Destarte, a boa-fé subjetiva se caracteriza como a atuação do comportamento do agente de maneira consciente no sentido da não violação da lei. É a crença do sujeito no sentido de não estar violando o Direito, ou a ignorância psicológica desta violação.

De acordo com a boa-fé subjetiva, a ignorância do agente acaba por legitimar algumas vezes seus atos, livrando-o de consequências jurídicas que poderiam sobrevir caso soubesse estar violando uma norma.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a boa-fé no campo das obrigações passou a ser objetiva. Isto significa que, a partir do Novo Código, ao analisar a presença da boa-fé contratual, diferentemente do que

---

<sup>1</sup> BETTI, Emílio *apud* PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73-4.

ocorre no caso da boa-fé subjetiva, não se buscará o estado de consciência do agente. Não haverá somente a preocupação em observar se na consciência do agente seu comportamento está ou não de acordo com o direito, mas sim se o seu comportamento está de fato guiado pela boa-fé.

Vale lembrar, todavia, que foi o Código de Defesa do Consumidor o primeiro a trazer ao ordenamento jurídico brasileiro a boa-fé como dever jurídico, como regra de comportamento efetivo, ao determinar expressamente que as relações de consumo dar-se-iam na mais estrita boa-fé<sup>2</sup>.

Sendo assim, a boa-fé objetiva, como característica das relações obrigacionais constitui um padrão de conduta a ser observado nas relações jurídicas entre as pessoas, no qual se exige a observância de deveres relacionados à ética, como a lealdade; probidade; honestidade; cooperação; entre outros.

A boa-fé objetiva no âmbito obrigacional decorre de lei, tendo sido instituída pelo art. 422 do Código Civil e estando presente também na legislação consumerista, conforme já mencionado.

Ademais disto, a boa-fé atua também como um critério necessário para a análise contratual, interferindo na interpretação dos contratos, consoante determina o artigo 113 da Legislação Civil<sup>3</sup>.

Apesar de toda essa mudança trazida pelo Novo Código a boa-fé subjetiva não desapareceu. Ela é característica das relações jurídicas que envolvem direitos reais, de algumas relações jurídicas do direito de família e da responsabilidade civil extracontratual. Também está presente, por exemplo, na posse de boa-fé, que é aquela onde o possuidor ignora os vícios. Para este

---

<sup>2</sup> Vide art. 4º, inc, III, da Lei 8.078/90.

<sup>3</sup> Art. 113 do CC – “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

trabalho nos interessa o conceito de boa-fé objetiva, por ser ela necessária no campo obrigacional ora em debate.

### 1.3 - A BOA-FÉ COMO REGRA DE CONDUTA

A boa-fé, no mundo das obrigações e dos contratos, era uma simples exortação ética que se fazia aos contratantes, solicitando-se que agissem honestamente, haja vista a inexistência de um comando legal impondo-lhes uma conduta honesta.

Entendia-se que a boa-fé, como conceito ético, deveria estar alinhada no coração e na mente das pessoas, sendo suficiente para tanto que o contratante estivesse imbuído da sincera intenção de não prejudicar o outro; de não lhe causar dano; ou que ignorasse estar causando um dano à contraparte; justificando a nomenclatura boa-fé subjetiva, já que ela deveria encontrar-se no interior das pessoas.

Percebeu-se, entretanto, que essa boa-fé subjetiva era insuficiente e romântica, exigindo-se uma boa-fé objetiva, ou seja, um comando legal que contivesse uma regra obrigatória de conduta.

Desta forma, conforme já mencionado, o Novo Código Civil oxigenou o princípio da boa-fé objetiva presente nas relações obrigacionais quando, em seu artigo 422 determinou sua observância no decorrer do contrato.<sup>4</sup>

Importante observar que o Legislador pátrio pecou ao restringir a aplicação do princípio às fases contratuais e pós-contratuais, olvidando-se de inserir no dispositivo a fase pré-contratual.

---

<sup>4</sup> Art. 422 do CC “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A crítica é compartilhada por quase toda a unanimidade da doutrina, que apesar da omissão legal, entende que a aplicação do princípio deve estender-se não somente à fase que antecede ao contrato propriamente dito como também a todas as relações interpessoais em sociedade.

Começa então a tomar corpo uma regra geral de conduta segundo a boa-fé, concretizada em deveres de informação e lealdade, impondo-se uma atuação derivada do sistema e não mais da vontade das partes que devem conformar-se, querendo permanecer no domínio jurídico<sup>5</sup>.

Cria-se, assim, uma espécie de *Standard*, um padrão de conduta baseado nas regras objetivas que tipificam a honradez necessária no comércio e nas relações sociais.

Segundo leciona Paulo Luiz Netto Lobo, “*a boa-fé objetiva como forma de conduta implica na necessidade de os indivíduos manterem conduta honesta, leal e correta em suas relações jurídicas obrigacionais, nada mais é que uma exigência de retidão no comportamento exigida do homem-médio*”<sup>6</sup>.

De acordo com esse princípio, portanto, é exigido do homem médio que a sua conduta seja proba e transparente, procurando informar, sempre que necessário, a parte com a qual se relaciona. Nas relações de consumo, o princípio da boa-fé importa largamente no dever de informar que é atribuído principalmente ao fornecedor, visto ser a parte mais forte da relação negocial.

O presente trabalho, contudo, concentra-se na aplicação da boa-fé na fase pré-contratual, em que o contrato ainda está em formação, onde ocorrem as tratativas e são expostas as intenções e condições de um possível futuro contrato.

---

<sup>5</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Meneses. *Dá boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina 1997. p. 640-1.

<sup>6</sup> LÔBO NETTO, Paulo Luiz. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito Consumidor*. São Paulo v.11. n. 42, 2002, p. 193.

A boa-fé objetiva como princípio e norma de conduta, está ligada à regra do *neminem laedere* que rege a relação jurídica pré-contratual, segundo a qual a pessoa não deve praticar atos em sociedade violando direitos e causando danos a outrem.

## 1.4 - DEVERES DECORRENTES DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva no âmbito das relações obrigacionais impõe deveres às partes em negociação. Deveres estes que decorrem da ética e são denominados secundários; anexos ou acessórios, pois se diferem dos deveres principais, próprios dos contratos em si.

Destarte, a boa-fé objetiva como um princípio social ou contemporâneo é norma jurídica que impõe àqueles que participam de um contrato, que atuem com honestidade; lealdade e cuidado, preocupando-se em fornecer as informações para que o contratante possa deliberar sabendo de seus riscos e benefícios, a par de tudo o que tiver relevância para a boa vida de um contrato.

Os principais deveres exigidos pela boa-fé objetiva são os deveres de lealdade, honestidade, confiança, dever de informar, dever de cuidado e dever de sigilo, conforme veremos a seguir.

### 1.4.1 - Dever de probidade, lealdade, honestidade e confiança

Conforme leciona Pontes de Miranda,

*“O que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resulta relações jurídicas de confiança, e não só relações morais. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão,*



*e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que se vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato<sup>7</sup>”.*

Aprende-se com os ensinamentos acima, que o dever de lealdade exige que as partes atuem com retidão, comportando-se de acordo com suas reais intenções, o que significa que não devem prosseguir em negociações quando não tiverem interesse legítimo no objeto do contrato ou quando souberem da impossibilidade legal ou econômica para a realização do contrato planejado.

Portanto, vai de encontro ao que preceitua a boa-fé, o comportamento daquele que insiste em prosseguir na negociação de um contrato, mesmo sabendo que, por qualquer motivo, não tem interesse em concluí-lo.

Também atenta contra o princípio da boa-fé, a atitude de pessoa que mesmo sabendo não ter condições legais ou financeiras para concluir o contrato, permanece negociando, podendo esse comportamento desleal, causar danos à parte contrária, que confiou na honestidade das intenções alheias.

É necessário para o bom desenrolar das atividades econômicas que as partes confiem umas nas outras. A confiança apresenta ligação com o dever de cooperação, que mantém vínculo com o comportamento leal.

Sendo assim, os deveres de lealdade, honestidade e confiança são deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva e estão intimamente relacionados, devendo a confiança estar presente em todas as fases contratuais, para o bom andamento das relações negociais.

---

<sup>7</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3. ed. Rio de Janeiro: 1972 p. 321.

Segundo leciona Menezes Cordeiro: “a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes e futuras, que tenha por efetivas. O princípio da confiança explicitaria o reconhecimento dessa situação e a sua tutela<sup>8</sup>”.

Em suma, deve-se estabelecer um ambiente de confiança entre as partes em negociação, um compromisso tácito de agirem com lisura, sinceridade e honestidade de propósitos, de modo a evitar que uma delas, tendo contribuído com seu esforço, seu tempo e, muitas vezes, seu dinheiro para colimar objetivos comuns, seja surpreendida por uma atitude leviana e injustificável da outra<sup>9</sup>.

#### 1.4.2 - Dever de informação

O dever de informar talvez seja o mais importante dos deveres e está ligado à necessidade de fornecimento de informações para que o contratante possa escolher sabendo de seus riscos e benefícios, e tudo o mais que tiver relevância a boa vida de um contrato.

Este dever apresenta grande importância principalmente nas relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal, consoante artigos 12, parte final, e artigos 14, 18, 20, 30, 31, todos da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, seja em atenção ao que preceitua a boa-fé objetiva.

No âmbito consumerista, por exemplo, gera-se a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço quando da apresentação de informações insuficientes ou inadequadas acerca da utilização do produto ou serviço.

---

<sup>8</sup> CORDEIRO, op. cit., p.117.

<sup>9</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 305-7.

O Direito não admite, com base no princípio da boa-fé objetiva e nos dispositivos legais relacionados a ela, que as partes em negociação omitam aspecto relevante causando danos à contraparte contratual.

Importante frisar, que do dever de informação decorrem outros deveres, quais sejam os de clareza e transparência nas relações negociais, no sentido de evitar comportamento obscuro e dissimulado, sem deixar claro o que realmente se pretende ao contratar, as condições, capacidade e possibilidades.

#### 1.4.3 - Dever de proteção e cuidado

O que a boa-fé pretende aqui é evitar que haja danos para as partes, que podem ocorrer pelo simples fato de haver contato entre elas, como ocorre, por exemplo, no caso do proprietário de uma sala de espetáculos ou de estabelecimento comercial, que deve planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes.

Deve também estar presente na fase das negociações o dever de cuidado e proteção não somente com a pessoa, mas também com o patrimônio da contraparte.

Portanto, devem as partes diligenciar com todo o cuidado no sentido de atentar para não infringir o dever de conservação, ao se conduzirem em negociações, evitando danos à contraparte.

#### 1.4.4 - Dever de sigilo

Este dever advém da necessidade de as partes guardarem segredo sobre os atos ou fatos do quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares.

Este dever deve ser observado sempre que as informações prestadas pelas partes, em quaisquer fases contratuais, contiverem conteúdo sigiloso, vedando-se a sua utilização para outra finalidade.

Apesar de sua exigência não se restringir a nenhuma fase específica do contrato, devendo estar presente sempre que necessário, o dever de sigilo apresenta grande incidência na fase pós-contratual. Isto porque, é importante que as partes respeitem umas às outras, mesmo após o contrato, quando já não existe mais vinculação entre elas, pelo menos em tese.

Vale ressaltar que o descumprimento deste dever na fase pós-contratual pode gerar graves danos às partes. Basta imaginar o caso do funcionário que, por motivos inerentes ao trabalho, teve acesso à fórmula secreta do produto comercializado pela empresa onde trabalhava e após desvincular-se desta revela aos concorrentes todo o segredo da empresa.

Com base na teoria da culpa pós *pactum finitum*, haverá a possibilidade de indenização dos danos sofridos nestes casos em que existe eficácia pós-contratual.

Conclui-se, então, que o dever de sigilo não necessita estar expresso no contrato ou reduzido em documento, ele é dever jurídico imposto pela ética e deve ser respeitado mesmo após a conclusão do contrato de forma a evitar prejuízos para as partes contratantes.

## 1.5 - A BOA-FÉ OBJETIVA E A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

Conforme já mencionado, o princípio da boa-fé objetiva deve estar presente em todas as fases contratuais, manifestado na retidão da conduta das

partes que devem comportar-se de maneira correta em consonância com os deveres da boa-fé.

Durante a fase preliminar do contrato, apesar de não haver estabelecida a relação contratual propriamente dita, há entre as partes um contato social qualificado, consubstanciado na troca de informações no intuito de se verificar a possibilidade de estabelecimento do contrato.

Este contato gera entre as partes uma relação jurídica qualificada, na medida em que nas negociações as partes esboçam entre si intenções que podem gerar expectativas.

Não há dúvidas, então, que a boa-fé na conduta das partes é essencial neste momento, em que apesar de não haver exigência do cumprimento de um dever principal relacionado ao contrato, há necessidade de que as partes atentem para os deveres acessórios, já que há grande preocupação pelos valores de confiança e lealdade recíproca, inerentes a boa-fé.

A boa-fé objetiva é, portanto, elemento de sua importância considerando-se que a responsabilidade pré-contratual surgirá exatamente quando o descumprimento dos deveres a ela inerentes causarem algum dano a uma das partes em negociação, dando ensejo à respectiva reparação por meio do pagamento do valor indenizatório.

Por isso, deve haver o cuidado da parte em não incutir na outra parte a expectativa de que o contrato irá se perfazer quando não tenha a vista este propósito.

Essas razões levam a maior parte da doutrina a indicar a boa-fé objetiva como o fundamento adequado aos casos de responsabilidade pré-

negocial, especialmente na hipótese de não-justificada conclusão dos contratos.<sup>10</sup>

Há, no entanto, aqueles que entendem estar no abuso de direito o fundamento da responsabilidade civil pré-contratual pelo rompimento das negociações, e outros que acreditam ser a proibição do *venire contra factum proprium* a base dessa espécie de responsabilidade.

A doutrina que indica o abuso de direito como fundamento utiliza argumento segundo o qual o dever de indenizar surge pelo exercício abusivo do direito potestativo de rompimento das negociações, que prejudica a parte contrária.

Regis Fichtner critica esse entendimento aduzindo que “*não há como imputar responsabilidade ao contraente fundada pura e simplesmente no ato de romper as negociações como ato abusivo, devendo ser analisado o comportamento da parte durante toda a negociação, verificando-se se houve conformidade com as regras da boa-fé objetiva.*”<sup>11</sup>

Já os adeptos do entendimento de que a proibição do *venire contra factum proprium* é o que fundamenta a responsabilidade civil pela ruptura das negociações preliminares; afirmam que é vedado ao sujeito que negocia, a prática de atos contraditórios, sendo proibido à parte criar na outra a confiança na estipulação do contrato e posteriormente dele desistir sem qualquer justificativa.

---

10 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e típica no processo obrigacional*. 1ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002. p.517.

11 PEREIRA, Regis Fichtner, *op. cit.* *in verbis*, “Essa tese peca justamente por centrar o foco do tipo de responsabilidade sob exame, no ato em si de encerrar as negociações contratuais. Este ato, porém, se analisado isoladamente, nenhuma contribuição traz para a solução do problema de se imputar algum tipo de responsabilidade para a parte que teria abusado desse direito. A solução do problema não está em se perquirir se o ato de encerramento das negociações em si mesmo dói ou não abusivo, mas sim em se verificar se esse ato está de acordo com todo o comportamento adotado pela parte durante o desenrolar das negociações contratuais... Além disso, se deve ser considerado abusivo o exercício do direito de encerrar as negociações, o que teria que ser suprimido, em consequência, seria o próprio ato em si de desistência do contrato” p. 301-2.

O bem jurídico tutelado é, portanto, a confiança que a parte deposita na seriedade de propósitos da autora quanto à constituição do contrato, bem como o interesse que as partes tem na conclusão do contrato. Busca-se preservar a expectativa gerada na outra parte de modo que não se comportem de maneira irresponsável no decorrer das negociações.

Não se pode olvidar, todavia, que a proibição do *venire contra factum proprium* é uma das manifestações do princípio da boa-fé, constituindo seu fundamento próximo, na hipótese de responsabilidade pré-contratual pelo rompimento das negociações preliminares.

Por esse motivo, leciona José Alexandre Tavares Guerreiro.

*“Apesar de sua relativa imprecisão conceitual, a noção de boa-fé como fundamento do dever de indenizar a parte inocente, parece mais adequada e completa do que qualquer outra, no que diz respeito à caracterização da deslealdade da parte que, sem motivo justificado, abandona as negociações preliminares e que, em decorrência de mero capricho, vem a frustrar justas expectativas da outra parte”.*<sup>12</sup>

Conforme exposto, predomina hoje em nossa doutrina o entendimento segundo o qual a responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais se fundamenta na aplicação do princípio da boa-fé, quando um dos contraentes não observa os deveres de lealdade e correção no curso das tratativas, consistindo a proibição do *venire contra factum proprium* uma manifestação desse princípio.

---

<sup>12</sup> GUERREIRO, José Alexandre Tavares. A boa fé nas negociações preliminares. *Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário, e empresarial)* V. 16, ano 5 abr./jun., 1981.p. 50.

## **CAPÍTULO 2**

### **A RESPONSABILIDADE NAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES E O DEVER DE INDENIZAR**

#### **2.1 - CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DE NEGOCIAÇÕES CONTRATUAIS**

O contrato é um procedimento dividido em fases que seguem até a sua conclusão. São três as fases contratuais: a pré-contratual, a contratual propriamente dita e a pós-contratual.

Há, no entanto, dois momentos determinantes para definir o liame entre as fases pré-contratual e o contrato propriamente dito, que são a proposta do negócio pelo proponente ou ofertante dirigida ao oblato e a aceitação.

Até a proposta, os contatos entre as partes estão inseridos na fase pré-contratual, que é a fase das negociações preliminares em que se pretende chegar a uma proposta para celebrar o contrato.

Tanto a proposta, como a aceitação são manifestações de vontade. Com a aceitação da proposta dá-se o encontro das duas declarações de vontade formando-se definitivamente o contrato. Contudo, esta demonstração pura e simples da formação dos contratos não se verifica em todos os negócios jurídicos.

Em contratos mais complexos muitas vezes se utiliza de uma técnica chamada de punctuação. Nada mais é senão a redação de cláusulas contratuais e sua assinatura, mas ainda não é contrato porque não existe consenso sobre o todo. Encontram-se ainda em negociação preliminar e as partes assinam somente para demonstrar que já existe um consenso pelo



menos sobre algumas cláusulas negociadas, podendo haver renegociação, mas sobre elas já se chegou a um consenso.

Desta forma, vê-se que a proposta e a aceitação não são sempre propaladas de maneira imediata. Muitas vezes o *iter negoci* requer a realização de inúmeras atividades para que os futuros contraentes analisem seus interesses, capacidades, condições e vantagens.

Dependendo da natureza e da complexidade do contrato, antes de sua eventual conclusão, existirá um mais ou menos longo período preparatório ao qual se denomina período pré-contratual, durante o qual se realizam as negociações preliminares.

O resultado das negociações preliminares é uma proposta contratual, nada mais é do que uma manifestação de vontade no sentido de contratar determinada coisa e de certo modo.

A proposta nasce no momento em que um dos contratantes envia ao outro uma proposta contendo todos os elementos essenciais necessários para a celebração do contrato, nada mais é do que a manifestação de vontade de uma pessoa oferecendo todos os elementos para a formação de um negócio jurídico.

Vale lembrar que pode ainda o outro contraente enviar uma contra proposta (outro documento com nova proposta). Ainda estão, portanto, em fases preliminares até o momento em que se chega a um consenso sobre o contrato. A proposta pode assumir qualquer forma, pode ser oral, através de carta, por internet, não importa.

O contrato só se forma, portanto, após a aceitação da proposta. Antes disto ainda estamos na fase pré-contratual, devendo ressaltar que o tratamento da proposta em nosso ordenamento jurídico é diferente, já que esta, após

aceita, é obrigatória, vinculando as partes, o que significa que existe um direito da outra parte de exigir que o contrato seja cumprido, podendo a parte interessada exigi-lo em juízo.

Com a aceitação da proposta o contrato está formado. Tem-se, então, a fase contratual, em que se deverão cumprir os deveres principais resultantes da própria natureza do contrato, extinguindo-se com a satisfação de todos esses deveres.

Por último, quando já houve cumprimento com relação ao objeto principal do contrato, segue a fase pós-contratual. Aqui, apesar de não mais haver exigência de deveres principais, existem casos em que pode haver alguma projeção do contrato.

Um bom exemplo é o do médico que deve guardar sigilo da ficha médica do paciente mesmo após a cura. Como já versado, esses deveres podem derivar do próprio contrato ou em razão da boa-fé objetiva.

Interessa-nos aqui a fase pré-contratual, já que é nesta fase em que ocorrem as negociações contratuais, momento anterior ao contrato, em que as partes realizam deliberações relacionando-se com o objetivo de verificar as possibilidades de realização de um contrato futuro, que pode ou não se concretizar. É nesta fase que as partes irão sopesar as vantagens e desvantagens que a realização do negócio jurídico irá trazer ou não.

Portanto, no momento em que duas pessoas iniciam conversações com a finalidade de realizar um negócio jurídico, não há como considerar que elas se encontrem nas mesmas circunstâncias em que se encontram duas pessoas que conversam socialmente, trocando meras experiências ou impressões pessoais. É certo que já existe uma finalidade de natureza econômica para os atos praticados pelas partes, que é o estabelecimento de uma relação jurídica de natureza contratual.

Para que se possa imputar responsabilidade às partes por fatos ocorridos no decorrer das negociações contratuais, é necessário que se entenda haver vínculo jurídico entre elas na fase anterior à formação do contrato. Esse vínculo é intuitivo e derivado desse contato social qualificado entre as partes, que é capaz de gerar expectativas de realização do negócio jurídico projetado.

Nota-se, então, que a importância das negociações contratuais para o mundo jurídico é o surgimento de um “contato” qualificado entre as partes em tratativas, pacto esse que faz surgir entre as partes uma relação jurídica pré-contratual, que apesar de não ter como conteúdo a obrigação de uma parte de prestar alguma coisa em favor da outra, faz surgir deveres de conduta entre elas, que, como já versado, decorrem do princípio da boa-fé.

## 2.2 - DIFERENÇAS ENTRE NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES E PRÉ-CONTRATO

Devido às freqüentes confusões em seus conceitos fundamentais e em seus desdobramentos, considerou-se prudente fazer constar no presente trabalho uma breve distinção entre os institutos das negociações preliminares e os contratos preliminares, devendo ficar claro desde já tratar-se de situações fáticas e jurídicas perfeitamente individualizadas.

Tanto é assim que nas negociações preliminares não há obrigação de contratar, sendo sua principal característica a ausência de força vinculante neste sentido, enquanto que no chamado contrato preliminar impõe-se a obrigação de as partes concluírem posteriormente o contrato definitivo, cuja definição de seu conteúdo e elementos essenciais consubstancia-se como objeto daquele tipo contratual autônomo.

Como visto, as negociações preliminares são contatos qualificados entre as partes que deliberam com vistas a contrair contrato, permanecendo o elemento volitivo em seu íntimo. Destarte, pela sua própria natureza, é repugnante qualquer tentativa de execução específica, já que não pode o juiz suprir o consenso do contrato principal, se não existe declaração conjunta de vontade das partes nesse sentido.

Sendo assim, as negociações preliminares ocorrem na fase que antecede a aceitação da proposta, ou seja, no período pré-contratual, em que ainda não há contrato, porque oferta e aceitação não convergiram numa mesma vontade, apesar de haver vinculação jurídica pré-contratual.

Por outro lado, no contrato preliminar, também denominado pela doutrina de pré-contrato, existe manifestação de vontade e consenso com relação a esta manifestação, por isso é que se admite a execução específica em virtude da predeterminação da vontade das partes nesse sentido.

Portanto, o contrato preliminar já é um contrato perfeito e obrigatório, com objeto particular, constituindo o seu objeto a celebração de um outro contrato futuro, ou seja, obriga-se a manifestar a vontade. Um exemplo é a promessa de compra e venda, onde na realidade são dois contratos: o de promessa da compra e venda e o da compra e venda em si que será realizada posteriormente.

Percebe-se, assim, que os dois institutos não se confundem, já que um trata de um perfeito contrato e o outro de atos anteriores ao contrato, ocorridos na fase pré-contratual. Concluindo-se que somente nas negociações preliminares, e não no pré-contrato em si, é que existe a possibilidade de ocorrer a denominada responsabilidade civil pré-contratual.

## 2.3 - NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

A Responsabilidade Civil pré-contratual teve sua origem na Alemanha por intermédio de Rudolf Von Ihering, em 1861. Este doutrinador foi responsável, na verdade, pela sistematização desta teoria, uma vez que o direito romano, mesmo que de forma limitada, já tratava da responsabilidade pré-contratual, acentuando-se no período de Justiniano, em que a atitude incorreta de um dos contraentes na fase de negociações, era punida por meio da *actio ex contractu*.

Francesco Benatti preleciona que este tipo de responsabilidade somente ocorria nos casos de impossibilidade originária da prestação e de conduta dolosa ou culposa em razão de defeitos ocultos da coisa ou exagero de suas qualidades. Para esse doutrinador, o *dolus in contrahendo* era vedado e a parte lesada podia se valer da *actio doli*, assim como da *actio ex contractu*, na hipótese de danos sofridos nas negociações por conduta desleal.<sup>13</sup>

Ihering, portanto, tratou a questão de maneira inovadora, pois elaborou uma teoria baseada na idéia romana de *culpa in contrahendo* ao estabelecer que de um contrato nulo pudesse advir responsabilidade para uma das partes. Isso sucederia se um dos contraentes não fornecesse as condições necessárias para a validade da avença, induzindo em erro o outro contratante.

Sendo assim, conforme leciona o autor alemão, na fase de negociações os deveres não são apenas extracontratuais, mas já haveria um vínculo entre as partes, derivado do contato social entre elas, devendo os contratantes agir com cuidado, de maneira a evitar prejuízos.

---

<sup>13</sup> BENATTI, Francesco, *apud* DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.46.

Pontes de Miranda denomina referida espécie de responsabilidade de *culpa in contrahendo*, que define como toda infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo.<sup>14</sup>

Com efeito, a liberdade das partes para contratar, própria da concepção individualista do Século XIX, foi um empecilho para que se concebesse a idéia de que pudesse haver culpa pelo rompimento das negociações.

Por outro lado, o estudo de Ihering veio como uma grande descoberta jurídica, chamando atenção para várias questões até então ignoradas. Tanto é assim que foram introduzidas, em diversos ordenamentos jurídicos, normas que sancionavam a conduta desonesta na fase pré-contratual com base na *culpa in contrahendo*, demonstrando a preocupação dos legisladores com o alcance prático da problemática.

É bem verdade que a princípio a admissão da *culpa in contrahendo* e sua introdução no ordenamento jurídico em alguns países deram-se de maneira restrita, com exceção do que ocorreu no sistema alemão do BGB, em que, diante das exigências do trágico jurídico, a admissão da sistemática como figura geral se deu em termos amplos.

Com o tempo, porém, a rigidez foi sendo quebrada, e a admissão da boa-fé dos contratantes na fase pré-contratual como conduta de observância necessária se fez imponente.

Hoje em dia a teoria encontra-se bastante difundida. Nos sistemas jurídicos de países como Itália, França, Portugal, Espanha, Argentina, entre outros, e a responsabilidade pré-contratual já é amplamente reconhecida. O

---

<sup>14</sup> MIRANDA, Francisco Pontes de. op. cit., p. 320.

Código Civil da Itália, por exemplo, em seu artigo 1.337, salienta que as partes no curso das atividades pré-contratuais devem comportar-se segundo a boa-fé.

Já no Brasil, somente no início do século XX é que se refere expressamente à existência de uma responsabilidade civil pré-contratual, com a Lei de Proteção ao Consumidor (lei 8.078/90).

Não é demais ressaltar que, embora o Código Civil de 2002, no seu artigo 422, só tenha se referido à boa-fé na conclusão e na execução do contrato, doutrina e jurisprudência firmaram entendimento no sentido de que esse dispositivo se aplica também às fases pré e pós-contratual.

Apesar de reconhecida pela doutrina brasileira, a responsabilidade civil pré-contratual é tema ainda pouco aprofundado, tratado em regra nos livros gerais.

Antônio Chaves foi o primeiro autor a dedicar-se em estudo específico do tema da Responsabilidade pré-contratual<sup>15</sup>, seguido por alguns outros como Regis Fichtner Pereira que apresenta obra recente sobre o tema.

Fato é que o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, bem como a sua disciplina e normatização pelos diversos ordenamentos jurídicos, demonstra a grande preocupação do direito em proteger a confiança depositada na contraparte por cada um dos contraentes, assim como nas expectativas legítimas que são criadas durante as negociações.

No intuito de esclarecer a natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual, diversas teorias foram formuladas tanto no Brasil como pela doutrina estrangeira. A polêmica, no entanto, ainda é grande, não havendo consenso por parte da doutrina com relação ao verdadeiro significado que o instituto tem para o Direito.

---

<sup>15</sup> CHAVES, Antônio. *A responsabilidade pré-contratual*. São Paulo: Forense, 1959.

Passaremos então a discorrer sobre as principais teorias doutrinárias sobre a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual.

### 2.3.1 - Teoria da natureza extracontratual

O entendimento de que a responsabilidade decorrente de prejuízo causado à parte na fase pré-contratual é de natureza extracontratual ou aquiliana é compartilhado pela maioria da doutrina, não somente no Brasil, mas em diversos outros países.

Os que defendem esta teoria sustentam que, por não haver entre as partes na fase das negociações qualquer espécie de relação contratual, a responsabilidade pré-contratual resultaria da prática de ato ilícito doloso ou culposos, estando as partes sujeitas à cláusula geral de responsabilidade civil, disposta no art. 186, 187 combinados com o artigo 927 do Código Civil.

De acordo com este entendimento, o dano causado às partes na formação de um contrato que não alcança a sua conclusão, é produzido em virtude da obrigação genérica de cuidado, tratando-se, portanto, de dano extracontratual.

Aderindo a esta teoria, Eduardo Espínola critica a inserção da responsabilidade pré-contratual como modalidade de responsabilidade civil contratual, entendendo ser cabível a indenização pelo dever genérico do *nenimem laedere*.<sup>16</sup> Compartilham ainda desta teoria autores como Caio Mario da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues entre outros<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> ESPÍNOLA, Eduardo *apud* PEREIRA, Regis Fichtner, ob.cit., p.140, nota 217.

<sup>17</sup> Vide Caio Mario da Silva p.19, Maria Helena v. 3 1986, p-38-39, Silvio e Rodrigues, Direito civil v. 3. São Paulo, 1999, p.60



### 2.3.2 - Teoria da natureza contratual

A tese que classifica a responsabilidade civil pré-contratual como de natureza contratual surge na Alemanha, tendo Ihering como um de seus principais precursores, e deriva do pressuposto de que o contrato é um procedimento composto por fases que respeitam uma seqüência lógica.

Segundo tal entendimento, o contrato teria início com as negociações, na fase pré-contratual, e seguiria até que as partes chegassem a um consenso. Estabelecido o consenso entre as partes, cessaria a fase pré-contratual, estando o contrato concluído.

Concluído o contrato, devendo para tanto estar preenchidos todos os requisitos necessários para a sua configuração, passa-se para a fase de execução, onde as partes deverão realizar obrigações que assumiram quando da estipulação da avença.

Com o adimplemento das obrigações haverá o término do contrato propriamente dito, sobrevivendo, em seqüência, a última fase contratual, a pós-contratual, onde ainda podem existir obrigações entre os contraentes, como no caso do dever de sigilo.

Como forma de justificar a natureza contratual desta responsabilidade, Von Ihering baseia-se na crença de que o objetivo das negociações é a constituição de um contrato, devendo, por isso, ser dessa mesma natureza a responsabilidade pelos danos cometidos nesta fase contratual.

Como adepto dessa teoria em nossa doutrina temos Antônio Junqueira.

*“Pessoalmente, tendo em vista nossa idéia de que o contrato é um processo, que vai, desde a fase pré-contratual, passando à fase contratual, distribuída em três fases menores (conclusão do contrato, eficácia do contrato e execução/ adimplemento do*

*contrato), e indo até a fase pós-contratual, todas subordinadas à boa-fé objetiva, deva se submeter ao tratamento da responsabilidade contratual(...)*<sup>18</sup>

Deve ser ressaltado, contudo, que são poucos os seguidores desta teoria, haja vista não serem necessários muitos esforços para demonstrar a inexistência de contrato na fase das tratativas. Tanto é assim que não se pode falar em vínculo contratual em fase de negociações.

### 2.3.3 - Teoria da responsabilidade *sui generis*

Vem sendo desenvolvida nos últimos tempos teoria segundo a qual a responsabilidade civil pré-contratual não estaria enquadrada nem como espécie de responsabilidade contratual, e nem mesmo pertenceria ao campo da responsabilidade civil extracontratual.

Trata-se de entendimento moderno que classifica a responsabilidade pré-contratual como de natureza jurídica *sui generis*, configurando o que se chamaria de uma terceira via da responsabilidade civil, ao lado da responsabilidade contratual e da responsabilidade aquiliana.

A referida teoria surge a partir da percepção da impossibilidade de enquadramento da responsabilidade civil pré-contratual dentro dos modelos típicos da responsabilidade civil contratual e extracontratual.

Tal fato se dá por motivo de a responsabilidade pré-contratual ensejar tratamento diferente daqueles a que a lei confere à responsabilidade de natureza contratual e à responsabilidade de aquiliana.

---

<sup>18</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista do Consumidor*. São Paulo, n. 18, abr./jun. 1996, p. 24.

Os principais argumentos utilizados para definir a natureza da responsabilidade pré-contratual como diversa dos modelos típicos de responsabilidade civil são os de que, ao mesmo tempo em que não se pode enquadrá-la na espécie de responsabilidade contratual, visto que nas negociações preliminares ainda não há obrigações contratuais por ainda não existir contrato, também não pode ser este tipo de responsabilidade classificada como de natureza extracontratual, visto que as partes não eram desconhecidas antes da ocorrência do dano, já existindo relação contratual entre elas, mesmo antes da ocorrência deste.

Com efeito, apesar de ter sofrido resistência por grande parte da doutrina, como costuma ocorrer em casos de idéias inovadoras, a teoria em questão vem ganhando cada vez mais adeptos.<sup>19</sup>

## 2.4 - A RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES CONTRATUAIS E O DEVER DE INDENIZAR

Conforme já dito, as negociações contratuais fazem surgir para os contraentes um contato social qualificado, já que agem na busca de uma finalidade comum, qual seja, a de constituírem a relação jurídica contratual.

Destarte, embora ainda não tenha ocorrido o encontro de vontades, essas tratativas podem gerar certa vinculação, principalmente quando despertam confiança e expectativas em uma das partes.

Essas expectativas geradas na fase pré-contratual são tuteladas pelo Direito e por isso legítimas, já que hoje se entende que o contrato, mais do que autonomia da vontade, é um despertador de expectativas, constituindo o principal guia de interpretação dos contatos o princípio da tutela da confiança.

---

<sup>19</sup> Vide PEREIRA, Regis Fichtner, ob.cit., p. 273.

Destarte, durante as tratativas, independentemente de as partes chegarem a um consenso e manifestarem a sua vontade em sentido comum, adentrando em fase contratual propriamente dita, um ambiente de confiança recíproca deve ser estabelecido entre elas, implicando no compromisso tácito de agirem de forma, honesta, correta e sincera, evitando que uma delas, após ter contribuído com esforços, tempo e muitas vezes dinheiro para atingir um objetivo comum, surpreenda-se com atitude injustificada da parte contrária.<sup>20</sup>

É como o objetivo de tutelar a ética-jurídica nas negociações pré-contratuais que o rompimento injustificado, leviano e desleal das tratativas pode ensejar a obrigação de indenizar, não por inadimplemento, posto que ainda não há contrato, mas pela quebra da confiança, pelo descumprimento dos deveres de lealdade, de transparência, de informação, de cooperação, que regem todos os atos negociais, mesmo na fase anterior ao contrato.

Reconhece-se, portanto, um direito a uma indenização pelo interesse contratual negativo, a favor da contratante a quem a contraparte tivesse provocado a confiança segura de que adviria um contrato válido.

A proibição do *venire contra factum proprium* é um dos elementos apontado por grande parte da doutrina como responsável pelo dever de indenizar no caso de ruptura das negociações. Segundo esse princípio a parte contraente não deve agir de modo oposto ao que agiu anteriormente, comportando-se de modo contrário às expectativas que causou a outra parte, pois assim estaria agindo de má-fé.

Deve-se ressaltar, todavia que não será qualquer ruptura de negociações contratuais a ensejar responsabilização. Muito pelo contrário, a regra será, em princípio, a da autonomia da vontade e da liberdade entre as partes em negociação, mesmo que condicionada aos deveres anexos já mencionados. Se assim não fosse, não haveria qualquer sentido na existência

---

<sup>20</sup> CHAVES, Antônio. op. cit., p. 257.

de fase preliminar anterior ao contrato, já que, impossibilitadas de desistir do prosseguimento com as negociações as partes estariam vinculadas em relação contratual mesmo antes de deliberarem com relação às vantagens e desvantagens do negócio.

Assim, para que seja configurado o dever de indenizar há necessidade de que o estágio das preliminares da contratação já tenha imbuído o espírito dos postulantes de verdadeira existência do futuro contrato. Caso o comportamento seja ético não há que se falar em responsabilidade civil pré-contratual já que o desistente poderá ter tido razões relevantes. Portanto, o exame do caso concreto pelo juiz será essencial.

## 2.5 - ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES

Depois de aprofundado estudo sobre a responsabilidade civil pré-contratual verificou-se que esta se configura em quatro hipóteses típicas, a responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais, a responsabilidade por danos causados à pessoa ou aos bens do outro contratante durante as negociações contratuais, a responsabilidade pela constituição do contrato inexistente, nulo ou anulável, a responsabilidade por danos causados por fatos ocorridos na fase das negociações, quando tenha sido validamente constituído o contrato.

Interessa-nos por ora somente a espécie de responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura das negociações preliminares.

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 inexistência de

um justo motivo para a ruptura, a criação de uma razoável confiança na conclusão do contrato para a parte prejudicada pela interrupção.<sup>21</sup>

Notemos, no entanto, que somente pode ser responsabilizado pela recusa aquele que estava em condições de contratar e não o fez, devendo ser a questão definida em cada caso e de acordo com o prudente arbítrio do juiz, evitando que se leve essa modalidade a uma sistemática de indenização por qualquer rompimento de contrato, sob pena de violarmos a garantia da autonomia da vontade.

Ainda que não tenhamos um dispositivo expresso que mencione a boa-fé na contratação a exemplo do Código Italiano, todo o período pré e pós-contratual deve ser dirigido por ela, além, evidentemente, do próprio período contratual. Nesse diapasão, é de se sentir que a responsabilidade pré-contratual pode emanar da culpa civil em geral, que engloba a culpa propriamente dita e o dolo.

Fato é que, como espécie do gênero responsabilidade civil, para a configuração da responsabilidade civil pré-contratual são exigidos os elementos necessários em qualquer caso de responsabilização, quais sejam, a presença inequívoca da culpa ou dolo do agente, a existência do dano suportado pela contraparte e o nexo causal como elemento que vincula a conduta ilícita ao o dano sofrido.

### 2.5.1 - A culpa

A culpa é elemento indispensável para que se configure a responsabilidade pré-contratual pela interrupção das negociações. Isso porque, essa espécie de responsabilidade é de natureza subjetiva, sendo necessário demonstrar que a conduta do agente que extingue injustificadamente as

---

<sup>21</sup> PEREIRA, Regis, Fichtner, op. cit., p. 321.

negociações está dotada de dolo ou em desacordo com o comportamento social que lhe é exigível em decorrência do que preceitua a boa-fé objetiva.

Doutrinariamente o conceito de culpa é dividido em dois: culpa em sentido amplo e culpa em sentido estrito. No primeiro caso a culpa é originada da inobservância do princípio da boa-fé objetiva, incluindo o dolo e a culpa em sentido estrito.

Segundo leciona Sergio Cavaliere Filho, tanto o dolo, quanto a culpa derivam de conduta voluntária do agente, com a diferença de que no caso do dolo a conduta já nasce ilícita, dirigindo-se a vontade do agente para a concretização do resultado antijurídico, enquanto que no caso da culpa, apesar de a conduta nascer lícita, torna-se ilícita porquanto se desvia dos padrões socialmente adequados, por negligência ou falta de cuidado<sup>22</sup>.

No caso da responsabilidade pré-contratual, tanto a conduta dolosa como a culposa são passíveis de indenização quando geram danos para a contraparte.

A hipótese de dolo seria aquela em que uma parte já inicia as negociações com o intuito de prejudicar a outra parte contraente, como ocorre, por exemplo, quando inicia as tratativas mesmo sabendo que não pretende concluir o contrato, visando impedir que a outra parte participe de outro negócio. Neste caso serão imputados ao agente os danos causados à contraparte.

É nítido, portanto, que a conduta dolosa da parte que estabelece e rompe as negociações contratuais com a intenção de causar danos ao outro contraente, sujeita o contraente que agiu com dolo à responsabilidade pelo rompimento das negociações.

---

<sup>22</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., p.49-50.

Grande parte da doutrina entende que essa seria a única hipótese que configuraria a responsabilidade pela ruptura das tratativas, gerando dever de indenização, ou seja, ocorreria quando há desde o início a intenção de prejudicar a contraparte<sup>23</sup>.

Em regra, portanto, para que se configure a responsabilidade pré-contratual é exigido um comportamento doloso da parte, que já inicia as negociações visando prejudicar de alguma maneira a contraparte.

Pode ocorrer, entretanto, a hipótese em que a responsabilidade pelo rompimento das negociações se configura pela inobservância das regras de conduta decorrentes da boa-fé objetiva.

Neste caso, a conduta culposa do agente é constatada quando gera expectativas na outra parte, que movida pela confiança depositada, acredita na conclusão do contrato e, após, vê frustrada a sua expectativa, sendo surpreendida com o rompimento injustificado das negociações que pode vir a gerar danos.

Portanto, a culpa deve ser analisada no comportamento do agente que incute a falsa idéia de confiança na contraparte, agindo em desacordo com os deveres de lealdade, honestidade e cuidado que lhe é exigido não somente na fase pré-contratual, mas em todas as fases do contrato.

### 2.5.2 - O dano

O dano indenizável, na responsabilidade pela ruptura das negociações, é normalmente o decorrente do chamado interesse negativo. Esse é o entendimento predominante na doutrina, advindo do que ficou demonstrado através dos estudos de Ihering.

---

<sup>23</sup> PEREIRA, Regis Fichtner, op. cit., p. 316/318 notas 480-4.



Segundo a teoria do interesse negativo, este consistiria nas vantagens que o outro contraente obteria, bem como nas despesas que poderia ter evitado se não tivesse sido conduzido a contrair contrato inválido<sup>24</sup>.

Estando a indenização limitada ao interesse negativo, o responsável não está obrigado ao equivalente da prestação avençada, até porque o contrato não chegou a estabelecer-se, mas sim, a colocar a parte contrária na mesma situação em que se encontrava em momento anterior à estipulação do negócio.

Fundamentalmente se denomina interesse negativo porque o interessado deseja que o ato ou negócio jurídico em questão nunca tivesse existido, haja vista os danos que suportou em decorrência de sua ruptura arbitrária pela parte contrária.

O dano indenizável na responsabilidade civil pela ruptura das negociações contratuais engloba o dano emergente e os lucros cessantes, sem limitação ao que o contraente obteria caso o contrato tivesse sido estabelecido, mas incluindo também aquilo que ele deixou de ganhar.

Leciona Antônio Junqueira de Azevedo que o dano emergente e o lucro cessante na responsabilidade pré-contratual deve ser o do interesse negativo<sup>25</sup>. Contudo, excepcionalmente se admite a indenização do interesse positivo na responsabilidade pela ruptura das tratativas, quando tal ruptura tornar inviável a celebração do contrato projetado com terceiro.

A noção de indenizabilidade do interesse negativo vem sendo hoje em dia substituída pela idéia de dano decorrente da confiança no estabelecimento do contrato. Trata-se do que se convencionou chamar de “dano de confiança”, dentro do que se entende por “interesse negativo”.

Segundo Carlos Alberto da Mota Pinto *apud* Regis Fichtner.

---

<sup>24</sup> Id. *Ibid.*, p. 374-375, nota 555.

<sup>25</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *op. cit.*, p. 24.

*“A responsabilidade por rotura das negociações não produzirá para o retratante a obrigação de indemnizar o interesse no cumprimento do contrato projectado, até porque os elementos destes podem não estar claramente fixados; o dano a indemnizar é outro: o dano corresponde à lesão da confiança depositada no desenvolvimento das negociações. Pode abranger somente as despesas realizadas com base na confiança ou estender-se a todo o interesse negativo (dano emergente e lucro cessante).<sup>26</sup>”*

A maioria da doutrina alemã limita a indenização em casos de ruptura injustificada das negociações ao chamado interesse negativo, ainda que sob a denominação mais moderna de danos decorrentes da confiança.

De acordo com esse entendimento, em qualquer situação que se avalie a hipótese de uma responsabilidade antes do contrato, deve preponderar o exame da quebra de confiança.

Para que a responsabilidade civil pela ruptura das negociações contratuais se configure, é preciso que os contraentes tenham entabulado negociações com profundidade tal, que um deles objetivamente incuta no outro a confiança de que o contrato projetado será constituído.

Não devemos esquecer que, apesar de pouco se comentar em doutrina a respeito dos danos exclusivamente morais sofridos pela parte em decorrência do inesperado rompimento das tratativas, devem estes ser indenizados de acordo com o que diz a Constituição da República Federativa brasileira em seu artigo 5º, V e X<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, *apud* Regis Fichtner, *op.cit.*, p. 382.

<sup>27</sup> Art. 5, inciso V da CRFB/88 – “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; inciso X – “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

### 2.5.3 - O nexu de causalidade

É sabido que o nexu de causalidade é também elemento necessário para que se configure a responsabilidade civil, via de regra. Ele constitui o liame entre a ação ou a omissão ilícita pelo agente e o dano suportado pela contraparte.

Desta maneira, não basta que a vítima sofra um dano pura e simplesmente, é necessário que este dano estabeleça uma relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação e o mal causado, de maneira que, se não houvesse o fato, o dano não teria existido<sup>28</sup>.

O fundamento do requisito do nexu de causalidade, segundo entendimento da maior parte dos doutrinadores brasileiros, encontra-se no art. 403 do Código Civil em vigor, antigo art. 1060 no Código Civil de 1916, que dispõe sobre as perdas e danos em espaço dedicado à responsabilidade civil contratual<sup>29</sup>.

Extrai-se do artigo que o sistema brasileiro de responsabilidade civil adota em matéria de nexu de causalidade a chamada teoria da causalidade adequada, o que significa que a causa do dano deve estar direta e imediatamente ligada ao ato ou a omissão antijurídicos praticado pela contraparte.

Vale mencionar que, apesar de o supramencionado artigo encontrar-se disposto na parte da responsabilidade civil contratual, entende-se, por critérios de interpretação sistemática e teleológica que se aplica também a todas as outras espécies de responsabilidade civil, inclusive a pré-contratual.

---

<sup>28</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva, *apud* PEREIRA, Regis Fichtner, *op.cit.*, 398.

<sup>29</sup> Art. 403 do C.C. “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

Ao analisar a exigência do requisito de nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura das negociações, por exemplo, deve-se utilizar o critério geral, investigando se o dano apontado pela vítima teria ocorrido, caso não se tivesse dado início às negociações e não houvesse a sua ruptura ilegítima.

## **CAPÍTULO III**

### **ESTUDO DE CASO CONCRETO**

#### **3.1 - RESUMO DO CASO ATÉ A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU**

Neste capítulo realizar-se-á um estudo de caso do acórdão no recurso extraordinário de n.º 88.716, em que figuraram como partes a Distribuidora de alimentos Disco S/A e a rede de Supermercados Pão de Açúcar, tendo sido Relator o Ministro Moreira Alves. Tal julgamento transformou-se num ícone para toda a doutrina e, portanto, não havia como não mencioná-lo no presente trabalho.

Trata-se de ação consignatória proposta pela Distribuidora Disco S/A contra a rede de Supermercados Pão de Açúcar. A autora objetivou o depósito da quantia de Cr\$ 10.000.000,00, alegando ser devedora da referida quantia, representada por nota promissória, tendo recusado-se a ré a recebê-la na data do vencimento, ou seja, em 28 de outubro de 1974.

Citada, a ré (rede Supermercados Pão de Açúcar) ofereceu a contestação alegando, preliminarmente, que a autora (Disco S/A) é carecedora da ação, porquanto não era devedora da quantia, porém mera depositária da mesma. No mérito, a ré aduziu que não houve recusa e se tivesse havido teria sido justa, pois eventual recebimento da quantia importaria em dar aos acionistas da autora (Disco S/A) a oportunidade de se desvencilharem da obrigação que teriam assumido de consumir um negócio de compra e venda.

Em apenso aos autos do processo da Consignatória, por dependência, tramitou ação proposta pela rede de Supermercados Pão de Açúcar S/A contra Antônio do Amaral, Virgínia Pereira, Francisco Antônio Domingues Amaral (acionistas da Disco) e Distribuidora de Comestíveis Disco S/A, objetivando a

adjudicação compulsória de ações da última suplicada, que teriam sido objeto de negociações entre os três primeiros e os Supermercados Pão de Açúcar.

Pão de Açúcar alegou, em síntese, que mediante contrato preliminar para compra e venda das ações, os três primeiros réus se comprometeram a vender-lhe 97 % das ações da última ré (Distribuidora Disco S/A), de que são titulares. Aduziu, ainda, que as condições do negócio ficaram estabelecidas no contrato, tendo a autora da adjudicação, diante da manifestação das partes, realizado um depósito de Cr\$ 10.000.000,00 e que, não obstante tratar-se de obrigação irrevogável, os réus se negaram a firmar o contrato definitivo, em face do que foi necessária a propositura de tal ação, objetivando a adjudicação compulsória como cumprimento do que teria sido contratado.

Alegou a Distribuidora que, em várias cláusulas, o instrumento em questão adotou a forma condicional como, por exemplo, na cláusula 6ª em que se estipulou que “se a compra e venda viesse a ser aperfeiçoada...”, demonstrando de forma inequívoca a possibilidade de não consumação da compra e venda.

Por outro lado, rebateu a Rede Pão de Açúcar que, na cláusula 5ª, ficou dito que o instrumento era irrevogável para os acionistas, ou seja, os réus na ação em que se pretendia a adjudicação compulsória das ações.

A sentença de primeiro grau foi proferida no sentido de que essa irrevogabilidade deveria ser entendida como mera impossibilidade de desistir das futuras negociações, ou seja, de dar o assunto por encerrado antes que fossem examinadas todas as condições da operação a ser realizada. Portanto, essa cláusula não poderia vincular os réus de modo absoluto, pois, se assim se entendesse, ficariam eles praticamente à mercê da compradora, que baseada nessa irrevogabilidade poderia impor-lhes as condições que lhe aprouvesse.

Utilizou-se, ainda, como fundamentação, a sentença em primeira instância, o argumento de que tanto o documento não continha todas as condições do negócio que a minuta do contrato definitivo alterou-o substancialmente, seja quanto ao preço, seja quanto à forma de pagamento, além de estabelecer para os réus, obrigações que não se encontravam previstas naquele chamado contrato preliminar. Ademais disto, aduziu-se que não se chegou a estabelecer o preço.

Justificou, por último, que a alternativa de uma sentença que produzisse o mesmo efeito do contrato a ser firmado (art. 639 do CPC)<sup>30</sup> não poderia ser considerada porque o instrumento deixou várias questões em aberto, de modo que transformá-lo em definitivo através de sentença significaria negociar pela parte, violentando-lhe a vontade, quando a aplicação daquele dispositivo só seria cabível nos casos em que todas as condições estivessem estabelecidas no contrato preliminar, e ainda assim, a parte obrigada se recusasse a concluir o contrato.

Sustentou-se na sentença o entendimento de que a hipótese em tela não seria a de aplicação do artigo 639 do CPC, pois os réus se recusaram a assinar um contrato que não era mera conclusão do anterior, mantido em todos os seus termos, mais sim um novo instrumento, com cláusulas e condições diversas que por qualquer razão não lhes convieram.

Destarte, foi julgada improcedente a pretensão da rede de Supermercados Pão de Açúcar S/A na ação em que pretendiam a adjudicação compulsória de ações da Distribuidora Disco S/A.

Por outro lado, no julgamento da ação consignatória em que figurou como autora a Distribuidora Disco em face de Pão de Açúcar, a discussão com relação à natureza do depósito foi considerada irrelevante. Entendeu-se que,

---

<sup>30</sup>Art. 639 do CPC “Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”.

de fato foi entregue a quantia de Cr\$ 10.000.000,00, seja a título de depósito como garantia das negociações, seja a título de empréstimo para reforçar o capital de giro da Distribuidora de Comestíveis Disco S/A, como procuraram caracterizar seus representantes legais.

A irrelevância com relação à natureza do depósito, segundo o julgador caracterizou-se pelo fato de que a consignatória teria cabimento tanto no caso de empréstimo, devido ao vencimento da promissória, como no caso de depósito para garantia das negociações, haja vista que, porquanto não terem as partes chegado a bom termo na conclusão do negócio impunha-se a sua restituição, sendo injusta a recusa da parte credora.

Dessa forma, foi julgada procedente a consignatória, com a subsistência do depósito efetuado, e improcedente a ação de adjudicação compulsória, tendo sido condenada a ré da primeira ação e autora da segunda (Supermercados Pão de Açúcar) ao pagamento de custas e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor de cada uma das ações.

### 3.2 - ACÓRDÃO NO RECURSO DE APELAÇÃO E REFORMA DA SENTENÇA

Contra a sentença foi interposto recurso de apelação, ao qual foi dado provimento por maioria dos votos, nos termos do Relator, que acordando com os Juízes da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiram por unanimidade em dar provimento à apelação, a fim de julgar improcedente a ação consignatória e procedente a ação ordinária de adjudicação compulsória, convertendo em pagamento, na forma ali pedida, o depósito de dez milhões de cruzeiros (Cr\$ 10.000.000,00), em mãos da primeira apelada (Distribuidora Disco S/A), e condenando o segundo e os terceiros apelados, para, em trinta dias, contados do trânsito em julgado deste acórdão, assinar o contrato definitivo de compra e venda das ações objeto do contrato preliminar e a fazer, dentro do mesmo prazo comum de trinta dias, a



transferência ao apelante (Supermercados Disco) das mesmas ações, sob pena de pagarem a este multa de cinquenta mil cruzeiros (Cr\$ 50.000,00), por dia de atraso, condenados os vencidos ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado arbitrados em dez por cento (10%) sobre o valor de cada uma das ações.

A apelante (Supermercados Pão de Açúcar) e apelados (Disco e os acionistas), divergiram com relação à caracterização e o conceito do documento básico da ação ordinária, haja vista que para a rede de Supermercado Pão de Açúcar tratava-se de um contrato preliminar, que satisfazia todos os requisitos do contrato definitivo enquanto a Distribuidora Disco e seus acionistas entenderam terem sido apenas fixadas algumas premissas, tratando de um mero protocolo de intenções.

Ao julgar o recurso de apelação entendeu a 6ª Câmara Cível que a sentença apelada incidiu em erro, haja vista o fato de acreditarem que tal documento apresentava todos os elementos essenciais à validade do contrato principal, qual sejam *res, pretium et consensus*, este último, apenas quanto aos promitentes vendedores, que assumiram o compromisso de venderem 97% das ações da Distribuidora de Comestíveis Disco S/A à apelante, pelo preço efetivamente não determinado, mas determinável, mediante elementos e critérios pré-acordados pelas partes vinculadas ao contrato preliminar e dele constante.

Fundamentou a 6ª Câmara que, nada concernente à taxaço do preço, foi deixado ao arbítrio exclusivo de uma das partes, o que acarretaria a nulidade do contrato nos termo do artigo 1.125 Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 489<sup>31</sup> do atual Código Civil 2002.

Quanto ao elemento *consensus*, entendeu-se que está presente na cláusula 5ª do contrato preliminar que reza tratar-se o instrumento irretatável

---

<sup>31</sup> Art. 489 do CC “É nulo o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço”.

para as partes. Sendo assim, desde o momento em que firmaram o Contrato Preliminar unilateral para a compra e venda de ações, os 2º e 3º apelados ficaram pelo prazo de 30 dias obrigados a vendê-las.

Para fundamentar o julgado em sede de apelação, baseou-se a Câmara nos ensinamentos de Chiovenda, citado por Alcides Mendonça Lima em seus Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 6º, tomo 2º, pág. 757, nº 1.741 segundo o qual, as partes não estipulam contratos por mero prazer de permutar declarações de vontades, mas sim com vistas a um objetivo, a consecução de uma finalidade.

Considerou-se, ainda, no intuito de interpretar a vontade das partes contratantes, o ato de entrega pela apelante aos apelados da vultuosa quantia de Cr\$ 10.000.000,00 quando da assinatura do contrato preliminar. O que certamente não se faria caso se tratasse de simples protocolo de intenções.

Discordou a 6ª Câmara do fundamento de que o pré-contrato não continha todas as condições do negócio. Entenderam os Desembargadores que a minuta não tinha força para alterar o contratado pelas partes, salvo se por ambas fossem aceitas, momento em que passaria a substituir o contrato naquilo em que o inovasse.

Para os Julgadores, o contrato preliminar unilateral deixou de existir, convertendo-se em um contrato preliminar bilateral a partir do momento em que a parte apelante manifestou, no prazo de trinta dias, sua concordância em comprar as ações. Esse foi o fundamento do voto vencedor no recurso de apelação que modificou a sentença.

Houve, todavia, um voto vencido que confirmava a sentença apelada aduzindo que o deslinde da controvérsia está na verificação acerca da existência ou não de contrato na sua expressão formal, ou se o que houve foi um pré-contrato. Segundo o entendimento do voto vencido, inexistiu contrato

formal, mas tão só uma troca de escritos que objetivavam a futura formação de um contrato que, frente à lei comercial, precisava conter: o objeto do contrato, o preço certo ou incerto e meramente resultante de operação aritmética.

Fundamentando seu voto, o Desembargador que proferiu o voto vencido afirmou que o preço, requisito essencial para a configuração do pré-contrato de compra e venda mercantil inexistiu, subsistindo um simples protocolo de intenções, como denominou a sentença de primeira instância.

### 3.3 DOS DEMAIS RECURSOS ATÉ O EXTRAORDINÁRIO

Ao acórdão no recurso de apelação da rede de Supermercados Pão de Açúcar houve oposição de embargos de declaração por parte da Distribuidora Disco S/A, com fundamento no fato de o acórdão na apelação não ter declarado expressamente a improcedência do pedido da ação de adjudicação. Tais embargos foram, todavia, rejeitados.

Foram interpostos, então, embargos infringentes, que por maioria de votos foram parcialmente acolhidos por acórdão que se resume.

Julgados pelo Quarto Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, os embargos infringentes interpostos por Disco S/A foram acolhidos parcialmente para, ao invés de condenar os réus à assinatura do contrato definitivo, dentro em 30 (trinta) dias, sob pena pecuniária, condená-los à entrega das ações, nesse mesmo prazo e nos termos estritos de um dos pedidos formulados na ação de adjudicação compulsória, a entrega das ações sob pena de multa, valendo o acórdão como título de transferência delas.

A favor da existência de um contrato propriamente dito, foram utilizados os argumentos de que seria impossível admitir que as partes houvessem manifestado suas vontades segundo suas intenções e atingido aquele patamar

de negociações para firmar um simples protocolo de intenções ou projeto de acordo, expressões que, para os que defenderam essa idéia, não apresenta o menor sentido jurídico.

Alegaram, ainda para sustentar a configuração do contrato, que é pacífico não só na doutrina brasileira, mas também na alienígena, que para a obrigatoriedade do contrato tanto do preliminar como do definitivo, basta que as partes estejam de acordo quanto aos elementos fundamentais do contrato.

A fim de corroborar esse entendimento, foram citados os entendimentos de Carnelutti no sentido de que o contrato surge desde o momento em que as partes acordam sobre o seu conteúdo mínimo (*contenido mínimo*), a menos que elas subordinem a eficácia do acordo ao acordo quanto aos elementos acidentais.

Defendeu-se, portanto, a idéia de que basta que haja o consenso entre as partes com relação aos elementos essenciais do contrato, considerando o seu tipo, para que o contrato se repute formado, nada obstando o fato da inexistência de acordo com elementos acessórios, podendo esses últimos ser posteriormente determináveis.

O Desembargador Olavo Tostes considerou, como se extrai do acórdão, que estaria configurada no caso a presença de todos os elementos imprescindíveis, quais sejam, o consenso, o preço e a coisa, acreditando que houve contrato preliminar, estando vinculadas as partes, pelo fato de acreditar que para a obrigatoriedade do contrato preliminar basta que os contraentes estejam de acordo sobre os elementos fundamentais do contrato, afirmando ser esse o entendimento da maioria da doutrina.

O primeiro voto vencido nos Embargos infringentes alega que não considera o contrato celebrado como contrato preliminar de modo a ensejar execução compulsória nos termos do artigo 639 CPC.

Afirma, ainda, que os desembargadores que lavraram o acórdão citaram opiniões de juristas alienígenas a respeito da natureza e essência do contrato preliminar. O prolator do voto vencido preferiu ficar com o entendimento da doutrina pátria, que entende que o contrato preliminar deve conter exatamente as cláusulas do contrato futuro, para que na ocasião de ser aperfeiçoada a conclusão deste último, não surjam dificuldades e dúvidas.

Destarte, os que defenderam que as partes, no caso concreto que ora se discute, entenderam que, por mais complexas que tenham sido as negociações, elas não ultrapassaram a fase pré-contratual e utilizaram como argumento a exigência de elementos fundamentais para a configuração do contrato, alegando que os requisitos necessários não estariam presentes neste caso.

Foi utilizado o argumento de que, se quando da celebração do contrato definitivo ainda houver pontos em aberto, não se pode falar em contrato preliminar ou contrato de promessa. Alegou-se também que, apesar de as partes terem denominado o instrumento que deu origem à demanda dos autos de “*adjudicação compulsória de contrato preliminar de compra e venda de ações*”, o *nomem juris* não tem relevância, o que importa é examinar o conteúdo do contrato, sua amplitude e essência.

No entanto, por maioria de votos, foi reformado o acórdão embargado, tornando-o ajustado ao pedido da vencedora da apelação, beneficiando-a, julgando mais do que lhe fora pedido.

Não poderia a decisão dos presentes embargos reformar *in pejus* o acórdão da Sexta Câmara Cível.

### 3.4 - ARGUMENTO UTILIZADO PARA O JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Pela Distribuidora Disco S/A foi interposto recurso extraordinário, o qual teve sua admissibilidade admitida. Segundo a petição inicial recursal, a recorrida (Pão de Açúcar) e os segundos recorrentes (sócios da Distribuidora Disco S/A), em 1974, entabularam negociações para eventual aquisição da rede de Supermercados do primeiro recorrente. E, com base nessas negociações, firmaram as partes um documento que, a recorrida sustentara conter um contrato preliminar (contrato de promessa) com todas as conseqüências daí emergentes, inclusive a execução coativa.

Julgando a lide em grau de embargos infringentes, o acórdão entendeu tratar-se de um contrato perfeito e acabado, contrariando o ponto de vista de que o aludido documento se referiria à mera negociação preliminar, sem força vinculante, mesmo porque haviam ficado fora do acordo de vontades vários aspectos do negócio, dependentes de acertamentos futuros.

Entendeu-se não tratar de simples interpretação de cláusulas contratuais, mas sim da questão de saber, à luz dos preceitos legais invocados e questionados, se foi aperfeiçoado ou não, o contrato, questão basilar para a solução desta discutida demanda.

Observou-se ainda que, longe de constituírem matéria de fato ou de mera interpretação de cláusulas, os temas discutidos e decididos resvalaram para a incidência das regras de direito concernentes à qualificação jurídica do negócio, a qual tornou o caso suscetível de ser apreciado pela via extraordinária.

Deu-se seguimento ao recurso extraordinário interposto por Disco S/A, e, nos termos do voto do relator, afirmou-se que, o caso não se tratou de mera

interpretação de cláusula contratual, que ensejaria a aplicação de cláusula da súmula 454.

O que houve foi uma errônea qualificação jurídica dos atos em causa, já que os documentos trazidos aos autos não consubstanciaram, na verdade, um contrato perfeito e acabado de compra e venda e nem sequer uma promessa de compra e venda eficaz.

O documento firmado e a troca de correspondência que se seguiu, conforme entendimento do relator do acórdão, revelaram apenas um simples acordo preparatório e provisório, o qual previa, inclusive, acertos subseqüentes. De tal forma, não se completou o acordo sobre a coisa, o preço e as condições, consoante exige a legislação.

A locução “contrato preliminar” foi considerada irrelevante, posto que o que se considera é a intenção manifestada nas declarações de vontade. Na espécie, não se completou o acordo de vontade das partes, pois havia uma vinculação parcial, provisória.

Com o julgamento do recurso extraordinário, pacificou-se o entendimento de que, no caso, não foi ultrapassada a fase de negociações preliminares desse “futuro contrato”, que compreendia a alienação de ações, transmissão de prédios, realização de locações e operações jurídicas.

Aspectos de mais importância num negócio, tais como o preço, dependente de critérios de cálculos ainda não estabelecidos com exatidão, condicionados a acordos futuros e que revelam a inexistência de um contrato definitivo, ou de uma promessa de venda consumada.

Estas foram as razões que fundamentaram o voto do relator Ministro Moreira Alves e daqueles que o acompanharam, como foi o caso do Ministro Djaci Falcão, que conheceram do recurso extraordinário, para julgar a recorrida carecedora da ação de adjudicação, e procedente os pedidos da ação de consignação em pagamento, movida pela recorrente.

### 3.5 - OBSERVAÇÕES SOBRE O CASO À LUZ DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL PELO ROMPIMENTO DAS NEGOCIAÇÕES

Por um lado, a rede de supermercados Pão de Açúcar entendeu que houve uma promessa de compra e venda; contrato preliminar ou pré-contrato típico; como já visto, e que geraria vinculação entre as partes no sentido da possibilidade de exigir-se o cumprimento do contrato objeto da promessa.

Por outro lado, a outra parte, (Distribuidora Disco S/A), sustentou que não foram ultrapassadas as negociações preliminares, tendo havido somente troca de cartas, apresentação de minutas de contrato, sem que chegassem a um acordo sobre certas obrigações que haveriam de integrar o contrato. Nada mais foi que simples tratativa, situação que não se confunde com a de pré-contrato, como já versado em capítulo anterior.

Sendo assim, a despeito do que entendeu a rede de Supermercados Pão de Açúcar, havia a necessidade de se acordar sob pontos essenciais no futuro. Tais acordos futuros, para encher os vazios de vontade e de declaração não poderiam ser preenchidos pelo julgador.

É certo, como se extrai do próprio acórdão, que o contrato preliminar, desde que contenha todos os requisitos do contrato definitivo, comporta execução específica; seja através de sentença compulsória, seja através de



uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado. É requisito, porém, que o contrato preliminar preencha todos os requisitos do contrato principal, que, no caso do contrato de compra e venda, são a coisa; o preço e o consenso entre as partes contratantes; o que não parece ter havido no caso concreto.

Com efeito, é necessário averiguar se foram preenchidos todos os requisitos contratuais para saber se estamos em fase de negociações ou se já passamos para a conclusão do contrato propriamente dito.

Com efeito, apesar de não haver qualquer espécie de vinculação em sede de tratativas ou negociações preliminares, momento anterior ao contrato, exige-se, nesta fase, que as partes pratiquem atos de acordo com os deveres inerentes a boa-fé objetiva, de forma que fiquem claras suas intenções e com a preocupação de agir com lealdade sem causar falsas expectativas na parte contrária.

A não observância desses cuidados pode culminar em responsabilização, que, por sua vez não é fácil de identificar. Devendo, para tanto, estar configurado o dano sofrido pela outra parte, decorrente de ação ou omissão, em discordância com os deveres inerentes a boa-fé.

No caso em estudo, parece que não houve, por parte da Distribuidora Disco S/A e seus acionistas, uma justificativa que motivasse o rompimento das negociações, não restando dúvidas de que gerou expectativas na contraparte. Deveria, portanto, ter atentado para o dever de cuidado, evitando agir contra o próprio ato, como preceitua a teoria do *venire contra factum proprium*, baseada na confiança despertada no outro sujeito de boa-fé.

Sendo assim, é provável que a rede Pão de Açúcar tenha sofrido algum dano decorrente do rompimento imotivado das negociações pela parte

contrária, principalmente por envolver negociação de grande valor. Todavia, em momento algum os advogados das partes mencionam a possibilidade de responsabilização com base na culpa pré-contratual.

De acordo com o que foi estudado, da responsabilidade civil pré-contratual, os danos suportados pela rede Pão de Açúcar, caso fossem comprovados e, portanto, demonstrados o nexo causal entre a conduta da parte que rompeu com a negociação e os danos causados a outra parte contratante; seriam indenizáveis.

Dessa forma, mesmo que não tenha ficado configurado o pré-contrato entre as partes e a conseqüente existência do vínculo contratual entre elas; demonstradas as tratativas e as negociações preliminares, elas geram um vínculo contratual, que, no caso de existência de danos a qualquer uma das partes posto que verificado a inobservância do princípio da boa-fé, nasce a expectativa de uma possível indenização pelos danos suportados.

## CONCLUSÃO

O que se pretende com toda essa exposição sobre o tema é caracterizar a responsabilidade civil pré-contratual como instituto de Direito relacionado com a ética e os princípios da boa fé. Paralelamente, tem por objetivo salientar a importância da boa-fé objetiva, principalmente nas relações obrigacionais, como princípio do Direito capaz de gerar deveres acessórios para as partes durante todas as fases contratuais, incluindo a fase pré-contratual, onde ocorrem as negociações.

Após estudo sobre a boa-fé objetiva, nota-se ser ela o princípio que fundamenta a responsabilidade civil pré-contratual, e que será do descumprimento dos deveres impostos por tal princípio, gerando danos a outra parte, que advirá a responsabilidade do agente que rompe as negociações arbitrariamente em desrespeito a contraparte.

Verificou-se, portanto, que a responsabilidade pré-contratual encontra aplicação no Direito brasileiro devido à incidência dos princípios norteadores da boa-fé, mesmo sem haver, no direito positivado regra geral expressa disciplinando esse tipo de responsabilidade que surge na fase pré-contratual.

Essa relação entre as partes, gera um vínculo jurídico entre elas de natureza contratual, exigindo a observância de deveres inerentes à boa-fé principalmente no que se refere à preocupação em cooperar e não causar danos à contraparte. Viu-se que a responsabilidade civil teve origem no Direito Romano, tendo sido sistematizada por Ihering com base no que se convencionou chamar de *culpa in contrahendo*.

Com relação à natureza jurídica do instituto da responsabilidade civil pré-contratual, notou-se que a doutrina se divide, entendendo alguns tratar-se de espécie de responsabilidade contratual, e outros de espécie de responsabilidade extracontratual, sendo este último o entendimento dominante na doutrina.

Todavia, o estudo demonstrou que novo entendimento sobre a natureza jurídica do instituto vem ganhando espaço. Segundo essa teoria inovadora a responsabilidade civil pré-contratual tem natureza jurídica *sui generis*, configurando a *terceira via* da responsabilidade civil, ao lado da responsabilidade contratual e da responsabilidade aquiliana.

Como em toda a espécie de responsabilidade, constatou-se que são elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil pela ruptura das negociações contratuais: i) a existência de negociações; ii) a culpa, qualificada como inobservância do princípio da boa-fé; iii) o dano e; iv) o nexo causal entre a conduta e o dano.

Com relação ao elemento culpa, ficou claro o entendimento da doutrina de que, estaria intimamente ligado com o dever de confiança exigido entre as partes para o bom desenrolar de suas relações; incluindo a intenção de não causar dano ou prejuízo à outra parte, ainda que em detrimento de seus próprios objetivos.

Com efeito, a preocupação do Direito com a luta pela justiça e paz social evidencia cada vez mais a necessidade de aplicação de princípios basilares como a ética e a boa-fé. Estes configuram elementos essenciais para o bom desenrolar das relações em sociedade e, por esse motivo, cresce a cada dia na doutrina e na jurisprudência a preocupação em desenvolver mecanismos que garantam a aplicação desses princípios visando proteger a coletividade. O desenvolvimento da boa-fé objetiva como forma de conduta leal, honesta e proba exigida pelas pessoas é fruto dessa preocupação, significando a introdução direta da ética nas relações.

É necessário, portanto, a aplicação de tais princípios, com a consciência de que a cooperação e a honestidade devem estar manifestadas na conduta, pois essa é a esperança de construção de uma sociedade mais justa, baseada na confiança e respeito mútuo.

## BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum** in Revista do Consumidor, São Paulo, n. 18, p. 23-31, abr./jun. 1996.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto do código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos** in Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 775, ano 89, p. 11-17, maio de 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Dissertação de doutoramento em ciências jurídicas na faculdade de direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 1997.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **A boa-fé nas negociações preliminares** in Revista de Direito Civil, v. 16, ano 5, abr./jun, 1981.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das obrigações**. Brasília: Jurídica, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios sociais dos contratos no código de defesa do consumidor e no novo código civil** in Revista de direito do Consumidor, São Paulo, v.11, n.42, p. 187/195, abr./jun.2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Novos temas na teoria dos contratos: confiança e o conjunto contratual** in Revista AJURIS, Porto Alegre, n. 100, p. 73/98, dez/2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro** in Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 97, v. 867, p. 11/51, jan/2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro, 1972.

NEGREIROS, Tereza Paiva. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2002.

## ÍNDICE

FOLHA DE ROSTO	2
AGRADECIMENTO	3
DEDICATÓRIA	4
RESUMO	5
METODOLOGIA	6
SUMÁRIO	7
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I:	
A BOA FÉ CONTRATUAL	11
1.1 – Conceito de boa fé	11
1.2 – Diferença entre boa fé objetiva e boa fé subjetiva	12
1.3 – A boa fé como regra de conduta	14
1.4 – Deveres decorrentes da boa fé objetiva	16
1.4.1 – Dever de probidade, lealdade, honestidade e confiança	16
1.4.2 – Dever de informação	18
1.4.3 – Dever de proteção e cuidado	19
1.4.4 – Dever de sigilo	19
1.5 – A boa fé objetiva e a responsabilidade pré-contratual	20
CAPÍTULO II:	
A RESPONSABILIDADE NAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES E O DEVER DE INDENIZAR	24
2.1 – Conceito e natureza jurídica de negociações contratuais	24
2.2 – Diferenças entre negociações preliminares e pré-contrato	27
2.3 – Natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual	29
2.3.1 – Teoria da natureza extracontratual	32
2.3.2 – Teoria da natureza contratual	33
2.3.3 – Teoria da responsabilidade <i>sui generis</i>	34
2.4 – A ruptura das negociações contratuais e o dever de indenizar	35

2.5 – Elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura das negociações	37
2.5.1 – A culpa	38
2.5.2 – O dano	40
2.5.3 – O nexo de causalidade	43
CAPÍTULO III:	
ESTUDO DE CASO CONCRETO	45
3.1 – Resumo do caso até a sentença de primeiro grau	45
3.2 - Acórdão no recurso de apelação e reforma da sentença	48
3.3 – Dos demais recursos até o extraordinário	51
3.4 – Argumento utilizado para o julgamento do recurso extraordinário	54
3.5 – Observações sobre o caso à luz do instituto da responsabilidade civil pré-contratual pelo rompimento das negociações	56
CONCLUSÃO	59
BIBLIOGRAFIA	61
ÍNDICE	63
FOLHA DE AVALIAÇÃO	65



## **FOLHA DE AVALIAÇÃO**

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES  
PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU  
INSTITUTO A VEZ DO MESTRE

A BOA-FÉ COMO PRINCIPAL FUNDAMENTO DA  
RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

Apresentação de monografia ao Instituto A Vez do Mestre – Universidade Candido Mendes – como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em Direito Empresarial.

Por: Débora Goiatá Gonzalez

**CONCEITO:**

**AVALIADOR:**

---

**Francis Rajzman - Orientador**

**Rio de Janeiro, 31 de julho de 2009**