Insper Instituto de Ensino e Pesquisa
LLM em Direito dos Contratos

Alexandre Gereto de Mello Faro

ENSAIO SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL NAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

São Paulo
2014

Alexandre Gereto de Mello Faro

ENSAIO SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL PELA RUPTURA DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

Monografia apresentada ao Programa de LLM em Direito dos Contratos do Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, como parte dos requisitos para a obtenção do título de pós graduação em Direito.

Área de concentração: Contratos
Orientador: Prof. Dr. Daniel Martins Boulos – Insper

São Paulo
2014

Faro, Alexandre Gereto de Mello
Ensaio sobre a responsabilidade civil nas negociações preliminares / Alexandre Gereto de Mello Faro; orientador: Daniel Martins Boulos – São Paulo: Insper, 2014
130 f.

Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em direito dos contratos – LLM). Área de concentração: Direito dos Contratos. Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa.

1. Tratativas preliminares; 2. Boa fé objetiva;
3. Responsabilidade Civil

FOLHA DE APROVAÇÃO

Monografia apresentada ao Programa de LLM em Direito dos Contratos do Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do título de pós graduação em Direito.

Área de concentração: Direito dos Contratos

Aprovado em: Agosto/2013

Banca Examinadora

Prof. Dr. Daniel Martins Boulos
Orientador

Instituição: Insper Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Profª.Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

O presente trabalho é dedicado aos meus queridos pais, Cecília e Fernando que, não apenas possibilitaram a realização do LLM, mas também, a cada dia, são verdadeiros exemplos de luta pelo sucesso profissional, acadêmico e pessoal.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos: colegas, professores e palestrantes que contribuíram para que o curso se desenvolvesse da melhor forma possível.

RESUMO

FARO, Alexandre Faro. **Ensaio sobre a responsabilidade civil pela ruptura das negociações preliminares.** 2014. f. 130. Monografia (Pós-graduação Lato Sensu em direito dos contratos – LLM) – Insper Instituto de Ensino e Pesquisa, São Paulo, 2014.

Um dos grandes desafios do legislador e do jurista é trazer ao ordenamento jurídico normas que possam acompanhar o desenvolvimento econômico-social dos seus respectivos Estados. Por essa razão, inspirado em preceitos romano-germânicos, tem-se adotado com relação ao direito civil, normas gerais, mutáveis e cuja aplicação ocorre de acordo com as mudanças de contexto, principalmente, de acordo com a conjuntura da época em que os fatos, atos e negócios jurídicos ocorrem. Atualmente, as relações existentes são de elevada complexidade e, muitas vezes, abstratas, envolvendo compra e venda de cotas e ações, de empresas; negociações com múltiplas partes; existência de figuras jurídicas para um fim específico (como é o caso das sociedades de propósito específico ou consórcios, muito comuns nos projetos de infraestrutura e negociações imobiliárias); longos períodos de negociações, composto de diversas reuniões, entendimentos, declarações e documentos produzidos, tudo para compor a fase pré-contratual; por este motivo levantou-se como hipótese para este trabalho monográfico que, na atualidade, a formação do contrato deixou de ser simples e objetivo, o que merece atenção do pensamento jurídico, ao ponto de ensejar o desenvolvimento de responsabilidade dos negociantes ainda na parte preliminar da formação do contrato. Não bastasse a complexidade existente, é imperioso notar que a legislação brasileira a respeito da conduta esperada durante a formação dos contratos é, claramente, escassa, na média em que o Código Civil traz, apenas, nove artigos que tratam da matéria, tendo o legislador focado seus esforços para esmiuçar a efetiva execução dos contratos nos demais títulos e capítulos que tratam sobre a matéria contratual. A partir dessa contextualização é que surge o questionamento e a problemática que motiva o presente estudo: Existe responsabilidade civil das partes que negociam um contrato decorrente da boa fé objetiva? É nesse âmbito que o presente estudo tem como objetivo geral analisar as tratativas preliminares prévias à formação do contrato, sob a ótica do conceito – diga-se, dos deveres de conduta e limitações – imposto pela boa-fé objetiva, verificando, inclusive, a forma como os tribunais e a doutrina, nacional e estrangeira, vêm se manifestando sobre o tema. A problemática, contudo, não é apenas determinar a forma como a boa-fé objetiva se insere na fase das negociações preliminares, mas, também, se propõe como objetivo específico verificar qual é o tipo de responsabilidade – contratual; extracontratual; ou, ainda, outra omissa pela legislação pátria– que a violação desse preceito gera, bem como, que deveria gerar. Veja-se que, em se tratando da fase de formação do contrato, serão abordadas, no presente estudo, também como objetivo específico, as divergências e requisitos exigidos para que a responsabilidade por violação da boa-fé objetiva, bem como as consequências propostas no âmbito das negociações. O tema é importante porque a alta complexidade das negociações, muitas vezes enseja o dispêndio considerável de tempo e valores, além de gerar expectativas, o que altera de forma substancial os interesses das partes, tanto sob a ótica das tratativas e de uma eventual ruptura. O que agrava o problema, como direito, é a inexistência da inexistência de normas específicas no ordenamento jurídico que tratem da ruptura das negociações na fase pré-contratual. A metodologia incluiu revisão de literatura, fazendo-se uso do método qualitativo, com apoio de dados secundários por meio da técnica de estudo de casos. Após o desenvolvimento do estudo, verificou-se que existem divergências a respeito da matéria, contudo, o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que por conceitos advindos e desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência – claramente influenciados por estudos internacionais –, vem reconhecendo a possibilidade da responsabilidade civil com nesse momento de formação do contrato.

Palavras-chave: Negociações. Boa fé objetiva. Responsabilidade civil. Contratos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 10

1 CARACTERIZAÇÃO DO AMBIENTE..... 17
1.1 Considerações sobre a formação dos contratos na atualidade..... 17
1.2Negociações preliminares..... 20
1.2.1 Acordo de não divulgação (Non Disclousure Agreement)..... 25
1.2.2 Contrato de Preferência 26
1.2.3 Carta de Conforto (Confort Letter)..... 28
1.3 Esclarecimento necessário..... 29

2 BOA FÉ OBJETIVA E A FASE PRÉ CONTRATUAL..... 31
2.1 Breve histórico da boa fé objetiva..... 31
2.1.1 Direito Romano..... 31
2.1.2 Direito Canônico..... 34
2.1.3 Código Napoleão..... 35
2.1.4 A codificação da boa fé objetiva no Brasil: Da Europa para o Brasil 37
2.2 Boa fé objetiva vs. Boa fé subjetiva..... 40
2.3 A boa fé objetiva moderna no Brasil..... 45
2.4 Funções da boa fé objetiva..... 50
2.4.1 Deveres decorrentes da boa fé objetiva e a fase pré contratual..... 51
2.4.1.1 O dever da proteção..... 52
2.4.1.2 O dever de informação e esclarecimento..... 57
2.4.1.3 O dever de lealdade..... 61
2.4.2 Cânone hermenêutico-interativo..... 65
2.4.3 O abuso de direito sob a ótica da boa fé objetiva e a vedação do exercício abusivo de posições jurídicas..... 67
2.4.3.1 Exceptio Doli..... 70
2.4.3.2 Venire Contra Factum Proprium..... 72
2.4.3.3 Inalegabilidade de nulidades formais..... 75
2.4.3.4 Supressio e surrectio..... 77
2.4.3.5 Tu quoque..... 80
2.4.3.6 Desequilíbrio no exercício jurídico..... 82
2.5 Momento de incidência da boa-fé objetiva nas tratativas preliminares.. 86

3 CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA RUPTURA DAS TRATATIVAS COM BASE NA BOA FÉ OBJETIVA..... 89
3.1 Preliminarmente: as teorias fundamentais..... 90
3.2 Natureza da responsabilidade civil nas negociações preliminares..... 92
3.2.1 Responsabilidade civil contratual ou extracontratual..... 93
3.2.2 Responsabilidade civil contratual ou extracontratual..... 95
3.3 Construção da responsabilidade civil nas tratativas preliminares com fundamento na boa fé objetiva..... 101
3.3.1Responsabilidade por abuso de direito..... 102
3.3.2 Responsabilidade pelo abuso de direito..... 104

4 CASUÍSTICA..... 110
4.1 Caso dos tomates..... 110
4.2 Caso do posto de gasolina..... 111
4.3 Caso do fiador..... 112
4.4 Caso do *Big Brother* Brasil 6..... 113
4.5 Caso *Chrysler*..... 114
4.6 A singela manifestação do Superior Tribunal de Justiça..... 115
4.7 Caso *Siemens* e o entendimento trazido pelo Des. Sylvio Capanema de Souza..... 117
4.8 Caso EMI Music Ltda..... 119

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 121

REFERÊNCIAS..... 126

INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que um dos grandes desafios do legislador é criar normas que possam acompanhar o desenvolvimento econômico-social da sociedade. Por essa razão, inspirado em outros Códigos romano-germânicos, tem-se adotado, com relação ao Direito Civil brasileiro, cláusulas gerais – mutáveis – e cuja aplicação amolda-se à conjuntura da época em que os fatos, atos e negócios jurídicos ocorrem.

Essa modalidade de norma ou de forma de legislar tem sido utilizada em países pertencentes à escola romano-germânica, como Alemanha – como uma das precursoras – Itália e Portugal que, há muito, adotam normas de aplicação geral, as quais acompanham o desenvolvimento social-econômico, e a despeito de terem sido editadas há séculos[1], até hoje estão em vigor e são largamente aplicadas.

No Código Civil Brasileiro de 2002, não foi diferente. O legislador trouxe, ao texto de lei, normas gerais, com o claro objetivo de que o desenvolvimento da sociedade não tornasse a legislação desatualizada. Trata-se, pois, de modernização da legislação civil brasileira como, aliás, reconhece o Professor Miguel Reale[2], Coordenador da Comissão elaboradora e revisora do Anteprojeto do Código Civil de 2002.

---

[1] O BGB, por exemplo, foi editado em 1900, contando com o §242 que inseria a boa-fé objetiva ao ordenamento jurídico: "devedor está adstrito a realizar a prestação tal como a exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego".

[2] "(...) Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação do excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, que pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais. Nesse sentido, temos, em primeiro lugar, o art. 113, na Parte Geral, segundo o qual 'os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração'. E mais este: 'art. 187. Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.' Lembro como outro exemplo o art. 422 que dispõe quase como um prolegômenos a toda à teoria dos contratos, a saber: 'Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim como na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.' Frequente é no Projeto a referência à probidade e a boa-fé, assim como à correção (*corretezza*) ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado o parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídico." (Pronunciamento do Prof. Dr. Miguel Reale na sessão de 29 de novembro de 2001, como membro da Academia Paulista de Letras-APL, reconstituído pelo Autor e publicado pela Academia);

Dentre as cláusulas gerais existentes no Código Civil, destacam-se aquelas contidas nos artigos 113 187 e 422 do Código Civil de 2002[3]. Note-se que os referidos artigos de lei introduziram no ordenamento brasileiro, de forma expressa – assim como havia ocorrido em outros países[4] – a necessidade de se observar a boa-fé objetiva nas relações civis e empresariais, conforme, há muito tempo, vinha sendo ventilado na doutrina[5] e aplicado analogicamente pela jurisprudência (*vide* casuística).

Note-se, aliás, que o projeto do Código Civil de 2002 tramitou, desde 1972, perante o Congresso Nacional, de modo que, em 2002 – e mesmo quando elaborado o projeto –, a boa-fé objetiva já não se tratava propriamente de uma novidade, mas sim da sedimentação de um conceito já discutido e aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, o que, por via de consequência, ensejou a sua expansão trazendo, assim, múltiplas interpretações casuísticas nas mais diversas relações jurídicas.

Antes disso – e após o Código Civil de 1916 –, a boa fé foi vislumbrada em propostas de codificação, como é o Anteprojeto do Código das Obrigações, de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo e Hahnemann Guimarães (1941), e o caso do Anteprojeto do Código das Obrigações cuja comissão foi composta por Orosimbo Nonato, Caio Mário da silva Pereira, Theóphilo de Azeredo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando Gomes, Nehemias Gueiros e Francisco Luiz Cavalcanti Horta (1963)[6].

Tem-se que uma das maiores virtudes do princípio da boa-fé objetiva é a sua aplicabilidade aos contratos, em todas as suas fases – negociações preliminares, proposta,

---

[3]Art. 113. "*Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*";
Art. 187. "*Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*"; e
Art. 422. "*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*".

[4] Como se verá adiante, dentre esses países estão, Alemanha, Itália, França e Portugal.

[5] Clóvis Couto e Silva, por exemplo, ainda em 1976, afirma que "*a existência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do BGB não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta. O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em fade do fim objetivo a que visam*". (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: 1976. Ed. Bushastsky. P. 30); Em 1990, Noronha desenvolveu o tema em sua tese de doutoramento. NORONHA, Fernando. **Princípios dos Contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e Cláusulas abusivas**. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 1990; dentre muitos outros mencionados ao longo deste trabalho.

[6] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Teoria Geral das Obrigações. Vol. 2**, 8ª Ed. São Paulo: 2011. Ed. Saraiva. p.36.

aceitação, execução e extinção –, tema este que será discutido no presente trabalho. Veja-se, nesse sentido, o diagrama ilustrativo a seguir:

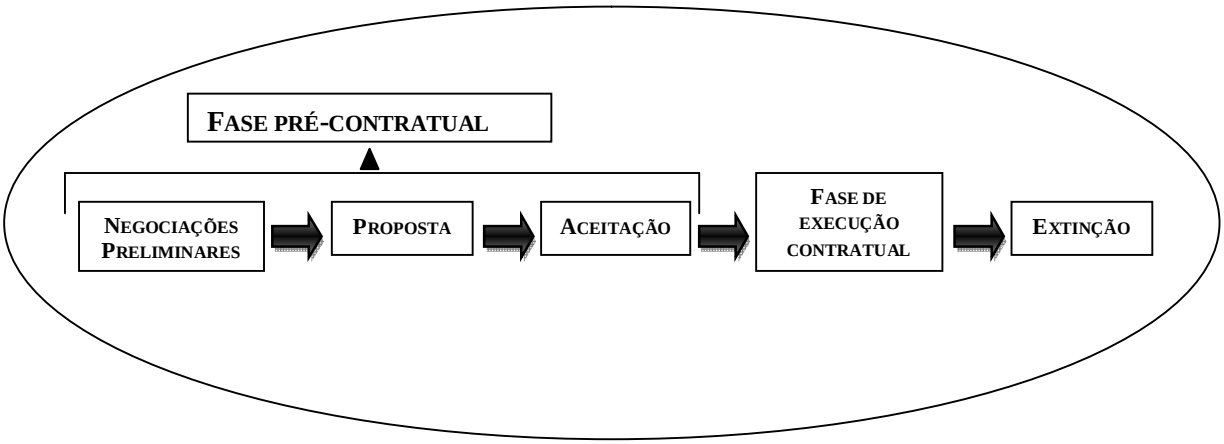

Figura 1 – Processo de formação do contrato
Fonte: Elaborado pelo autor (2013)

Primeiramente, é imperioso notar que na fase pré-contratual as partes ainda não assumiram obrigações, mas, apenas, encontram-se obrigados em razão da boa fé, a agir com diligência e de forma reta, observando a conduta esperada de acordo com as circunstâncias da negociação[7]. Em outras palavras, essa é a fase em que as partes trocam informações, além de analisar a viabilidade e os interesses envolvidos, inexistindo obrigação relativa ao objeto principal, o que não quer dizer que inexista e deveres decorrentes dessa relação.

A formação do contrato é concluída quando formulada uma proposta[8] (art. 427 do Código Civil) por um dos agentes, e exarada a aceitação[9] pelo oblato (art. 430 e seguintes do

[7] Segundo Caio Mário da Silva Pereira, "as negociações preliminares *(tractatus, trattative, porparlers)* são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro. Mesmo quando surge um projeto ou minuta, ainda assim não há vinculação das pessoas". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** vol. III. São Paulo: Forense, 2007, p. 37).

[8] Segundo Araken de Assis, "A função da proposta consiste em suscitar o acordo que formará o contrato. É o primeiro momento da geração do contrato e, basicamente, um ato d comunicação. O contrato começa a ingressar no mundo jurídico por intermédio da proposta. No plano da existência, o contrato se completará com a presença de três elementos – consentimento, objeto e forma". (ASSIS, Araken. **Comentários ao Código Civil Brasileiro.** vol. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 157).

[9]"A aceitação é a manifestação de vontade através da qual o destinatário de uma oferta declara sua aceitação aos termos da proposta, aperfeiçoando o contato entre as partes. Para que seja efetivamente uma aceitação esta não pode ser parcial, devendo o oblato manifestar sua adesão plena e irrestrita à proposta." (OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. **A Aurora na formação dos contratos:** a oferta e a aceitação do clássico ao pós-moderno. Revista dos Tribunais, v. 4, n. 15. jul/set 2003, p. 253-254).

Código Civil). Até que isso efetivamente ocorra, as partes estão obrigadas, apenas, a guardar os deveres impostos pelo art. 422[10] do Código Civil. Antes da proposta e aceitação, portanto, as obrigações das partes se resumem aos denominados deveres anexos ou laterais como o dever de lealdade, o de informação e o de proteção, garantindo que a conclusão do negócio se de em um ambiente seguro e correto.

A boa-fé objetiva, assim, em muitos casos, pode ser considerada como o "termômetro" para medir alinhamento da conduta esperada e imposta às partes. Vejam-se, nesse sentido, os comentários de Menezes de Cordeiro[11] que trata sobre os deveres decorrentes da boa-fé, no qual afirma que as partes estão obrigadas observar (i) o dever proteção, de forma a evitar que as partes sofram danos diretos ou indiretos decorrentes das providências durante as tratativas; (ii) o dever de informação, estando as partes obrigadas a prestar todos e quaisquer esclarecimentos inerentes à negociação, o que garantirá a sua conclusão honesta; (iii) o dever de lealdade, o que, a rigor, proíbe as partes de assumirem comportamentos em desacordo com o que se espera de uma negociação justa e honesta; e (iv) o dever de sigilo, pelo qual as partes ficam obrigadas a não divulgar as informações – ou parte das informações – a respeito das negociações, visando à evitar prejuízos ou situações indesejáveis para outra parte.

Tais obrigações seriam de mais fácil aplicação caso as relações civis e comerciais se resumissem ao comércio de trocas ou feirantes, como, no início da história, eram relações contratuais. Atualmente, entretanto, as relações existentes podem, como se sabe, envolver elevada complexidade e são muitas vezes abstratas, envolvendo compra e venda de quotas e ações, de empresas; negociações com múltiplas partes; existência de figuras jurídicas para um fim específico (como é o caso das sociedades de propósito específico ou consórcios, muito comuns nos projetos de infraestrutura e negociações imobiliárias); e longos períodos de negociações, composto de diversas reuniões, entendimentos, declarações, diligências e até documentos produzidos, tudo para compor a fase pré contratual.

Faça-se aqui um parêntese necessário. Não obstante a possibilidade de existirem negociações complexas ou não – contratos paritários –, o atual ordenamento jurídico prevê,

---

[10] Lembre-se, sobre esse ponto, que o artigo de lei é expresso no sentido que as partes devem guardar "assim na **conclusão do contrato, como em sua execução**, os princípios de probidade e boa-fé [grifo nosso]".

[11] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel, Da Boa-fé no Direito Civil, Coimbra: Almedina, 2011. p. 583.

ainda, modalidade de contratação sem negociação alguma, em que se suprime essa fase da formação do contrato.

Trata-se da modalidade contratual celebrada por adesão, em que não há espaço para negociação, mas a simples aceitação ou não – como um todo – das cláusulas pré estipuladas. Esse conceito diferencia-se dos contratos denominados paritários que obedecem ao processo de formação clássico, com as negociações preliminares, proposta e aceitação[12]. Nesses casos, afasta-se a aplicabilidade da responsabilidade pela quebra das tratativas ora estudada, ante a sua clara supressão.

A hipótese deste trabalho monográfico partiu da premissa de que, em muitos casos da atualidade (e não todos, como visto), a formação do contrato pode não ser algo simples e objetivo, assim como pode envolver infinitas variáveis de elevadíssima complexidade – sem prejuízo dos simples que remanescem –, o que, sem dúvidas, merece atenção do pensamento jurídico, principalmente, no que diz respeito à fase das negociações preliminares, em que a responsabilidade civil – se existente, hipótese – não foi vislumbrada pelo legislador, ao menos de forma expressa, no Código Civil de 2002.

Realmente, a legislação brasileira a respeito do processo de formação dos contratos é, claramente, escassa, na media em que o Código Civil traz, apenas, 9 artigos[13] que tratam da matéria – e se referem tão-somente à proposta e aceitação e não, especificamente, às negociações preliminares. Ou seja o legislador focou seus esforços para disciplinar a execução dos contratos em diversos títulos e capítulos que tratam sobre a matéria contratual[14] e,

---

[12] "Contrato de adesão, nome que lhe deu Saleilles, é aquele em que todas as clausulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto. Este último contraente aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro.
A ideia de contrato de adesão surge em oposição à de contrato paritário. No conceito clássico de contrato admite-se uma fase em que se procede ao debate das cláusulas de avença e na qual as partes, colocadas em pé de igualdade, discutem os termos do negócio. É a chamada fase de pontuação, em que as divergências são eliminadas pela transigência dos contraentes. A esse tipo de negócio dá-se o nome de contrato paritário, pois supõe-se a igualdade entre os interessados. No contrato de adesão a fase inicial de debates e transigência fica eliminada por uma das partes impõe à outra, como um todo, o instrumento inteiro do negócio, que esta, em geral, não pode recusar". (RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade.** V. 3. 28ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. P. 44/45. No mesmo sentido, SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil. vol. III**. São Paulo: Forense, 2007. P. 72/77; RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 89/100).

[13] Que tratam, fundamentalmente, da proposta/oferta e aceitação (arts. 427 e 433 do Código Civil) e não das tratativas preliminares.

[14] Como é o caso dos Capítulos I e II do Título IV do Código Civil, que disciplinam a formação do contrato a partir da proposta – e não propriamente das negociações preliminares –, após o que a extinção.

contudo – faça-se, desde logo a crítica –, perdeu a excelente oportunidade de regulamentar, de forma pormenorizada, a fase pré-contratual.

Nesse contexto é que surge o questionamento e a problemática que motiva o presente estudo: Existe responsabilidade civil das partes que negociam um contrato decorrente do princípio da boa fé objetiva?

É nesse âmbito que o presente estudo tem como objetivo geral analisar as tratativas preliminares, sob a ótica dos deveres de conduta e limitações impostos pela boa-fé objetiva e verificar, inclusive, a forma como os tribunais e a doutrina, nacional e estrangeira, vêm se manifestando sobre o tema.

A problemática, contudo, não é apenas determinar a forma como a boa-fé objetiva se aplica na fase das negociações preliminares, mas, também, se propõe como objetivo específico verificar qual é o tipo de responsabilidade – contratual, extracontratual, ou, ainda, outra[15] – que a violação desse preceito gera. Veja-se que, em se tratando da fase de formação do contrato, serão abordados no presente estudo os deveres existentes nessa fase e os requisitos exigidos para que haja responsabilidade por violação da boa-fé objetiva, além das consequências de sua violação propostas no âmbito das negociações.

O tema é extremamente relevante e fértil, tendo em vista que as partes poderão perceber prejuízos decorrentes da ruptura das negociações preliminares, principalmente, em razão das atuais circunstâncias que permitem a existência de negociações complexas, envolvendo longos períodos, além do desembolso de quantias consideráveis para desenvolvimento das tratativas. O que agrava, tecnicamente, o problema é a inexistência de normas específicas no ordenamento jurídico brasileiro que tratem da ruptura das negociações na fase pré-contratual, o que corrobora a importância desta investigação[16].

---

[15]"Na questão da ruptura das negociações, antes que discutir se a responsabilidade é *aquiliana* ou contratual, talvez fosse preferível optar por uma terceira responsabilidade à distribuição equitativa dos prejuízos" (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **A Boa-fé na Formação dos Contratos**. Revista de Direito do Consumidor. RDC 3/1992. jul./set.,1992. P. 201/202)

[16] Sobre a importância da problemática ora apresentada, o Professor José Alexandre Tavares Guerreiro, há muito, sustentou que "o centro do problema está precisamente no equilíbrio entre as partes que pretendem contratar, o que significa, em outras palavras, que a parte injustificadamente arrependida poderia infringir, com a recusa em contratar, preceito fundamental do ordenamento positivo e informador de toda sistemática obrigacional: o princípio que veda a causação d prejuízo à outra parte (*neminem laedere*)". (TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. **A boa-fé nas relações preliminares**. Revista de Direito Civil. EDCiv 16/1981. p. 62)

A rigor, o Código Civil concede, sempre, a possibilidade do interessado em obter indenização caso consiga enquadrar a conduta de seu adverso no conceito *aquiliano*, demonstrando a ilicitude de determinado ato e o dano dele decorrente, o que se enquadra na hipótese prevista pelo artigo 186 cumulado com o artigo 927 do Código Civil. Segundo alguns autores[17], todavia, tal possibilidade não atende à atual circunstância socioeconômica, tanto pelas dificuldades e ou necessidade da prova de culpa e de ato ilícito.

Dessa forma, passou-se ao estudo da aplicabilidade do art. 187 e do Código Civil às tratativas preliminares, a fim de que, por abuso de direito e violação ao princípio da boa fé objetiva, se configure a responsabilidade civil prevista pelo art. 927 do *Codex*.

A metodologia proposta incluiu a revisão de literatura sobre o tema, com apoio do método qualitativo, com busca de dados secundários que foram estudados por meio da técnica de estudo de casos.

Para finalizar este introito, ressalte-se que, como as normas a respeito das tratativas preliminares – e da formação do contrato em si – são claramente insuficientes, espera-se que as considerações a seguir possam servir para reflexão sobre o tema.

Após o desenvolvimento do estudo, verificou-se que existem divergências a respeito do tema, contudo, o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que por conceitos advindos e desenvolvidos pela doutrina e jurisprudência – claramente influenciados por estudos internacionais –, vem reconhecendo a possibilidade da responsabilidade civil no processo de formação do contrato, notadamente pela ruptura das tratativas preliminares, com base na boa fé objetiva.

---

[17] AZEVEDO, Antônio Junqueira. **A Boa-Fé na Formação dos Contratos**: Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, Volume II, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. P. 201/202. No mesmo sentido: FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual**. Curitiba: Juruá, 2008; PRATA, Ana. **Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual.** Coimbra: Almedina, 2005.

1 CARACTERIZAÇÃO DO AMBIENTE

1.1 Considerações sobre a formação dos contratos na atualidade

Quando se analisa a matéria de formação dos contratos, é impossível não fazer uma reflexão sobre a diversidade de relações existentes, desde as relações simples, até aquelas mais complexas enfrentadas por grandes bancas perante os tribunais e câmaras arbitrais. Como se sabe, um contrato pode advir de uma negociação rápida e imediata sem profundos questionamentos, com efeitos imediatos ou ser fruto de complexas operações, resultantes de logos períodos de análises e negociações[18].

Paralelamente à questão da complexidade, é imperioso notar que há uma diferença técnica elementar entre os processos de formação que poderão ocorrer de forma partitária ou "por adesão", o que, naturalmente, influenciará na existência ou não de negociações preliminares. O contrato "por adesão" não permite que haja tratativas ou negociações, de modo que, ou bem se aceita as cláusulas ali estipuladas, ou não se celebra o contrato. Não há, via de regra, abertura para negociação. Os contratos paritários, por outro lado, seguem as fases de negociações preliminares, proposta e aceitação[19].

De toda forma, tratando-se de contratos paritários – que, como visto, permitem negociação –, verifica-se que, mediante casos práticos, que a durabilidade, extensão e relevância da fase preliminares pode estar ligada à complexidade.

Como exemplo dos extremos dessa diversidade de situações tem-se, para o primeiro caso citado acima, a pessoa que comparece a uma feira livre de bairro nos finais de semana e se interessa por comprar uma fruta. Rapidamente essa pessoa fará o contato com o feirante que lhe informará o preço e as qualidades inerentes ao produto, fazendo a oferta – ou proposta

---

[18] José Virgílio Lopes Enei comenta sobre a complexidade dos negócios na nova ordem econômica: "É de observar ainda a hipercomplexidade que caracteriza as relações econômicas modernas, complexidade esta que demanda instrumentos legais bastante sofisticados, aptos a governar a realizada social e econômica, como empresas plurissocietárias, contratos atípicos, contratos coligados e rede de contratos" (**Project Finance**. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 2).

[19] Cf. Silvio Rodrigues e Arnaldo Rizzardo. Op. Cit. p. 12.

– para venda. Ao oblato (comprador), caberá exarar sua aceitação ou, ainda, apresentar uma contraproposta. Uma vez aceita a compra, o oblato efetuará o pagamento, recebendo, em contrapartida, a fruta desejada.

Nesse caso, houve a formação do contrato de compra e venda do objeto, com o pagamento do preço e recebimento da mercadoria, tendo, em instantes, se concluído a relação jurídica, dada a sua simplicidade cotidiana. A fase preliminar de negociação, muito embora exista, é simples e pouco relevante à formação do contrato em si.

No extremo contrário, contudo, pode-se citar, como exemplo, a negociação da compra e venda do controle acionário de uma empresa. Nesse caso, nada é imediato. As partes se reúnem em reiteradas oportunidades com o objetivo de discutir as condições de compra e venda das ações, realizam diligências para analisar o risco potencial que a compra da empresa pode envolver (*due diligence*), despendem custos com advogados, contadores, auditores, empregados e todo o pessoal necessário à análise e realização, de um lado, da compra e, de outro, da venda. Normalmente, trocam informações sigilosas a respeito dos negócios das empresas e, enfim, tudo o que possibilite, no entender das partes, a melhor e mais exata tomada da decisão[20].

---

[20] Sobre essa questão, as considerações de Mário Julio de Almeida Costa, são de grande valor: "(...) No meio industrializado e tecnológico contemporâneo são, de facto, cada vez mais frequentes os negócios em que os respectivos preliminares se alongam e pormenorizam. Tal resulta, quer da importância e complexidade crescentes dos bens e serviços, assim como dos valores ou esquemas financeiros, envolvidos no comércio jurídico, quer dos mecanismos através dos quais este se realiza. Acresce que o desenvolvimento da publicidade, da mercadologia (marketing) e dos meios de comunicação, ao mesmo tempo que produziu a ampliação no âmbito dos contratantes potenciais, tornou necessária uma progressão mais ou menos demoradas das negociações anteriores ao contrato definitivo. Daí a frequência, sempre maior dos contratos antecedidos de um processo genético, que se inicia aos primeiros contatos das partes com o objetivo da realização de um negócio e se prolonga até o momento de sua efectiva celebração" (**Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatória de um contrato**. S/ed. Coimbra: Coimbra, 1984, pp;.45-46 *apud* ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações no direito civil brasileiro**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre na área de concentração do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. 31.03.03. pp. 10/11). Sobre o tema, Alexandre Bertoldi comentou em notícia publicada no jornal Estadão do dia 15.02.2010: "Qualquer um que já esteve envolvido em uma transação de compra e venda de uma empresa sabe que o processo nunca é simples. Embora, em boa parte das vezes, o essencial já esteja bem encaminhado - o desejo de vender de um, a vontade de comprar do outro e, no mínimo, um princípio de acordo quanto aos valores envolvidos -, quem entra numa operação dessa natureza esperando que as coisas irão se resolver facilmente, em questão de dias, corre o risco de ter uma enorme frustração. Não importa que o fundamental já esteja acordado. Fatalmente um batalhão de profissionais estará envolvido por cada um dos lados: analistas e diretores de bancos de investimentos, advogados, auditores e contadores, além dos representantes das empresas envolvidas. Essas pessoas passarão dias (incluindo noites intermináveis e finais de semanas) discutindo e finalizando os detalhes da negociação. Nesse processo, os resultados do trabalho de auditoria legal (uma verdadeira radiografia da situação contenciosa, fiscal, previdenciária e trabalhista da empresa) serão exaustivamente analisados e discutidos, as demonstrações financeiras e provisões passarão por ampla revisão e, finalmente, os contratos serão discutidos linha a linha, palavra por palavra. A verdade é que, nos últimos anos, os negócios no Brasil se sofisticaram muito. Junto com o

Nos contratos de adesão – ou, por adesão[21] –, em que a parte aderente tem apenas duas opções, aceitar os termos apresentados na minuta do proponente ou não celebrar o contrato pretendido, as negociações preliminares são excluídas. Em outras palavras, a parte poderá aderir ou não ao contrato apresentado com as disposições já nele estipuladas, descabendo, portanto, negociações ou tratativas[22].

Os exemplos acima estão longe de esgotar a diversidade de formas de negociação para formação dos contratos, mas ilustram a linha de raciocínio necessária para análise do período das tratativas preliminares e as consequências. Como visto, o contrato pode advir de um ambiente extremamente simples ou, no extremo contrário, de um processo de elevada complexidade e, com ou sem negociações prévias.

Dessa forma, considerando a variedade de situações que a sociedade pode criar, tem-se que, como consequência lógica, nem todas as formações de contratos e constituições de obrigações observarão, sempre, exatamente os mesmos requisitos. O Código Civil, todavia, prevê, nos artigos 427 a 435, de forma sucinta, a formação do contrato vislumbrando parâmetros básicos que, de maneira geral – e lembrando que nem sempre as partes percorrerão todas as fases de sua formação –, a integralidade dos contratos, quais sejam: (i) negociações preliminares; (ii) proposta/oferta; (iii) aceitação.

---

capital estrangeiro e o interesse dos investidores internacionais, vieram as práticas adotadas nos mercados mais adiantados - em especial, as regras que aumentam a responsabilidade dos envolvidos e a consequente busca da eliminação de todo e quaisquer riscos para esses. A explosão no número de transações e o aumento substancial dos valores envolvidos gerou um aumento exponencial do trabalho de preparação e discussão dos documentos. Contratos que antes tinham 20,30 páginas (e já eram considerados grandes!) passaram a ter 100, 150 páginas... ou mais. Recentemente, participei de uma operação em que, entre contratos e anexos, foram rubricadas 5 mil páginas no dia do fechamento do negócio. Importamos o que havia de bom (e também o de não tão bom) dos mercados internacionais; hoje - para todos os efeitos -, os documentos para a formalização de uma operação inteiramente negociada no Brasil (e às vezes envolvendo até duas empresas totalmente nacionais) não diferem muito de uma operação semelhante negociada em Nova York ou Londres."

[21] O presente estudo não tem o objetivo de adentrar ou fazer algum tipo de juízo a respeito da discussão de contrato "por adesão" e "de adesão".

[22] Vejam-se, nesse sentido, as relevantes anotações de Maria Helena Diniz: "Contrato por adesão. É aquele em que a manifestação da vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra como nos ensina R. Limongi França, opõe-se à ideia de contrato paritário, por inexistir, a liberdade de convenção, visto que exclui qualquer possibilidade de debate e transigência entre as partes, pois um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro (RT, 487:181, 516:163, 795:234; JB, 158:263), aderindo a uma situação contratual já definida em todos os seus termos (JSTJ, 7:378, 6:199, 2:246, 1:229)" (**Código Civil Anotado**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp.423).

1.2 Negociações preliminares

O primeiro suspiro da formação de um contrato se inicia com uma concepção psicológica e projetista que tem por objetivo um determinado fim. Em uma analogia, poderia se dizer que é o "nascituro" inserido na intimidade do agente e que poderá ou não – dependendo da vontade e de sua manifestação – gerar os primeiros contatos a respeito do objeto e de um futuro contrato. Veja-se, nesse sentido, a propriedade das considerações do magistrado Rômulo Russo Júnior[23]: "A construção do vínculo negocial levanta primeiro um dado psíquico, porquanto a intenção de contratar anima somente o campo mental do contraente, momento esse que é indiferente para o mundo jurídico. Até aí se verifica uma feição unilateralmente anímica".

Seria, portanto, a formação da intenção de investigar a possibilidade da contratação e que está ligada diretamente a um estado psicológico particular do agente.

Voltando ao exemplo do feirante, seria o caso da pessoa que chega à feira e analisa – sem qualquer comunicação ou negociação – a banca de frutas aguardando que uma delas lhe desperte o interesse e a vontade. Posteriormente, ao verificar que as laranjas estavam com uma cor vibrante e o preço estava menor do que nos meses anteriores, o agente decide conversar com o feirante para negociar o preço, provar uma amostra e iniciar as comunicações.

Veja-se que não há, especificamente, uma regra para que o interesse venha a ser despertado. Trata-se, pois, de um estado muito pessoal e circunstancial. No exemplo acima, tratou-se da combinação de preço e qualidade, mas não é uma regra, de modo que a formação acaba sendo uma conjuntura de motivos particulares que o formam na psique do agente, não necessariamente lógicos.

---

[23] RUSSO JÚNIOR, Rômulo. **Responsabilidade Pré-Contratual**. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp.35.

Assim, no momento ainda anterior às *tractatus, trattative, porparlers* é necessário ter em vista que existe um elemento essencial ao processo de formação do contrato, que é a formação individualizada da vontade do agente.

Anote-se que, muito embora seja uma formação de vontade totalmente abstrata, o conceito é de extrema importância para o processo de formação do contrato, tanto que, na linha do artigo 112 do Código Civil, "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem". Portanto, para análise de qualquer conjuntura contratual, é mais do que clara a necessidade de se ter em mente os motivos do despertar da vontade de contratar, bem como a intenção psicológica do agente, o que é regido pela lei.

Ato contínuo, uma vez que tal interesse é despertado, o agente passa às tratativas pelas quais elaborará o projeto para futura celebração do contrato. Nesse momento, as partes passam a se comunicar, prestar informações e, muitas vezes, até elaborar minutas e um roteiro para contratação futura (por exemplo, memorandos de entendimentos, atas de reunião, cronogramas de providências e etc.).

De forma mais objetiva, entende-se que não é apenas o momento pelo qual os agentes analisam o seu interesse pela troca de informações e análises, mas, também, para que se avalie a possibilidade material da contratação. Essas tratativas, contudo, por mais completas que sejam, não vinculam as partes à conclusão do negócio que, por elas, inicialmente, se pretendia entabular[24].

---

[24] GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 72: "De resto, é comum fazer preceder à proposta de entendimentos destinados à sua melhor formulação, chamados negociações preliminares. Debatem os interessados as condições que podem tornar o contrato viável, prolongando-as com o objetivo de verificarem se o negócio realmente lhes convém. Chegam, não raro, a elaborar um projeto do futuro contrato, redigindo, de comum acordo, a minuta, que servirá de roteiro, para a redação do competente instrumento, cujo texto, via de regra, a reproduz. Outras vezes, as negociações preliminares registram-se em simples apontamentos, utilizados posteriormente para precisar a vontade dos interessados quanto ao conteúdo do contrato. Seja qual for, porém, a forma que assumam, as negociações preliminares constituem atividade que, embora não seja propriamente contratual, possui, em certas circunstâncias, indiscutível relevância jurídica. Tais negociações não passam, entretanto, de mera tentativa para a realização de contratos, não se confundindo com as negociações contratuais propriamente ditas"; no mesmo sentido, nota de roda pé nº 3.

Alguns doutrinadores[25], contudo, se limita a caracterizar as tratativas preliminares em sondagens e conversações sem, todavia, analisar especificamente as eventuais declarações unilaterais ou negócios paralelos celebrados no mundo moderno com a finalidade de que as tratativas em questão venham a se tornarem um contrato.

De fato, no momento posterior aos primeiros contatos, as partes podem – e diversas vezes fazem – negociar obrigações paralelas que serão seguidas em suas negociações, de forma a resguardar eventuais direitos e a facilitar a conclusão das tratativas permitindo que um agente formule a proposta e o outro analise, com a propriedade necessária, a possibilidade da aceitação plena. Frise-se, nesse particular, que eventuais contratos ou termos paralelos, muito embora não sejam a intenção principal das partes, constituem um contrato propriamente dito e, assim, eventual inadimplemento foge á esfera pretendida nesse estudo.

A concepção simples e sucinta das negociações se insere na fixação do conceito básico da tratativa, proposta e aceitação. No entanto, analisando uma fusão ou incorporação de empresas (os chamados M&As'), o conceito de negociações preliminares se torna mais expansivo, até pelos altíssimos valores que a negociação pode envolver, pelo sigilo dos documentos, pela contratação de profissionais necessária (p.e. realização de auditorias, contratação de advogados e consultorias e etc.), enfim, por toda a mão-de-obra que uma negociação dessa natureza gera[26].

Cumpre notar que Carnelutti já havia mencionado a possibilidade das negociações preliminares e da própria formação do contrato que envolve negociações mais complexas, o que demonstra que, classicamente, a problemática advinda da complexidade já era uma preocupação da doutrina[27]. Orlando Gomes, em rápidas colocações, também menciona o assunto, estabelecendo que "a formação de qualquer contrato pode ser precedida de negócios

---

[25] Limitando tal análise: SILVA PEIRA, Caio Mário da. Instituições de Direito Civil. vol. III. São Paulo: Forense, 2007. P. 37/38; RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 43/45; RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p.66/67.

[26] POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O rompimento das Tratativas.** 1ª Ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2011. P. 228: Ante a evolução do sistema capitalista e o progressivo aumento da complexidade das negociações, mais e mais tem se tornado relevante a fase de formação, sobretudo as tratativas preliminares. Apesar de códigos importantes como o francês não ter dosciplinado o assunto e, neste aspecto o dirteito brasileiro, assim como o projeto do novo código civil, seguiram o mesmo caminho, é papel do intérprete descortinar esta situação de grande destaque. No mesmo sentido, Op. Cit. 20.

[27] Formazione progressiva del contrato. **Revista del diritto commerciale e del diritto generale dele obbligazioni**. V. CIV. 2 parte. Milano: Casa editrice dottor Francesco Vallardi, 1916, pp.308-319 *apud* ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações no Direito Brasileiro**. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2003. p. 15.

jurídicos tendentes a leva-la a bom termo em virtude da determinação vinculante de seus dados objetivos e elementos subjetivos”[28].

Tais obrigações são, em muitas oportunidades, estabelecidas por “contratos preparatórios que, inclusive, podem estar inseridos no campo da atipicidade”[29] – como, de fato, ocorre –, estabelecendo obrigações mútuas. Veja-se que, ao mencionar “contratos preparatórios”, não se menciona o contrato preliminar, mas, sim, criar e disciplinar contratos cujas obrigações nele contidas se referem ao período de formação dos contratos cuja finalidade primária não é, especificamente, a celebração do contrato principal, mas, sim, deveres laterais e atos relativos às próprias tratativas[30]. Seria dizer um contrato para estabelecer como contratar.

Nos M&As’, por exemplo, antes da elaboração de uma proposta e estabelecimento do preço, as partes se aproximam e realizam análises financeiras e jurídicas da empresa – *due diligence* –, que lhe permitirão, no futuro, verificar o efetivo interesse na compra e a estipulação de um preço, contabilizando o ativo, passivo e o contingenciamento das obrigações da empresa. Durante esse período, antes de abrir questões sigilosas da empresa, as partes podem fazer roteiros (Memorandos de Entendimentos) e/ou celebram contratos que estabelecem as obrigações inerentes a esses atos, como é o caso da obrigação de sigilo. Outras

---

[28]GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 72.

[29] Sobre a matéria, são elementares os comentários do Professor Álvaro Vilaça: “Nos contratos atípicos, se não há regulamentação legal, as partes devem acautelar-se na fixação de normas contratuais, para que estas possa valer, desde que não contrariem os princípios gerais de direito, os bons costumes e as normas de ordem pública. Portanto, nesses contratos, especificamente, só os contratantes devem regulamentar, por si mesmos, seus próprios interesses, em clima de boa-fé e igualdade” (VILAÇA. Álvaro. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos:** Curso de Direito Civil**.** São Paulo: Atlas, 2004, p. 139.

[30] PIGNATARO, Gisella. **Buona fede oggetiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamentio italiano e francese**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 1999. p. 97/98. “Preparatori sono tutti gli accordi con cui si intendono prepare futuri contratti. A seconda dela natura dell’obbligazione generata, si distinguono in questa categoria l’ acoord de príncipe, le pacte de préference e l’accord-cadre”.

Nesse sentido são também as considerações de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “No âmbito das tratativas inexiste proposta formalizada, hábil a vincular as partes (art. 427, CC). Nesta fase de puntuação, eventualmente haverá uma carta de intenções subscrita pelas partes ou uma minuta, consubstanciando documento em que se fixa por escrito o desenho do contrato. Mas ainda não há o consentimento necessário ao contrato definitivo. Realmente, na fase das negociações preliminares as partes costumam celebrar os chamados acordos provisórios, usualmente denominados de minutas, esboços ou cartas de intenção. Elas já se vinculam a determinados pontos do negócio, mas sem a obrigação de celebração do contrato principal enquanto não se acertam com relação aos demais aspectos. Os acordos parciais não geram a obrigação de celebração do contrato definitivo, pois não se pactuou ainda no que tange às cláusulas em aberto. Assim, se as partes não celebram o contrato definitivo, por não alcançarem consenso em relação aos pontos em aberto, automaticamente se extingue o acordo provisório. Nada obstante, se decidirem por contratar, vinculam-se os promitentes aos termos das minutas parciais” (DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57).

vezes, antes mesmo de se iniciar a analise, as partes estabelecem direitos acordos provisórios, de forma a ressalvar suas pretensões negociais sujeitas a eventos futuros.

Anote-se que, nesses casos, os deveres ali estabelecidos durante as negociações passam a ser contratuais, o que, notadamente, altera a hipótese da responsabilidade civil que passará a obedecer ao quanto disposto nos artigos 389 e seguintes do Código Civil.

Dentre os diversos atos e negócios que usualmente são realizados nessa fase da formação do contrato, esse estudo elege, a título exemplificativo e observada a recorrência da utilização, os seguintes: Acordo de Não Divulgação (*Non Disclosure Agreement*); Contrato de Preferência; Carta de e Conforto (*Confort Letter*). Cumpre notar, por oportuno, que, diante a atipicidade desses instrumentos, ocorre a variabilidade do que, efetivamente, eles podem representar. Em outras palavras, as partes poderão inserir nesses instrumentos as obrigações que bem entenderem, de modo que poderão ser, desde meras obrigações de meio para os fins das negociações, até, efetivamente, contratos autônomos.

As negociações preliminares, portanto, podem ser analisadas em três momentos principais: (i) a constituição psíquica do interesse em contratar, com a conseguinte manifestação do interesse; (ii) a aproximação e início das tratativas para análise da possível concretização do interesse exarado; e (iii) a celebração de contratos paralelos ressalvando os direitos e interesses das partes durante as negociações[31].

Ressalte-se que, em termos de ordem e tempo, os momentos mencionados nos itens "ii" e "iii" podem ocorrer – e frequentemente ocorrem – ao mesmo tempo, tendo em vista que a análise e entendimentos sobre o negócio pode ensejar, desde logo, a vontade das partes de ressalvar os seus interesses.

Paralelamente, é importantíssimo frisar que esses são apenas alguns exemplos relevantes de acordos paralelos acessórios que podem vir a ser celebrados nas negociações de um contrato, não sendo, de nenhum modo, o objetivo do presente estudo esgotar o tema ou tratar de todas as modalidades de contratos acessórios às negociações, até porque tal tarefa

[31] RUSSO JÚNIOR, Rômulo. **Responsabilidade Pré-Contratual**. Salvador: JusPODIVM, 2006, pp.35.

seria, praticamente, impossível considerando a variedade decorrente de atipicidade desses instrumentos, com a existência de "termos" genéricos que estabelecem obrigações.

1.2.1 Acordo de não divulgação (Non Disclousure Agreement)

Conforme mencionado alhures, durante as tratativas e análises para uma futura contratação, as partes trocam informações sigilosas que lhes afetar, tanto no aspecto operacional, quanto no financeiro. Sob outra ótica, sempre se tem em vista a possibilidade do contrato efetivo não vir a ser celebrado, de modo que as informações sigilosas a respeito da outra parte poderiam, simplesmente, ser divulgadas ou usadas contra a própria empresa.

A existência de um potencial passivo relevante em razão da operação, ainda não realizado, por exemplo, poderia afetar a cotação das ações de uma empresa na bolsa de valores e frustrar-lhe negociações futuras. Por outro lado, a divulgação da possibilidade de uma operação poderia ensejar a especulação do mercado, com respostas – por vezes indesejadas – dos acionistas e dos concorrentes que dividem o mesmo nicho, além da especulação.

Por esse motivo, o direito brasileiro "emprestou" do *commom law*[32] o *Non Disclosure Agreement* – Acordo de Não Divulgação ou Termo de Confidencialidade –, pelo qual se estabelece que as partes ficam proibidas de divulgar e utilizar as informações sigilosas de que vierem a ter acesso, em razão de determinadas circunstâncias.

Normalmente, estipula-se multa pela quebra desse contrato, além da possibilidade expressa de cobrar indenização, caso as perdas e danos venham a superar o valor da multa estipulada (cláusula penal usual e sem limitação das perdas e danos ao seu valor). Enfim, esse instrumento não tem por objetivo a celebração do contrato que resultaria das negociações

---

[32] Essa modalidade de contratação é prevista, inclusive, em manuais de conduta empresarial norte-americanos: "How does an author disclose an idea for an image, a format, a product, or other creations without risking that the listener, or potential business associate, will simply steal the idea? This can be done by the creation os an express contract, an implied contract (revealed by the course of dealing between the parties), or a fiduciary relationship (in which one party owes a duty of trust to the other party). Form 11, the contract between the party disclosing the idea and the party receiving it". (CRAWFORD, Tad. **Business and Legal Forms for Authors and Self Publishers**. New York: 1946, Library of Congress, pp. 79).

frutíferas, mas sim ressalvar os direitos das partes durante as tratativas. Trata-se, portanto, de um elemento integrante do processo das negociações preliminares e não do objeto do contrato principal que vem sendo negociado.

Cumpre ressaltar, por oportuno, que o *Non Disclosure Agreement* simplesmente instrumentaliza um dever que, em tese – e como se verá adianta –, já era das partes em razão da conduta que lhes é imposta pela boa-fé objetiva. A diferença é que com o *Non Disclousure Agreement*, a construção da responsabilidade civil passa a ser contratual (art. 389 do Código Civil) e as partes têm a possibilidade de fixar uma cláusula penal afastando a necessidade de prova das perdas e danos que eventualmente tenha sofrido.

1.2.2 Contrato de Preferência

O direito de preferência nada mais é do que a concessão do direito – mediante a lei ou vontade das partes – de, em iguais condições, preferir em face de outrem na celebração de um determinado negócio. Na legislação, existem diversos dispositivos que exemplificam o direito em questão, como os arts. 504, 519, 1.322 e 1.338 do Código Civil[33], art. 170 da Lei nº 6.404/76[34] e nos arts. 27 e 33 da Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91)[35], dentre outros.

---

[33]Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.
Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa.
Art. 1.322. Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.
Art. 1.338. Resolvendo o condômino alugar área no abrigo para veículos, preferir-se-á, em condições iguais, qualquer dos condôminos a estranhos, e, entre todos, os possuidores.
[34] Art. 171. Na proporção do número de ações que possuírem, os acionistas terão preferência para a subscrição do aumento de capital.
[35] Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar - lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.
Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

O Contrato de Preferência pode ser celebrado em apartado ou estar inserto em outro na forma de cláusula. Sua finalidade é estabelecer a preferência à parte para que, em igualdade de condições, cubra uma eventual proposta que a outra vier a receber de terceiro, relativamente à determinado objeto, normalmente, o próprio objeto do contrato principal ou parte dele. Ou seja, na linha da doutrina de Pontes de Miranda[36], é a criação de um direito cujo exercício fica condicionado à existência de uma proposta por parte de terceiro.

É o caso, por exemplo, de, no meio da negociação da compra e venda de uma empresa – sem que haja proposta, aceitação ou instrumentalização de um contrato–, a empresa receba uma proposta de terceiro. Nesse caso, existindo o contrato de preferência, a parte poderá, caso tenha interesse, comprar a empresa nas mesmas condições da proposta formulada pelo terceiro. Usualmente, as partes estipulam prazos e condições para que a preferência seja exercida.

Esse contrato, além de resguardar o interesse da parte é, frequentemente, utilizado para aproximá-las, demonstrando o verdadeiro compromisso em investigar a possibilidade do contrato final.

Consigne-se, aqui, que o contrato de preferência não tem a natureza de contrato preliminar, uma vez que a constituição dessas obrigações não enseja, necessariamente, a obrigatoriedade da celebração de um contrato futuro, mas sim concede à parte a possibilidade do exercício de um direito potestativo de preferir a outrem, em mesmas condições, caso uma proposta venha a surgir. Por essa razão, esse contrato integra a premissa aludida de "contrato preparatório" e não contrato preliminar[37], o que, contudo, não lhe afasta a natureza de contrato

---

[36] "Em todos há, como efeito, o direito formativo e gerador, cujo exercício nesce ao querer o outorgante alienar o bem e estar em via de aliená-lo. Não é o direito que nasce nesse momento. O direito formativo gerador já nasceu. O que está em suspenso é o seu exercício. Esse exercício é que está condicionado. O direito é a ficar à frente de qualquer interessado em adquirir o bem: preferir. (...) O direito formativo gerador, nas preferências, só se exerce se há a situação prevista de concorrência, ainda se somente possível, de oferentes ou aceitantes. No direito de opção, abstrai-se disso: não importa se o outorgante vai alienar, ou contratar, ou não vai; nem se há interessados que dêem maior preço, ou ofereçam o mesmo preço em melhores cláusulas". (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado;** t. XXXVIII. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, pp.383.

[37] ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações no Direito Brasileiro**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2003. DEDALUS – Acervo – FD 20400024586. 23.

e o deslocamento da configuração da responsabilidade civil para aquela prevista pelo art. 389 do Código Civil.

1.2.3 Carta de Conforto (Confort Letters)

As *Confort Letters* são cartas em que uma sociedade afirma e recomenda a celebração de determinado contrato com outra, sem, entretanto, necessariamente constituir uma garantia formal em seu favor. Essa modalidade de contrato preparatório é, usualmente, utilizada no âmbito das negociações bancárias em que a sociedade controladora presta a carta de conforme em favor da controlada perante uma instituição financeira para facilitar a provação de um financiamento.

Esse documento preparatório – que, via de regra – não tem natureza contratual, tem o condão de aproximar as partes, concedendo, ainda que de forma subjetiva, uma segurança à outra parte no tocante à celebração e cumprimento do contrato que vier a ser celebrado.

Nas palavras de Eduardo Salomão Neto[38],

> "A utilidade das *confort letters* é induzir terceiros a darem crédito para uma sociedade controlada pela emissora da carta, sem que a emissora deva constituir garantia formal em favor do credor em perspectiva. São usadas como alternativa às garantias formais em razão de um ou alguns dos seguintes fatos: (i) existência de limite a novas garantias nos atos constitutivos ou acordo de acionistas da emissora da carta; (ii) inconveniência de se discriminar a *confort letter* no balanço da sociedade que a emite, ou até mesmos notas explicativas; (iii) tentativa de mantes autonomia administrativo-financeira da filial; ou (iv) simples aversão a garantir".

Sem adentrar ao tema de forma pormenorizada – já que se trata de questão divergente da doutrina –, anote-se que, por ser uma garantia atípica, a *Confort Letter* não tem uma forma ou disposição de obrigação específica, cabendo às partes fixar nela as declarações que entenderem ser cabíveis e a forma como a empresa confortante garantirá que a confortada cumprirá as suas obrigações contratuais.

---

[38]NETO, Eduardo Salomão. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 279.

O autor de direito bancário mencionado diferencia as *Confort Letters* de acordo com a modalidade e gravidade das obrigações que ela estipula (*hard* e *soft Confort Letters*). Assim, as consequências decorrentes de um eventual inadimplemento das obrigações contratuais pela parte garantida serão analisadas sob a égide das disposições da própria carta, o que, inclusiva, poderá ter natureza de um contrato, efetivamente.

Cumpre sempre lembrar que, independentemente do que dispuser a carta, os eventuais prejuízos que uma parte vier a sofrer pela indução decorrente da carta de conforto poderão, de forma independente, ser comprovados e no âmbito da responsabilidade *aquiliana* ser demandados (p. ex. se ficar comprovado que a Confortante prestou informações equivocadas ou falaciosas a respeito da confortada).

Dessa forma, durante as negociações, poderá a parte, com a finalidade de facilitar a contratação, apresentar uma *Confort Letter* e, nela, estipular a forma como se dará a garantia prestada pelo confortante.

1.3 Esclarecimento necessário

Como se viu, o ordenamento jurídico atual possibilita que, durante as negociações, as partes celebrem instrumentos, de forma a ressalvar seus direitos e interesses e, paralelamente, evitar danos. Tais contratos, portanto, demonstram uma ordem de ideias de conduta que se espera das partes durante a negociação, mas que, nos casos desses contratos preliminares, deslocam a responsabilidade e a obrigação para o âmbito contratual, efetivamente.

Todavia, em que pese a forma recorrente com que tais contratos preparatórios são utilizados, cabe, aqui, uma reflexão: não seria obrigação das partes evitarem que o seu adverso sofra danos decorrentes das negociações?

Na verdade, conforme se demostrará, os deveres, muitas vezes traduzidos pelos contratos e atos preparatórios, já estão insertos nas obrigações das partes decorrentes da boa-fé objetiva. Ou seja, a instrumentalização desses deveres, acaba por criar condições detalhadas e consequências jurídicas ajustadas pelas partes, no entanto, muitas das ideias e o próprio

conceito que se busca estipular existem e decorrem da boa fé objetiva, independentemente de estipulação contratual.

Demais disso, uma reflexão secundária seria tentar analisar a forma de responsabilidade civil que tais medidas induzem. Ou seja, seria refletir se a violação da boa fé objetiva gera a mesma formula de responsabilidade por transgressão aos contratos preparatórios.

Adiantando um pouco o que se verá nos capítulos conseguintes, registre-se que os contratos preparatórios estão inseridos na hipótese de responsabilidade contratual (art. 389 do Código Civil) e, bem assim, normalmente são dotados de cláusula penal, o que, pela desnecessidade de prova de perdas e danos, acaba sendo o maior motivo de sua reiterada utilização. As tratativas preliminares, no entanto, por definição não detém nenhuma vinculação direta ou contratação, o que afasta a aplicabilidade do referido artigo e nos leva a analisar as hipóteses dos arts. 186 e 187 do Código Civil, como se verá adiante.

2 BOA FÉ OBJETIVA E A FASE PRÉ CONTRATUAL

2.1 Breve histórico da Boa-fé Objetiva

Primeiramente, antes mesmo de adentrar ao histórico desse instituto no Brasil, é importante apresentar uma sucinta introdução a respeito do desenvolvimento da boa-fé em seus primórdios, até o momento do surgimento de suas teorias no Brasil.

2.1.1 Direito Romano

Os primeiros ensaios a respeito da boa-fé surgiram ainda no Direito Romano. Nessa época, os deveres de conduta, por muitas vezes, estavam vinculados ao dever moral do agente que assumiu determinada obrigação, efetivamente, cumpri-la.

Na relação de *clientela*, uma das mais antigas relações jurídicas existentes, o *patrício* se comprometia a proteger o seu *cliente* e, em troca, o *cliente* assumia a obrigação moral de lealdade e obediência. É nessa relação que surge a *fides* (fidelidade) como dever de lealdade e obediência, pela qual, mais tarde na história, uma parte se obrigava, moralmente – com sua palavra –, perante outrem[39].

Na evolução dessa modalidade de obrigação a *fides* não foi, desde logo, reconhecida como uma obrigação jurídica, mas como uma obrigação moral e, muitas vezes, religiosa. Posteriormente, com o amadurecimento dessa ideia, nasceu a ideia da obrigação juridicamente – e de forma pretoriana – considerada.

Realmente, após a expansão do império romano e a conquista de novos territórios, passou-se, então, à aplicação da *fides* externa, pela qual um determinado povo, de um determinado território, se submetia a Roma e abdicava de direitos e reconhecendo sua

[39] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 53-54.

obediência ao vencedor da guerra. A *fides* externa era, basicamente, a rendição de um povo e a assumpção de obrigações decorrentes desse ato.

Foi a partir desse conceito que a *fides* passou a ser utilizada de forma mais ampla no império romano e não apenas para a relação de clientela ou para a relação de submissão de um determinado povo a Roma[40], mas também para os contratos economicamente relevantes, como a compra e venda e a locação.

Muito embora não exista uma conclusão histórica unânime a respeito do tema, sabe-se que, com a evolução das relações e da forma de contratação romana, a anterior *fides* foi tomada pela *fides bonae* pela qual o direito romano, no período clássico, estabelecia que as partes estavam obrigadas a agir de forma honesta e correta, respeitando a lealdade e os costumes da época[41]. Inicialmente, a *fides bonae* apareceu nos contratos cuja obrigação a ele intrínseca depende da confiança, como é o caso do mandato e da sociedade[42]. Posteriormente, essa expressão e o próprio dever aparecem em outras modalidades de obrigação, com o sentido de valoração da palavra no que diz respeito à constituição da obrigação.

Foi nesse espírito de ideias que, após novas mutações econômico-sociais decorrentes, inclusive, das formas de contratação e da expansão do império, que o pretor romano criou a figura da *bonae fidei iudicia*, pelo qual se permitia ao juiz o julgamento do caso, não apenas com base nas normas contratuais existentes, mas também, de acordo com o caso concreto e com a conduta das partes[43], avaliando se o ato das partes estavam de acordo com a moral e bons costumes relativos ao ato objeto de julgamento. Esse conceito, portanto, permitia que a ordem jurídica da época fosse adaptada às necessidades econômico-sociais existentes.

---

[40]MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 115/116: "A difusão destes negócios no ordenamento romano e a própria inexistência da formalidade conduz a que, aqui, a fides já não se apresente – como nas relações de clientela e nos contratos formais – como *fit quot dicitur*, mas como uma fides não formal. Seu moto, anota percucientemente Frezza, 'poderia ser: *age aquod agis*, isto é, informa o teu comportamento àquele desenho de ação ao qual tu e a tua contraparte consentiram', A esta fides é que vem agregado o qualificativo 'buona'".

[41] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 76-79 e p. 105.

[42] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 76-79 e p. 128.

[43] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011; p. 97-99 e 104-105.

Com o passar dos séculos e a edição de norma romana tratando do direito de aquisição da propriedade por usucapião, a boa-fé, ou *bona fides*, ganhou um novo significado. Considerado que, para a usucapião era necessário que o agente exercesse a posse como se fosse proprietário, sem o caráter de precariedade ou de conhecimento de que estava agindo de forma ilegal.

Dessa forma, ocorreu o fenômeno da diluição da *bona fides*, de modo que tal conceito ganhou o significado de um estado psicológico subjetivo de ignorância no exercício possessório[44].

Por outro lado, além da dissolução horizontal, houve a dissolução vertical da *bona fides*, pela qual essa concepção passou a ter larga aplicação no direito obrigacional da época. Essa dissolução, diferentemente da dissolução horizontal, era utilizada pelos pretores a fim de que os casos levados ao juiz – por meio da fórmula *bonae fides iudicia* – fossem apreciados de acordo com a equidade e o princípio da justiça (*equitas* e *bonum et aequum*) que, mesclados, levavam também às ideias de justiça, honestidade e lealdade[45].

Enfim, nos primórdios do direito romano, foram essas as ideias trazidas por pretores que inspiraram muitos dos conceitos que, até os dias de hoje, são utilizados nos ordenamentos jurídicos, além de significarem um verdadeiro combate ao formalismo que vigorava naquela época.

---

[44] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 133: "A difusão horizontal da boa fé, traduzida na sua transposição para a posse e a usucapião, deve ser considerada como vulgarismo. Essa hipótese não foi investigada, até hoje: a inexistência de um estudo global da boa fé e a própria novidade do direito vulgar, como categoria histórico-jurídica, a isso conduziram. Ela impões, porém, à reflexão. O recurso à expressão *bona fides* para traduzir um estado psicológico de ignorância do possuidor, numa altura em que o termo, através do bonae fidei iuidicia, tinha uma sentido técnico consagrado, é sinal de confusão". Sobre esse ponto específico, cumpra notar que, muito embora Menezes de Cordeiro aceite a teoria da dissolução horizontal da *bona fides*, ele critica a falta de materiais que tratam do assunto, além da inconsistência do pensando de partir de uma tese elaborada para um pensamento tão simplista como é o da *bona fides* possessória.

[45] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.128.

2.1.2 Direito Canônico

Segundo Menezes de Cordeiro, a ausência de estudos e documentos torna quase impossível a missão de quantificar e temporizar detalhadamente a influência da Igreja na concepção romana da *bona fides* e da aplicação desta no direito canônico medieval. Os indícios e estudos existentes, contudo, apontam para a existência da boa-fé como um dever subjetivo de abstenção ao pecado (*absentia peccati*)[46].

A ausência de pecado, nas palavras de Judith Martins Costa, tomou o sentido de ausência de má-fé, ou seja, um estado psicológico contraposto:

> À primeira vista, pode parecer idêntica à conotação advindo no direito romano, a boa-fé como denotativa da ignorância acercada litigiosidade. Contudo, o direito canônico introduz um poderoso polo de significados – a boa-fé é vis como 'a ausência de pecados', vale dizer, como estado contraposto à má-fé[47].

Assim, analisando o conceito trazido pela Igreja e aquele inicialmente estabelecido pelos romanos, verifica-se que, enquanto estes, de forma não tão clara, já mostravam uma tendência à bipartição, a Igreja entendia que o conceito de *bona fides* em torno, unicamente, da ideia de ausência de pecado, o que, no mais das vezes, acabava se relativizando no espaço e no e tempo, pela própria discussão de fundo a respeito do que era ou não era pecado. Tais circunstâncias fugiam da discussão a respeito do que seria juridicamente correto[48].

Esse conceito, em que pese não apresentar nenhuma sanção na época, foi importante ao desenvolvimento da boa-fé, na medida em que trouxe um estado psicológico diverso do estado romano estabelecimento pela *bona fides* possessória, demonstrando que o instituto permaneceu vivo e, ainda que diferentemente da ideia contemporânea de boa fé, prosseguiu sendo estudado.

---

[46] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.154-155.
[47] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado, sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo. RT, 1999, p. 128-129.
[48] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.154-155.

Cumpre notar, por oportuno, que a ideia trazida pela Igreja a respeito do assunto não foi um verdadeiro sucesso ao desenvolvimento do conceito, na medida em que, pelos indícios existentes, a ausência de pecado era, no mais das vezes, uma questão subjetiva e relativa, tanto ao local e à época.

2.1.3 Código Napoleão

Como se sabe, o Código de Napoleão (1804) foi, juridicamente, um marco histórico, determinante para muitas das legislações de origem romano-germânicas hoje existentes, podendo ser considerado o desbravador da boa-fé como lei.

Anote-se, nesse ponto em particular, que a boa-fé, antes e durante a época de formação do Código Napoleônico foi mencionada por autores de diversas formas, sendo certo que o presente estudo – na linha das lições de Menezes de Cordeiro – tratará de algumas dessas que resultaram no referido *codex*.

Domat[49] (*Les lois civiles dans leur ordre naturel; le Droit Public et LEgum Delectus*), de forma tímida, menciona, genericamente, a boa-fé nas vinculações e, posteriormente, quando trata da posse. Esse autor não chega a definir o tema, mas sim trata-lo da maneira inversa. Ou seja, ele condena a conduta a ela contrária, como é o caso do dolo e da fraude.

Posteriormente, Pothier, conhecido como o "pai do Código Civil Napoleônico", adotando as ideias de Domat e de diversos outros juristas da época, publicou o Tratado das Obrigações (1761), obra de grandíssima notoriedade no direito europeu e que influenciou a formação do direito das obrigações[50].

Em limitadíssimas palavras, Pothier procurou tratar da matéria. Contudo – e fazendo a ressalva de que um pensamento ainda se encontrava em formação –, nas palavras de Antonio Manuel Menezes de Cordeiro, se contradiz, quando, ao mesmo tempo, trata da boa fé como

---

[49] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 241-243.

[50] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 241.

uma proibição do dolo e da boa fé como um dever absoluto de sinceridade em razão da consideração familiar e religiosa entre as pessoas[51]. *Verbis*:

> Pothier contradiz-se: ora imputa boa-fé, para efeitos jurídicos, a proscrição do dolo, ora, deriva, dela, um dever absoluto de sinceridade. O último aspecto é duvidoso e o primeiro é evidente. Tal desorientação pretende-se, final, com as dificuldades em trabalhar o tema da boa-fé a partir de concepções centrais, sem ter em conta os problemas reais que, com ela, se pretenda resolver[52].

Em 1804, ocorreu a promulgação do Código de Napoleão, o qual trouxe diversas menções à boa-fé, sendo considerada a codificação pioneira a esse respeito, na época, dotada do jusracionalismo – período do direito natural – de que trata Menezes de Cordeiro[53].

Dentre as considerações trazidas por esse *codex* a respeito do tema, nos cabe dividir o pensamento em duas linhas. A primeira, diz respeito á boa-fé possessória, tratada, desde os primórdios, pelos romanos como a boa-fé para aquisição de propriedade por usucapião, muito ligada ao estado psicológico de inocência do agente. A segunda, se refere ao art. 1134 do Código Napoleão que estabeleceu que as partes devem guardar boa-fé para contratar e estabelecer convenções[54].

---

[51] Sobre o tema, Judith Martins-Costa: Esta conotação da boa fé objetiva tem raízes no antigo direito alemão, em especial na prática comercial, conotando o dever de consideração para com o alter, de onde a boa fé, mormente se inserida em cláusula geral, como ocorre no # 242 do BGB, se aloca como fonte de criação de deveres, v.g, os chamados deveres anexos de conduta, e como marco ou limite ao exercício de direitos subjetivos, exemplificativamente, a exceptio doli e a proibição do uso abusivo da posição jurídica. Acepção diversa lhe é conferida no ambiente juscultural francês, ou de influência francesa, na qual a boa fé, em matéria obrigacional, é vista como fórmula de reforço à vinculabilidade do pactuado. Na origem da diferença está o maior peso da influência do direito canônico, no direito francês, recolhendo Domat e Pothier essa tradição que contrapunha à boa fé ao pecado, de mentira ou descumprimento da promessa feita. Para este exame consulte-se A. Manoel Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, Livraria Almendina, Coimbra, 1984, 2 vols., e *Domenico Corradini, Il Criterio della Buona Fede e la Scienza del Diritto Privato, Milão, Giuffrè*, 1970. (MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. n.º 15, Porto Alegre. UFRGS/Síntese, 1998. P. 127-154).

[52] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 245.

[53] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 207: "O problema do direito natural, repetidamente apontado como acompanhado, há dois milênios, a História do Direito, no qual se diz que todos o sentem apesar de, sobre ele, ninguém saber nada ao certo e que, não obstante, por vezes diluído sob críticas, parece renascer sempre, constitui um tema de referência obrigatória em toda a literatura jurídico-filosófica, metodológica, histórica ou, simplesmente, introdutória. Antecipando desenvolvimento s posteriores, pode-se, desde já avançar que o Direito natural intercepta a boa fé em dois níveis gerais, até hoje pouco esclarecidos: no nível histórico-genético – o Direito natural, em vários estádios da sua evolução, teria sido um elemento importante na formação da boa fé, como realidade jurídica – e no nível dogmático – ainda na actualidade certos autores consideram as referências jurídico-positivas à boa fé como remissões para o Direito natural".

[54] "A realidade do esquema jurídico facultado, pelo Código Napoleão, à boa-fé pretende-se, de modo estreito, à chamada escolar da exegese. O método fundamental por esta propugnado consiste em ligar à lei escrita – para o

A partir de então o conceito de boa-fé foi adotado pelos principais ordenamentos jurídicos na Europa – sendo o BGB o grande amplificador da matéria – até chegar ao Brasil. Passa-se, aqui, então, a tratar, resumidamente, dos Códigos que adotaram a boa-fé, qualquer que seja a sua forma.

2.1.4 A codificação da boa fé objetiva: Da Europa para o Brasil

O conceito de boa-fé objetiva foi fixado ao longo do tempo, tendo as suas origens romanas e, posteriormente, no Código Napoleão (*vide* capítulo anterior). Não obstante a relevância dessas origens, é impossível não tratar como a base do surgimento e fortificação do conceito o § 242 do BGB (1900), que estabelece que "o devedor está obrigado a executar a prestação como exige a boa-fé, em atenção aos usos e costumes."[55]

O conceito do BGB foi, efetivamente, considerado como a "mãe" da boa-fé objetiva, o qual influenciou os demais Estados a adotarem esse conceito em sua legislação, de modo que, posteriormente, o Código Civil Português (1966) e o Código Civil Italiano (1942) incluíram, em seu texto legal, menções expressas à boa-fé objetiva.

O Código Civil Italiano[56] que, pela forma como tratou do tema (noção de "*corretezza*"), adotou uma sistemática semelhante àquela posteriormente fixada no Código Civil de 2002. Confira-se:

> Art. 1175 Comportamento secondo correttezza: Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza (tradução livre: o credor e o devedor estão obrigados ao comportamento segundo a boa-fé).
>
> Art. 1337 Trattative e responsabilità precontrattuale: Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede. (tradução livre: a parte, nas tratativas preliminares e na formação do contrato devem se comportar segundo a boa-fé objetiva).

---

caso, ao Código Napoleão – todas as soluções que se venham apresentar" (MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.246).

[55] Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. (Disponível em: <http://dejure.org/gesetze/BGB/242.html> - Acesso em: 5 maio2013).

[56] Disponível em: <http://www.rcscuola.it/disciplina/ccivile.pdf>. Acesso em: 5 maio 2013).

> Art. 1358 Comportamento delle parti nello stato dipendenza: Colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte. (tradução livre: as partes, na pendência de condições suspensivas ou resolutivas, devem se comportar segundo a boa-fé, preservando os direitos da outra parte).
>
> Art. 1366 Interpretazione di buona fede Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede. (tradução livre: o contrato deve ser interpretado segundo a boa-fé).
>
> Art. 1375 Esecuzione di buona fede Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede. (tradução livre: o contrato deve ser executado segundo a boa-fé).

O Código Civil Português (1966), nos arts. 227[57] e 762[58] vislumbrou, também, a observância do princípio da boa fé objetiva. Veja-se que o Código Civil Português buscou seguir os conceitos do Código Civil Italiano sendo, contudo, mais conciso em suas colocações, buscando, num só artigo, tratar, genericamente, do assunto como uma cláusula geral de conduta.

No Brasil, a primeira menção legislativa ao conceito ocorreu antes mesmo dos códigos acima e de maneira ainda prematura e sem maiores explorações, no Código Comercial de 1850, no seu art. 131, inciso I: "*a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras*". O Código Civil de 1916, contudo, não manteve esse conceito em seu art. 85[59].

Décadas depois, o Código de Defesa do Consumidor, desde 1990, tratou do assunto de forma mais incisiva, o que resultou nos atuais artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV[60],

---

[57] "Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nas preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que que culposamente causar à outra parte".

[58] 1. O devedor cumpre a obrigação quando realiza a prestação a que está vinculado. 2. No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé.

[59] Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem.

[60] "Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)
(...)
III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores";
"Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

demonstrando uma tendência natural da legislação brasileira em reconhecer o instituto da boa-fé objetiva.

Diante dessa clara evolução jurídica, o Código Civil de 2002 previu em seus artigos 113, 187 e 422 o dever de observância da boa-fé objetiva. Pontue-se, aqui, que se trata de uma evolução legislativa e não, propriamente, da existência do conceito no Brasil que, há muito – e como asseverado nesse trabalho – vinha se desenvolvendo.

> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
>
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos costumes.
>
> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Analisando os Códigos Civis Italiano e Português, percebe-se, desde logo, a sua clara influência ao Projeto do Código Civil de 2002 que adota, boa parte das disposições acima nos arts. 113, 187 e 422, buscando, claramente, ser um 'meio termo', entre a sistemática italiana e sua diversidade mandamental a respeito do tema e a forma resumida como o Código Civil Português tratou do assunto.

Assim, verifica-se que, na época do Código Civil de 2002, a codificação da boa-fé não foi uma grandíssima novidade ou algo inesperado. A boa-fé objetiva já era, em 2002, um conceito discutido e sedimentado em outros países – notadamente, Alemanha, Itália e Portugal, que se assemelham ao que foi e aplicado ao Brasil – e que, no Brasil, vinha sendo objeto de atenção de seus estudiosos e já era amplamente reconhecido.

Ilustre-se, nesse sentido, que o artigo do Professor José Alexandre Tavares Guerreiro é de 1981[61], a obra de doutoramento de Fernando Noronha[62] mencionada nesse estudo é de

---

(...)
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade";

[61] TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. **A boa-fé nas relações preliminares**. Revista de Direito Civil. EDCiv 16/1981.

[62] NORONHA, Fernando. **Princípios dos Contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e Cláusulas abusivas**. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 1990.

1990, o artigo do Professor Antonio Junqueira de Azevedo[63] é de 1992 e a obra da professora Judith Martins-Costa[64] é de 1999, todos, ora citados, de notória relevância no cenário jurídico nacional, sem prejuízo de diversos outros autores que exploraram o tema antes do Código Civil de 2002.

2.2 Boa fé objetiva vs. Boa fé subjetiva

Conforme visto acima, nas raízes romanas do direito já houve uma bipartição de funções da boa-fé, de modo que, em um determinado momento da história – ressalvando a dificuldade de exatidão histórica pela ausência de documentos –, ocorreu a revolução horizontal e vertical do conceito de *bona fides*.

O primeiro deles trouxe a ideia de *bona fides* possessória para aquisição da propriedade por usucapião, o que, por via de consequência, levava ao estado psicológico de ignorância ou inocência. A verticalização do conceito, de outra banda, era utilizado pelos pretores na tentativa de impor aos juízes que julgassem a demanda de acordo com as circunstâncias concretas do caso e não somente o direito *in thesi*.

Desde essa época, portanto, buscava-se a divisão dos conceitos de boa fé existentes que, muito embora diversas das existentes na atualidade, demonstram que desde o início subsistiam concepções e uma efetiva preocupação dos juristas com a boa fé.

Menezes de Cordeiro reserva capítulos específicos em sua obra para analise da boa-fé subjetiva e para boa-fé objetiva. Segundo seus estudos, "a boa fé subjectiva é uma qualidade reportada ao sujeito", estando sempre ligada a um estado psicológico do agente. Cumpre ressaltar que, dentro do tema, se discute, ainda, as diferentes definições e ideias trazidas pelo Código Civil, na medida em que, algumas vezes, a boa ou má-fé subjetiva está ligada a um

---

[63] JUNQUEIRA AZEVEDO, Antônio. **A Boa-Fé na Formação dos Contratos: doutrinas essenciais de Responsabilidade Civil, vol. II**, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
[64] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado, sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999.

estado de ignorância e conhecimento e, outras, ao estado real de aproveitamento das coisas (boa-fé possessória)[65].

De forma paralela à posição de Menezes de Cordeiro – que, como se sabe, trata da matéria, *a priori*, sob a ótica do direito português –, Couto e Silva[66] sustenta que são diversas as ideias de boa-fé inseridas no Código Civil e no direito brasileiro, bem como que o conceito está ligado, "por vezes, a um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, em outras, diz respeito à aquisição de determinados direitos, como o de perceber frutos".

Não há dúvidas, portanto, que as normas contidas no Código Civil de 2002 se referem diversas vezes à boa-fé em diferentes sentidos com intenções e significados diferentes. Está claro, porém, que existe uma bipartição de conceitos e normas que disciplinam a boa fé subjetiva e a boa fé objetiva. Em síntese, como asseverado acima, a subjetiva, se refere a um estado psicológico do agente e, demais das vezes – como é o caso do direito possessório – está ligada à um estado de ignorância no exercício de determinada situação jurídica. A objetiva, de que tratamos nesse estudo, vem na legislação como uma norma de conduta aplicável ao exercício da vida civil, notadamente, nos contratos.

Fernando Noronha[67], em sua tese de doutorado, é categórico ao tratar do assunto. Confira-se:

> Mais do que duas concepções da boa-fé, existem duas boas-fés, ambas jurídicas, uma subjetiva, a outra objetiva. A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito, ao passo que a segunda diz respeito a elementos externos, a normas conduta, que determinam como ele deve agir. A distinção interessa-nos, porque a boa-fé contratual é a objetiva – e, aliás, os contratos são o principal campo de aplicação da boa-fé objetiva.

---

[65] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011. p. 407-409.

[66] COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo**. 1 ed. São Paulo: FGV, 2006, p. 33-34.

[67] NORONHA, Fernando. **Princípios dos Contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e Cláusulas abusivas**. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 1990. pp. 158.

Arrematando o assunto, assevera Noronha[68] que "se a boa-fé subjetiva se contrapõe à má-fé, como firmamos há pouco, já, a nosso ver, a concepção objetiva, de boa-fé contrapõe-se a ausência de boa-fé, e não de má-fé".

Em linha com as concepções de Noronha, Judith Martins-Costa[69] tece valiosas laudas fazendo um paralelo a respeito da boa fé subjetiva e boa fé objetiva:

> A boa-fé subjetiva denota, primariamente, a ideia de ignorância de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância excusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro, aparente etc.). Pode denotar, ainda, secundariamente, a ideia de vinculação ao pactuado, no campo específica do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirma, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição 'egoística' à literalidade do pactuado.
>
> Diversamente, ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideias que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, ne retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do 'alter', visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional.

Demais disso, é de se notar que a intenção do legislador de estabelecer essa diferença está mais do que clara no texto do Código Civil de 2002. Ilustre-se, nesse sentido, por meio da comparação do conceito de boa fé de que trata do art. 242 e aquele, estabelecido pelos 113, 187 e 422.

> Art. 242. Se para o melhoramento, ou aumento, empregou o devedor trabalho ou dispêndio, o caso se regulará pelas normas deste Código atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé.
> Parágrafo único. Quanto aos frutos percebidos, observar-se-á, do mesmo modo, o disposto neste Código, acerca do possuidor de boa-fé ou de má-fé.

Nesse caso, o legislador se refere à boa-fé subjetiva sob duas óticas: (i) ao estado da posse, ou seja, se ela justa ou injusta, legítima ou precária, enfim, se a posse é de boa-fé ou de má-fé; e (ii) o estado psicológico malicioso do agente que exerce a posse. Para os fins desse

---

[68] NORONHA, Fernando. **Princípios dos Contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e Cláusulas abusivas**. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 1990. p. 161.

[69] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado, sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 411-413.

artigo, cumulados com os 1.219[70] a 1.222[71] que tratam da matéria de benfeitorias, a inserção do agente nos conceitos estabelecidos acima faz toda diferença, inclusive para as consequências jurídicas que dele poderão advir com relação à obrigação ou não do proprietário indenizar o possuidor.

Dependendo do estado psicológico do agente e a forma como vem exercendo a sua posse, o Código Civil o enquadrará em hipóteses diversas; Ou seja, se de boa fé, terá direito à indenização pelas benfeitorias que assim realizou (pelo valor atual). Se de má fé, serão devidas apenas as benfeitorias necessárias, calculadas com base no custo e não em seu valor atual.

Arnaldo Rizzardo[72], fazendo alusão ao Ilustre Professor Orozimbo Nonato, comenta o assunto não deixando dúvidas de que se trata de boa-fé subjetiva:

> Isto se a posse for de boa-fé, ou seja, se não caracterizada pela precariedade, ou vício, ou se for injusta. A respeito, encerra o art. 1.220 (art. 517 do Código anterior): 'Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste direito de retenção pela importâncias destas, nem o de levantar as voluptuárias'. Em vista da má-fé do possuidor, justifica Orosimbo Nonato, 'como punição de sua malícia, não poderá reclamar o ressarcimento das benfeitorias simplesmente úteis, falecendo-lhe, ainda, *ius tollendi* quanto às voluptuárias.

Dessa forma, tem-se que, para o caso de benfeitorias, tratado no dispositivo legal *supra* mencionado a lei visa à boa-fé no sentido subjetivo, de estado psicológico do agente e de exercício da posse. Ressalte-se que ausência da boa-fé em questão, na verdade, pressupõe a existência de má-fé e, assim, de ilicitude por parte do agente.

Os 113, 187 e 422 do Código Civil, por outro lado, se referem à interpretação, limitação de condutas e abuso de direito no âmbito da matéria contratual.

---

[70] Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.
Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.
Art. 1.221. As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem.

[71] Art. 1.222. O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.

[72] RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 92.

No que se refere ao art. 113 do Código Civil, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery[73] comentam que "o novo sistema jurídico de direito privado impõe às partes que resguardem, tanto na conclusão quanto na execução do contrato, os princípios da propriedade e da boa-fé (CC 422). Igualmente, nas disposições finais e transitórias, prescreve que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos pelo CC para o resguardo da função social a propriedade e da função social dos contratos (CC 2035 par.ún). Ao intérprete, por sua vez, incumbe a exegese do negócio jurídico em consonância com a principiologia do sistema".

Em outras palavras, portanto, o art. 113 do Código Civil, impõe a interpretação dos contratos, de acordo com o quanto estabelecido pela boa fé objetiva, conforme o ambiente em que determinado contrato está inserido.

Os arts. 187 e 422 do Código Civil, por sua vez, se referem à hipótese de configuração de ato ilícito decorrente do abuso de direito em violação aos limites impostos pela boa fé, bem como à necessidade de obediência boa fé objetiva na conclusão e execução dos contratos. No mesmo sentido, ensinam os autores mencionados acima em seus comentários ao Código Civil:

> "Direito adquirido por contrato. Para reconhecimento da ilicitude do titular de direito que o exerce, ultrapassando os limites prescritos nesse artigo, devem também ser observadas duas regras basilares: CC 421: '*a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato'; e mais: CC 422: 'os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé*'".

Portanto, diferentemente da boa-fé subjetiva – psicológica – (art. 242), a boa-fé objetiva (arts. 113, 187 e 422), em apertadas palavras, busca estabelecer regras de conduta assentadas no espaço e no tempo dentro dos mercados e nichos específicos do agente, que estabelecem circunstâncias de lealdade e honestidade, bem como a necessidade da parte em observar não apenas os seus interesses individuais, mas também aqueles expostos pelo seu adverso.

---

[73] NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7ª Ed., revista, ampliada e atualizada até 25.8.2009. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 336.

Este conceito é um dos pilares do presente estudo e, adiante, será analisado sob diversas óticas.

2.3 A boa fé objetiva moderna no Brasil

Estabelecido que, no Código Civil, o conceito de boa-fé é tratado de diversos modos, bem como que a diferença básica entre os dois principais conceitos (boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva), cumpre-nos analisar, especificamente, a boa-fé objetiva que, conforme asseverado, é estabelecida pelos seguintes artigos do Código Civil:

> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
>
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
>
> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Conforme mencionado pelo professor Miguel Reale[74] em seu prefácio ao Código Civil – e do quanto se depreende da introdução do presente estudo –, não é possível obter, da análise da legislação, a definição do que seria a dita boa-fé objetiva, tendo o legislador, apenas, mencionado que se trata de conduta a ser observada no âmbito dos negócios jurídicos e dos contratos.

Cabe, assim, questionar: O que é a boa-fé objetiva? Qual o significado da boa-fé objetiva para o ordenamento jurídico? Conforme se verá adiante, essas questões são essenciais para as reflexões propostas neste estudo.

As assentadas ideias de Noronha[75] que tratou do tema dentro da ideia de princípio são elementares e um ótimo ponto de partida para a conceituação pretendida:

---

[74]Op. Cit. p. 10.

[75]NORONHA, Fernando. **Princípios dos Contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e Cláusulas abusivas**. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 1990. p. 167.

> [...] a boa-fé contratual [ramo do direito civil que impera a boa-fé objetiva], especificamente, traduz-se no dever de cada parte, de agir de forma a não defraudar a confiança a da contraparte. Ela impõem-se em primeiro lugar ao devedor e ao credor, mas como adverte Larenz, alcança até outros participantes da relação jurídica.

Menezes de Cordeiro[76] que inspirou o trabalho que acima se faz referencia, define, de forma categórica, a atuação da boa-fé objetiva, sustentando que "a actuação da boa fé concretiza-se através de deveres de informação e de lealdade, de base legal, que podem surgir em situações diferenciadas, onde as pessoas se relacionam de modo específico".

O autor português, aqui, mostra a ideia de forma mais assertiva e completa – não dizendo, obviamente, que as concepções do Professor Noronha estejam incorreras, pois não estão –, na medida em que a viés da boa-fé objetiva como regra de conduta não tem por objetivo estabelecer apenas um dever genérico de lealdade e honestidade, mas sim esses deveres dentro do nicho específico onde a conduta das partes é analisada (as circunstâncias do ambiente são essenciais para conceituação da boa fé objetiva).

Anote-se, ainda, que essa regra, para o autor português, não se trata de um principio que gera inspirações jurídicas, mas, efetivamente, de uma regra de comportamento.

Judith Matins-Costa[77], tendo por base esse enfoque do conceito de boa-fé objetiva e também a abertura da norma de direito, assenta o tema no Brasil, o definindo da seguinte forma:

> A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um 'principio geral' [tal qual era tratada por Noronha] ou como uma panaceia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. É norma nuançada – mais propriamente constitui um modelo jurídico – na medida em que se reveste de variadas formas, de variadas concreções, 'denotando e conotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos entre si interligados numa unidade de sentido lógico.

Na linha do quanto exposto pela jurista gaúcha, tem-se que a boa-fé objetiva não é, pois, apenas uma forma de se estabelecer um comportamento leal e reto nas relações civis, mas também a lealdade e a retidão desse comportamento analisados de acordo com o

---

[76]MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 648.
[77]MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado, sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 411-413.

ambiente específico em que os atos estão inseridos. Isto porque, diante da infinidade de situações que a sociedade pode ensejar, as variações de conduta acabam tornando a ideia de "conduta reta" um tanto abstrata e, portanto, faz-se necessário analisar tais preceitos de acordo com o que se espera de cada tipo de situação.

Ou seja, o dever de conduta imposto pela boa-fé objetiva não é um conceito fixo, mas sim um dever de meio de conduta que deve ser analisado interna e externamente, de acordo com os agentes envolvidos e com o próprio meio em que se insere.

Dessa maneira, na forma como o conceito foi estabelecido, cabe analisar, caso a caso, se a conduta das partes houve por transgredir a dita lealdade e honestidade esperadas, decorrentes da boa-fé objetiva, o que, certamente, será diferente em determinados nichos. Trata-se, portanto, da denominada "cláusula geral" ou "aberta", uma vez que o seu significado direto é, propositalmente, abstrato, podendo ser amoldado de acordo com a diversidade de situações criadas pela sociedade[78].

Fazendo mais uma reflexão, cumpre relembrar a diferença de ambiente negocial entre o exemplo do feirante – já citado nesse e estudo – que busca vender suas frutas em uma feira livre em comparação ao caso de uma fusão de sociedades anônimas. Sem dúvida, são realidades muito distantes, mas, em ambas, é esperada uma conduta reta e honesta, não necessariamente com os mesmos atos.

É nessa medida em que se insere a boa-fé objetiva.

Não obstante, cumpre aqui ressaltar que, muito embora a boa-fé objetiva possa parecer, por muitas vezes, com o conceito dos bons costumes, tratam-se de conceitos diversos, tanto em sua concepção como em seu resultado.

---

[78]MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado, sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 286: "Estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados". No mesmo sentido nota de rodapé nº 3.

Na dicção de Couto e Silva[79],

> [...] o que importa contrastar é o que os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes na relação jurídica. Assim, quem convenciona não cumprir determinado contrato age contra os bons costumes [considerando que, no Brasil, o costume seja que as partes envidem os melhores esforços para o cumprimento dos contratos], decorrendo a nulidade no negócio jurídico. De outro lado, quem deixa de indicar circunstância necessária ao fiel cumprimento da obrigação terá apenas violado dever de cooperação para com o outro partícipe do vínculo, inexistindo, porém, infringência à cláusula dos bons costumes.

Assim sendo, tem-se que, em que pese estar ligada à conduta esperada das partes em um determinado nicho, há diferenças entre a concepção da boa-fé objetiva e bons costumes.

A violação aos bons costumes se trata de uma aberração moral àquela sociedade ou a proibição de determinado comportamento – independentemente das circunstâncias. São vedações impostas a toda a sociedade, sem exceções. É a vedação do ato em si, ante a sua absoluta imoralidade para aquela sociedade[80].

A boa fé objetiva, por outro lado, estabelece atos positivos dentro das relações civis[81], regula a conduta da parte para que melhor de adeque àquilo que a sistematização das partes pretende, dentro de um ambiente de confiança e aproximação ditado pelas tratativas e formação de contratos. Ou seja, o ato que, a rigor, viola o princípio da boa fé objetiva, se analisado isoladamente, não necessariamente implicará em ilicitude.

Para a sociedade brasileira, por exemplo, ofende a moral e os bons costumes a contratação de compra e venda de drogas. Além de ser considerado crime, uma parte não poderá se insurgir juridicamente em face da outra, uma vez que o objeto de sua contratação ofende a moral e os bons costumes da sociedade brasileira – e é ilícito –, de modo que, nos

---

[79] DO COUTO E SILVA, Clóvis V. **A Obrigação como processo**. 1 ed. São Paulo. FGV, 2007, p.35.

[80] FRADA, Manoel A. Carneiro da. **Uma terceira vida no Direito da Responsabilidade Civil.** Coimbra: Almedina, 1997. P. 57.

[81] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1223: "Depreende-se a existência de diferenças profundas entre boa fé, bons costumes e ordem pública. A primeira prescreve conduta, nos termos já conhecidos, ou pode fazê-lo e intervém, de modo preferencial, em relações específicas; os segundos vedam apenas certos comportamentos e concretizam-se, em absoluto, sem dependência de relacionamento particular. Além disso, no que tem um significado profundo, boa fé e bons costumes apresentam origens históricas diferentes, evoluções diversas e sentidos jusculturais distintos, colocando, na Ciência do Direito, mas próprios de discussão e aprofundamento. Em consequência, têm conteúdos inconfundíveis: os costumes exprimem a Moral social, nas áreas de actuação sexual e familiar e da deotolongia profissional, proibindo actos que a contrariem, enquanto a boa fé, mais complexa, manda assumir uma série de atitudes correspondentes a exigências fundamentais do sistema".

termos do art. 166 do Código Civil, é considerado nulo e ilícito. O ato, nesse caso, não necessita ser analisado sob nenhuma circunstância.

Uma situação diversa é o caso em que um agente, por simples descuido, deixa de prestar informações sobre aspectos de uma negociação essenciais para que a parte contrária tomasse a melhor decisão possível. Essa conduta, embora não ofenda a moral e os bons costumes, pode ofender a boa-fé objetiva, uma vez que, analisando objetivamente no âmbito do negócio que vinha ser entabulado, houve prejuízo à uma das partes.

Dessa forma, a sugestão de Menezes de Cordeiro parece bastante acertada, na medida em que os bons costumes proíbem um determinado tipo de atitude socialmente e moralmente considerada – que por si só importa em ilicitude –, em quaisquer que sejam as circunstâncias negociais que o agente esteja inserido. A boa-fé objetiva, por outro lado, sugere deveres de conduta dentro de toda e qualquer negociação, a qual deve, necessariamente, ser analisada segundo as circunstâncias nas quais as partes se inserem naquele momento.

Por meio das considerações acima, portanto, buscou-se estabelecer o conceito do que, efetivamente, se trata a boa fé objetiva, tendo sido constatado que, efetivamente, se trata de um dever de conduta fixado pela legislação civil mediante uma cláusula geral (aberta), segundo a qual as partes devem observar a lealdade e honestidade nas relações civis.

Diante dessas considerações, cumpre, em segundo plano, questionar: qual a aplicabilidade e as principais funções desse conceito para o ordenamento jurídico brasileiro?

De fato, analisar a boa-fé objetiva apenas sob a ótica de deveres genéricos de lealdade e honestidade se mostra um tanto quanto superficial em face das consequências jurídicas supervenientes e estudadas em nosso direito, como o de cânone hermenêutico-interativo, como incubadora de deveres acessórios ou, ainda, como um limitador de do exercício de direitos subjetivos (divisão, esta, sugerida por Judith Martins-Costa[82]).

Como visto acima, a boa fé objetiva estipula diversas normas de conduta que devem ser respeitadas nas relações civis. Contudo, para o fim de delimitação do presente estudo,

---

[82] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 422-428.

cumpre analisar o que se entende e a partir de qual momento que se pode considerar que as partes, ainda não vinculadas por um contrato, estão sob a exegese da boa fé objetiva. Desse modo, nos capítulos subsequentes, serão analisados os reflexos da boa fé nas relações preliminares.

2.4 Funções da boa fé objetiva

Como visto acima, a boa-fé objetiva, por estabelecer regras de conduta e premissas básicas de atuação nas relações obrigacionais, pode ser dividida em duas funções principais. A primeira delas, na dicção de seu próprio conceito, é o estabelecimento de deveres ao agente e aos praticantes dos atos dentro do direito obrigacional. A segunda, um pouco mais distante, é a sua concepção como regra de hermenêutica de intepretação (assim como era utilizada a *bona fides* do direito romano, largamente utilizada pelos pretores – item III.1 *supra*). E a terceira, é a boa-fé como uma limitadora de atos positivos[83].

A doutrina originária alemã, por meio das ideias de Palant e Staudinger[84], divide as funções da boa-fé objetiva (§ 242 do BGB) entre cinco: (i) função concretizadora, como regra de conduta na execução dos atos; (ii) função complementadora, que cria deveres de consideração, honestidade, retidão e transparência nas tratativas e execuções dos negócios; (iii) função limitadora, colocando limites aos atos positivos de direito; (iv) função corretiva, por meio da qual se corrigem os atos legais viciados em razão da transgressão da boa-fé objetiva; e (v) função interpretativo negativa, como critério hermenêutico[85].

Como se vê, a teoria levantada e adotada pelos estudos do direito alemão e a classificação mencionada por Judith Martins-Costa não se excluem. Na verdade, as subdivisões trazidas por uma classificação, como se verá ao final, estão inseridas uma na outra. São essas funções que, em ensaio, serão analisadas nesse item.

---

[83] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 427-428.
[84]FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 153.
[85]FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 154.

2.4.1 Deveres decorrentes da boa fé objetiva e a fase pré contratual

A criação dos deveres é uma das funções mais difundidas da boa fé objetiva, com ampla aplicação prática no direito civil. Sobre esse particular, insta mencionar que não se exclui o próprio dever primário, oriundo da prestação prevista no contrato e da sua entrega. Na verdade, a função prevista no capítulo anterior, já denota a necessidade de se vislumbrar, sempre, o adimplemento da prestação contratual.

Assim, é possível dividir os deveres decorrentes da boa fé objetiva em dois grandes grupos: (i) os deveres *primários*, relativos à própria obrigação principal e direta inerente ao contrato celebrado que é, naturalmente, esperada; e (ii) os deveres *secundários* – ou laterais –, que se referem à conduta das partes que permeiam a obrigação principal[86].

Sobre esse particular, é imperioso distinguir, desde logo, que a conduta estipulada pela boa fé tem, claramente, o intuito de possibilitar que as partes tenham a relação mais reta e transparente possível, evitando-se danos e prejuízos, tanto de ordem material, quanto com relação às expectativas existentes. Todavia, os deveres impostos – como proteção e esclarecimento – têm o condão de atingir o trato leal, mas não sacrificar o direito que a parte visa pela negociação ou pelo contrato celebrado[87].

No que se refere classificação, adota-se, para os fins do presente estudo, a tripartição proposta por Menezes de Cordeiro[88], na medida em que parece coadunar com a ideia "geral"

---

[86] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo. RT, 1999, p. 437-438.

[87] Esse é o conceito mencionado por Karina Nunes Fritz ao citar o doutrinador alemão Schwab: "não é, com isso, dito quais deveres individualmente resultam da 'relação de confiança pré-contratual'. Esses devem ser deduzidos cada vez da situação de interesse das partes, segundo princípio da boa fé objetiva. Para isso devem ser evitados requisitos exagerados: a entrada em negociação (n.1) obriga ao trato leal com o outro, mas não ao sacrifício dos próprios interesses. Acima de tudo, deve ser observado que os deveres do § 241 II não restrinjam inapropriadamente a liberdade de conclusão do contrato". (FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba. Juruá, 2008, p. 218).

[88]MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina. 2011. p. 605. Sobre esse particular, não se exclui a divisão específica sugerida por Judith Martins-Costa, que busca exemplificar os deveres mencionando (a) os deveres de cuidado, previdência e segurança; (os deveres de aviso e esclarecimento; (c) os deveres de informação; (d) o dever de prestar contas; (e) os deveres de colaboração e cooperação; (f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; (g) os deveres de

do próprio princípio da boa-fé objetiva. São três grandes gêneros que, casuisticamente, podem ser aplicados às mais diversas situações cotidianas. Segundo o autor, os deveres são: **proteção**; **informação (e esclarecimento)** e **lealdade**.

2.4.1.1 O dever da proteção

Menezes de Cordeiro é categórico a respeito da matéria ao lecionar que:

> [...] os deveres acessórios de proteção constituem a versão actuante na vigência de um contrato das adstrições pré-contratuais patentes no caso do linóleo [emblemático julgado alemão]. Por eles, considera-se que as partes enquanto perdure um fenômeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam infringidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios.

O julgado o linóleo mencionado pelo autor português se trata de julgado pelo RG em 07.12.1911, no qual o Tribunal concedeu indenização aos autores em razão da queda de tapetes alocados de forma negligente em uma loja. Nos termos do quanto se sustentou, no momento em que os clientes adentraram na loja, instituiu-se uma relação negocial – supostamente semelhante à relação pré contratual –, na qual o lojista estava obrigado a observar o dever de proteção em relação aos clientes que adentravam à loja[89].

Comente-se, por oportuno, que esse julgado foi emblemático para os fins de reconhecimento do dever de proteção no âmbito da boa fé objetiva – principalmente no que diz respeito à fase pré-contratual – e tiveram repercussão como, por exemplo, no caso da Alemanha, a reforma do BGB que trouxe ao texto legal o § 311, II, alíneas 2 e 3, que reconheceram, em linhas muito semelhantes, o dever de proteção em todas as fases do contrato, inclusive, no que se refere às negociações.

Cumpre ressaltar, por oportuno, que o referido caso está contextualizado em 1911 e a sua importância é histórica, na medida em que, desde aquela época, se reconheceu a existência do conceito de boa fé objetiva, ainda que não tenha sido da maneira mais, tecnicamente, rica e diversa, em termos, do que se entende hoje a respeito do tema..

---

omissão e segredo. (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 439).

[89]FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 219.

Judith Martins Costa, por outro lado, menciona o entendimento lançado pela jurisprudência italiana – já em 1987 –, que reconheceu o dever de proteção.

Em apertada síntese, o caso se refere a um empresário "A", locatário de três prédios de propriedade da sociedade "B", onde exercitava determinada atividade comercial. "A" cedeu – juntamente com o negócio – o contrato para terceiro "C" e, nos termos do contrato de locação, notificou "B" a respeito da cessão que, em determinado prazo, deveria manifestar a sua concordância.

"B", todavia, solicitou cópia do ato de cessão, sem informar se estava de acordo ou não com o negócio pretendido, no prazo peremptório determinado por lei para esse fim. Findo o prazo, "A" solicitou que "B" efetuasse a inscrição necessária do ato no registro predial e "B", contudo, recusou-se a fazê-lo, alegando não ter obrigação de tomar tal providência, argumentando, ainda, que não havia consentido com o negócio.

"A" e "C", diante dessa situação, distrataram o contrato de cessão, após o que, de imediato, "A" considerou o contrato de locação rescindido por justa causa e desocupou os prédios. Dessa forma, "B" ajuizou contra "A" ação indenizatória, pretendendo receber os alugueres vincendos e ser ressarcida dos custos das obras de retomada. "A", por sua vez, apresentou reconvenção, pleiteando o ressarcimento dos valores depositados a título de caução do contrato de locação, ante a justa causa da rescisão. A Corte de Cassação emanou, assim, o seguinte entendimento a respeito da matéria[90]:

> Os deveres de correção e de boa-fé (arts. 1.175 e 1.375, CC), como requisito da conduta, constituem um dos pontos cardeais da disciplina convencional e legal de cada particular relação obrigacional, seja no que concerne às obrigações principais, seja no que concerne às obrigações colaterais de **cooperação e proteção dos recíprocos interesses econômicos**; daí decorre que a mera inércia consciente e voluntária, que seja obstáculo à satisfação do direito da contraparte, repercutindo negativamente no regulamento negocial e legal dos interesses (contratuais), contrasta com os aludidos deveres de correção e boa fé e poder configurar inadimplemento.

[90] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 441-442.

Cumpre, aqui, todavia, fazer uma breve reflexão a respeito da aplicabilidade da boa fé no que se refere ao dever de proteção em face da própria responsabilidade *aquiliana*.

No emblemático julgado do linóleo, por exemplo, entendeu-se que o dever de indenizar decorreu da violação ao dever de proteção da loja de tapetes para com o seu potencial cliente. Todavia, em tese, caso os mesmos danos fossem causados pelos mesmos motivos desse caso fossem analisados sob a ótica da responsabilidade civil, ainda assim, o dever de indeniza remanesceria, pela configuração de nexo de causalidade, culpa e dano que, aliás, se ocorrido na atualidade brasileira, certamente, seria inserido na hipótese de responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor.

O julgado italiano, por outro lado, se trata de situação um pouco diversa. Nesse caso, uma parte simplesmente deixou de exarar a sua posição a respeito do contrato de cessão que havia celebrado, de modo que tal inércia – por se tratar de mera externalização de vontade, sem qualquer comprometimento – mostrou violar o dever de proteção e cooperação aos interesses econômicos da contra parte.

Em outras palavras, muito embora o dever de proteção exista, parece lógico interpretar a situação no sentido de que, primeiro, se deveria buscar a aplicação da lei, ou seja, da responsabilidade civil – o que faria mais sentido no caso do linóleo – e, por conseguinte, se necessário, o dever de proteção decorrente da boa fé[91], como é o caso do julgado italiano.

No Brasil, a posição o E. Superior Tribunal de Justiça[92] a respeito da matéria é emblemática, tendo sido reconhecida a violação do dever de proteção – ainda que inexista

---

[91] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011. pp.583.

[92] Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 47.901-3-SP. Quarta Turma. Ministro Relator: Ruy Rosado Aguiar. J. 12.9.1994: "(…) Essa perspectiva, difundida no Brasil a partir dos escritos de Clóvis do Couto e Silva (Obrigação como Processo, Rio, Bushatsky; Estudos de Dir. Civil Brasileiro e Português, RT, p. 54 e ss) está ligada à nova compreensão da vontade no fenômeno negocial e da 'função do contrato', esta como fonte autônoma das relações obrigacionais. Serve para explicar, juntamente com a cláusula geral da boa fé objetiva, o liame que reúne o estabelecimento bancário, ao fornecer local de estacionamento para o conforto de seus clientes e maior vantagem às operações bancárias, e o usuário desses serviços, vinculados pela simples existência da 'conduta socialmente típica', incumbido ao estabelecimento fornecedor do serviço e do local de estacionamento o dever, derivado da boa fé, de proteger a pessoa e os bens do usuário. Não há cuidar de contrato de depósito, simplesmente porque não existe contrato de depósito. Há apenas o descumprimento do dever de proteção, que deriva da boa fé, dever secundário e independente". No mesmo sentido: Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 28.019-2-SP. Ministro Relator: Eduardo Ribeiro; Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 23.602-6-SP; Ministro Relator: Sálvio de Figueiredo.

contrato vinculando as partes –, por furto de automóvel nas dependências de instituição financeira que disponibiliza estacionamento aos seus clientes.

Nesse caso, a Corte Superior fixou entendimento no sentido de que, ainda que não haja contrato de depósito, ocorre o descumprimento do dever de proteção, como dever secundário – lateral –, decorrente da boa fé, determinando, assim que a instituição financeira indenize o cliente que teve o automóvel furtado.

Nessa hipótese, as circunstâncias existentes são claras, de modo que, sob qualquer ótica, é esperado que uma instituição financeira, que fornece gratuitamente estacionamento para os seus clientes, evite que eles sejam furtados, mormente pela própria segurança que é – ou deveria ser – intrínseca à atividade exercida.

Tomando-se por base as lições acima, poder-se-ia entender que o dever de proteção, portanto, determina que uma parte deve se comportar de forma a não violarem o corpo, patrimônio, saúde, direitos e demais bens jurídicos da outra. De tal colocação, decorrem duas consequências.

A primeira é o dever de evitar atos positivos que possam ensejar danos à contra parte. A segunda é o dever de prevenir que tais danos ocorram, dentro do parâmetro razoável e esperado das circunstâncias e do ambiente que a relação está inserida.

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo, recentemente, tratou da matéria, exarando entendimento consubstanciando, em casos de fiança, nos deveres decorrentes da boa fé objetiva.

Em síntese, o caso em questão tratou da hipótese em que o locador “A” se recusou a prestar informações ao fiador “C” a respeito da inadimplência do locatário “B”. Nesse caso, “C” ajuizou demanda declaratória de inexigibilidade do débito, argumentando a violação ao dever de proteção decorrente da boa fé objetiva.

Em 1º Grau a demanda foi julgada improcedente. Em sede de apelação o Tribunal de Justiça de São Paulo[93] apresentou o seguinte entendimento:

> A despeito da inadimplência do locatário a partir de abril de 2008 (fs. 23-27), o locador, sem comunicar do fato a fiadora, ora apelante, tentou efetivar acordo com aquele em agosto de 2008 (fs. 29), sem sucesso e sem a presença ou ciência da fiadora. A competente ação de despejo foi proposta apenas em junho de 2009, após quatorze meses de inadimplência, portanto (fs. 23-27).
>
> Com a entrega de chaves no curso daquela demanda, em 12 de julho de 2010, sobreveio sentença terminativa relegando as partes à execução por título extrajudicial (fs. 97), de cuja propositura ainda não se tem notícia, embora a apelante tenha aditado a inicial para constar o valor de R$ 37.150,00 como cobrado pela locadora, ora apelada (fs. 94/95). Observe-se, pois, que o período de inadimplência se estende de abril de 2008 a julho de 2010. Respeitando o entendimento da i. Sentenciante, é de ser provido em parte o recurso para redução do valore devido pela fiadora.
> (...)
> Nesse contexto, a omissão da locadora quanto ao descumprimento do contrato pelo locatário é comportamento infringente desse dever de proteção da contraparte, tolhendo-lhe a tomada de providências acautelatórias de se interesse.
>
> E tal infração se agrava com o fato do protraimento abusivo do exercício do direito de ação na hipótese pela locadora. (...) Destarte, fica o fiador dispensado do dever de pagar alugueis, reconhecida a concessão de mora ao locatário.

Ressalte-se, por oportuno, que o entendimento exarado no v. acórdão coaduna com aquele mencionado pelo julgado italiano, o qual impõe a parte o dever de, nas circunstâncias do negócio, adotar – ou não se omitir – para proteger a contra parte de eventuais danos patrimoniais ou aos seus direitos.

Dessa forma, diante do exposto acima, tem-se que o dever de proteção atua no ordenamento jurídico exigindo que as partes, num determinado contrato ou durante a aproximação, quando instadas ou quando naturalmente lhes for presumida uma determinada conduta ou postura, busquem aplicar os melhores esforços para evitar danos – em sentido amplo[94] – à outrem, ou seja, efetivamente, protege-la quando lhe for esperado e oportuno.

---

[93] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0007984-22.2011.8.26.0011. 32ª de Direito Privado. Desembargador Relator: Hamid Ndine. J. 25.4.2013.

[94] O sentido de dano, nesses casos, não visa apenas aos danos materiais – até porque estes, na maioria das vezes, estão sujeitos à regra geral da responsabilidade *aquiliana* –, mas aos direitos e interesses do agente".

2.4.1.2 O dever de informação e esclarecimento

O dever de informação, como o próprio nome diz, impõe que as partes prestem as informações e esclarecimentos necessários à correta e essencial avaliação e consecução do negócio. São essas as verdadeiras lições do Professor Menezes de Cordeiro[95]: "Os deveres de informação adstringem as partes à prestação de esclarecimentos necessários à conclusão honesta do contrato".

A violação desses deveres é analisada sob duas óticas. A primeira, negativa, ou seja pelo dolo e efetiva intenção de ocultar informações a respeito do negócio para induzir a contra parte à erro. A segunda, positiva, inerente à eventuais omissões ou informações incompletas a respeito do negócio que, ainda não intencional, gere a violação aos direitos inerentes ao contratante.

Sob o aspecto positivo, cumpre aqui fazer a mesma reflexão apresentada para os fins do dever de proteção. Ou seja, a legislação prevê as hipóteses de dolo, tanto para anulação do contrato, quanto como forma de configuração de responsabilidade civil e, portanto, caso reste comprovado, não seria necessário ao julgador recorrer à conduta imposta pela boa fé objetiva.

O dever inerente aos atos positivos – esclarecimentos incompletos, por exemplo – entende-se que a aplicabilidade desse princípio é notória, uma vez que, ainda que não haja a ilicitude propriamente dita, se afigura legítimo que a parte prejudicada possa pleitear os seus prejuízos, em decorrência da violação da boa fé objetiva.

Com relação à extensão de tal dever, cumpre trazer as lições de Larenz mencionadas na obra de Karina Nunes Fritz[96]:

> [...] o conteúdo do dever de informação não engloba apenas um ano de informar, mas envolve também um explicar, como salienta Larenz, um esclarecer a contraparte sobre o contrato e suas circunstâncias. Daí decorre, por exemplo, o dever de informar os eventuais óbices materiais e jurídicos à formação do negócio a fim de evitar a conclusão de contrato inválido – o que constitui umas das figuras da culpa *in contrahendo* – assim como esclarecer detalhadamente o conteúdo contratual, para que as partes saibam exatamente quais direitos e obrigações estão efetivamente assumindo.

[95] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011,p.583.
[96] FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 228.

Todavia, o dever de informar em questão sofre limitações. De fato, existem diversas modalidades de informações a respeito do negócio. Existem aquelas que podem ser esperadas da contraparte, que defino, aqui, como intrínsecas; e existem aquelas que são se obrigação da contra parte levantar, cabendo-lhe a diligência para resguardar seus direitos na celebração do negócio.

Ilustre-se, a esse respeito, a hipótese da compra e venda de imóveis que, no Brasil, se sabe que o comprador está sujeito à realização de diversos atos de diligência para verificar a idoneidade financeira do vendedor e, assim, se resguardar de eventual evicção decorrente da decretação de fraude à execução ou fraude contra credores.

Portanto, cabe aqui anotar que é razoável considerar que o dever de informação sofre duas limitações essenciais à sua imposição, quais sejam: (i) o sacrifício de direitos e interesses da parte (conforme mencionado acima); e (ii) o próprio dever do interessado de diligência.

Outra ótica que merece menção – e que é lateral às duas mencionadas acima – é o agravamento de esse dever, nos casos em que há notória discrepância entre as partes negociadoras, tanto no aspecto do conhecimento do negócio, quanto com relação à possibilidade para levantar as informações que lhe são pertinentes, ou seja, se a parte tem meios para levantar tais informações.

Veja-se que a intenção aqui não é adentrar aos meandros do direito do consumidor da responsabilidade objetiva, mas sim, tratar da matéria sob a ótica do direito civil, evitando a relativização do conceito em face do artigo 6º do Diploma Consumerista.

Partindo das premissas alemãs, emblemáticas a respeito da matéria, cumpre trazer os comentários de Menezes de Cordeiro a respeito de *leading cases* que demonstram como o conceito foi difundido, os quais se comentam abaixo.

> Em BHG 28-Fev-1968 decidiu-se que o fiadora, enganado, por falta de esclarecimentos, no âmbito da sua responsabilidade, aquando de celebração da fiança, pode recusar a efetivação da garantia. Repare-se que o curso à cic é necessário por esta se bastar com a negligência, enquanto que uma impugnação comum do contrato requereria dolo.

> Em BAG 7-Fev-1964 entende-se que uma trabalhadora, escolhida em concurso para ocupar determinado posto, é responsável quando, estando doente e carecendo de um período longo de convalescência, cala esse aspecto na entrevista na entrevista da seleção e, de seguida, falta sucessivamente à várias convocatórias para iniciar funções, acabando por comunicar a sua impossibilidade para celebrar o contrato de trabalho encarado: inutilizou com isso, todo um processo de seleção para preenchimento de um lugar.
>
> Em BGH 20-Fev-1967 condenou-se um instituo de crédito que havia mudado uma importância a uma pessoa, para esta adquirir um automóvel; este, apesar de pago, foi-lhe retirado por falência do vendedor; o banco reclama, não obstante, a devolução da importância mutuada, alegando a presença saliente, no formulário do contrato, de uma cláusula segundo a qual; a restituição do empréstimo era dependente dos vícios da coisa cuja compra se financiava; O BGH entendeu, para além de considerações muito importantes como a da constatação de que apesar da sua independência jurídica, o mútuo e a compra do automóvel constituíam um todo econômico, com reflexos jurídicos, que o instituto de crédito violara um dever de esclarecer, de modo expresso e cabal, os riscos corridos pelo mutuário.

Os casos acima mencionados demonstram uma tendência muito razoável que segue a definição incialmente trazida. Em outras palavras, já no início da difusão do tema na jurisprudência alemã, entendia-se que o dever de informação estava atrelado às circunstâncias do negócio, principalmente, no que diz respeito à avaliação de todos os aspectos essenciais à celebração do contrato que vem sendo negociado ou a sua conseguinte execução.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça[97] fixou entendimento no sentido de que a instituição financeira está obrigada a fornecer aos correntistas as informações a respeito de sua própria conta corrente, sob pena de violação do princípio da boa fé objetiva. Note-se que, muito embora haja argumentos para que se pudesse enquadrar o caso especificamente no direito do consumidor, a Corte Excepcional entendeu por aplicar o conceito de boa fé objetiva que, com maestria, soluciona a questão e afasta, por exemplo, a discussão a respeito do caso de configurar ou não relação consumeirista, já que a boa fé objetiva se faz presente em ambos as hipóteses de aplicabilidade de direito material.

Em síntese, esse julgado demonstra que se considera essencial à execução do contrato de conta corrente o acesso a todas as informações que lhe são inerentes; assim, remanescendo a obrigação do banco a prestá-las quando o titular da conta solicita, o que coaduna com os conceitos acima fixados desde muito.

---

[97] Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.055.258-GO. Quarta Turma. Ministro Relator: Raul Araújo. J. 7.8.2012: “O dever de informação e, por conseguinte, de exibir documentação que a contenha é obrigação decorrente de lei, de integração contratual compulsória. Não pode ser objeto de recusa nem de condicionantes, em face do princípio da boa fé objetiva”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu como conduta alinhada ao dever de informação o alienante de um imóvel informar ao possível proponente que existem outros interessados, de modo que, caso o negócio não venha a fechar, possa vender a terceiro sem ofender as expectativas do proponente. Vejam-se os comentários feitos por ocasião do julgamento[98]:

> Ora, a autora tinha conhecimento de que o imóvel poderia ser vendido apra terceiro, o que acabou acontecendo em 18 de agosto de 2006, tornando sem efeito a proposta que lhe foi enviada. A interpretação é simples: a proposta teria vigência a partir de 24 de agosto de 2006, caso o imóvel não fosse vendido para terceiro
> (...)
> Aliás, tal prática é comum no mercado imobiliário, tendo em vista que a outorga da escritura definitiva ocorre após o pagamento integral do preço, que estava previsto para 11 de outubro de 2006 (fl. 152). Do ponto de vista da boa-fé objetiva, a conduta do réu foi irrepreensível, razão pela qual não se pode falar em ato ilícito.

Ainda no âmbito dos negócios imobiliários, é emblemática a disposição trazida no acórdão que tratou da violação da boa fé objetiva por imobiliária, tendo em vista que deixou de prestas as informações a respeito dos procedimentos para liberação do FGTS, frustrando, assim, a expectativa dos compradores que dependiam desses valores para efetivação dos negócios.

No referido julgado, se reconheceu que as circunstâncias do negócio impunham à corretora o dever de prestar as informações claras, diretas e específicas a respeito da liberação do FGTS e, ao não ter agido dessa forma, a corretora violou o dever de conduta estipulado pela boa fé objetiva. Confira-se:

> Desta maneira, não tendo o negócio sido celebrado entre as partes em razão da negativa de liberação do FGTS pela Caixa Econômica Federal por ausência de requisitos autorizadores, os quais deveriam ter sido levados a conhecimento dos autores, possui a ré imobiliária responsabilidade solidária para devolução do valor pago a título de sinal.
> (...)
> No mérito, apesar dos requeridos pretenderem interpretar que houve o inadimplemento contratual dos compradores, na verdade, o negócio restou inviabilizado ante a negativa de liberação do FGTS pela Caixa Econômica Federal conforme constou no compromisso firmado pelas partes (fl. 16).
> (...)
> Verifica-se que a conduta da requerida imobiliária foi contrária ao princípio da boa-fé, na medida em que deveria prestar esclarecimentos às partes contratantes acerca dos fatores que poderiam influir no resultado da compra e venda, notadamente, em

[98] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0002210-39.2007.8.26.0047. 3ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator: Jesus Lofrano. J. 31.7.2012.

> relação às regras de liberação do FGTS perante a Caixa Econômica Federal, nos termos do art. 723, parágrafo único, do CC.
> Assim, os artigos 417 a 420 do CC devem ser aplicados ao caso com os temperamentos dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, que deve ser apurada desde as tratativas até a efetivação ou rescisão do contrato.

Enfim, na linha do exposto, o dever de informação nada mais é do que o dever de apresentar todos os aspectos relevantes aos interesses de ambas as partes de acordo com as suas particularidades e com as circunstâncias do negócio, o que, portanto, acaba por variar muito dentre a diversidade dos casos existentes.

2.4.1.3 O dever de lealdade

A ideia de conduta leal dentro do ambiente negocial é algo que, desde o início, se tinha como um preceito amplamente aplicável por meio da aplicabilidade da boa fé objetiva. Segundo Menezes de Cordeiro[99], "os deveres de lealdade vinculam os negociadores a não assumir comportamentos que se desviem de uma negociação correcta e honesta" e, neste, estão incluídos os deveres[100] de (i) sigilo, ficando vedado que as informações obtidas por meio das negociações sejam divulgadas, quando isso, diante das circunstâncias, contrariar as expectativas da contraparte; (ii) cuidado, com relação à confecção do contrato, a fim de que ele não seja nulo de pleno direito; e (iii) atuação, pelo qual a parte não deve interromper, de forma abrupta a negociação, a não ser que tenha, expressamente, informado a outra.

A definição trazida pelo ilustre autor português merece, ainda, alguns comentários, na medida em que não parece o mais correto sustentar que os deveres decorrentes desse dever são apenas negativos. Com todas as vênias ao entendimento trazido na obra, é imperioso notar que tais deveres, de acordo com as circunstâncias que as partes estiverem inseridas, podem vir a ser também positivos.

---

[99] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 583.

[100] Anote-se, aqui, os principais os exemplos trazidos por Judith Martins-Costa a respeito desses deveres decorrentes da lealdade: "e)os deveres de colaboração e cooperação, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual, se liga, pela negative, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; (…) g) os deveres de omissão e de segredo, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento por parte do devedor, etc". (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 439)

De fato, o dever de cuidado, por exemplo, pressupõe que a parte, positivamente, realize os melhores esforços para que o contrato atinja a finalidade desejada e não venha a ser considerado nulo. Não se trata, assim, de abstenção do exercício de um determinado direito, mas sim de uma conduta que decorre para adimplir com o dever estipulado pela boa fé objetiva.

Portanto, afigura-se necessária a interpretação dos ensinamentos trazidos à colação, concluindo-se que os deveres impostos não são necessariamente positivos e negativos, mas simplesmente deveres que decorrem das expectativas da melhor conduta da negociação nas circunstâncias que as partes estão inseridas.

O famoso caso do posto de gasolina, que será tratado, especificamente, no capítulo de casuística, caracteriza essa questão. Em síntese, cuidou-se de caso em que, "Adolfo" desistiu da compra do posto de gasolina, tendo em vista que, e vias de entabular o negócio, descobriu que o vendedor com quem vinha negociando, muito embora se apresentasse como dono, não era o único proprietário do posto de gasolina.

Assim foi que o vendedor ajuizou ação de indenização pretendendo ser ressarcido pelos gastos que incorreu com a contratação de advogado. A demanda foi julgada totalmente improcedente em 1º Grau e, em sede de apelação, foi apresentado o seguinte entendimento, devidamente comentado por Judith Martins-Costa[101]:

> Considerou o julgador que o dato de o potencial vendedor se apresentar como único proprietários do posto, quando, na verdade, era de detentor de 68% do capital social, aliado à inexistência de prova de que os demais sócios alienariam as suas quotas, justificava a desistência: Adolfo vira, ali, 'um empecilho suficientemente grave para obstar a efetivação do negócio', porque o negócio fora documentalmente acertado, não correspondia à verdade.

Esse caso teve relevância, não apenas para o reconhecimento do dever de lealdade imposto pela boa fé objetiva, mas também, por terem sido interpretadas as tratativas pré contratuais e se ter cogitado, na espécie, a existência do dever de indenizar caso a desistência da contratação não se justificasse.

---

[101] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 480.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por outro lado, proferiu julgado que tratou do dever de lealdade – sob a ótica da cooperação –, no âmbito do direito civil (Apelação nº 9203887-74.2008.8.26.0000). Os fatos assim se resumem: a empresa "A", prestadora de serviços de instalação de vidros blindados, celebrou contrato com a empresa "B", consistente na instalação de acabamento de duas portas deslizantes blindadas e quatro painéis fixos blindados em um determinado prazo.

A empresa "A" alega que, no início, foram feitas diversas modificações no projeto, o que tornou impossível o atendimento ao prazo pretendido, de modo que a empresa "B" teria denunciado o contrato impedindo o prosseguimento da instalação. A empresa "B", em sede de contestação, alegou que a empresa "A" cometeu diversos erros de execução do projeto apresentado, o que lhe teria causado danos, noticiando, paralelamente, o ajuizamento de uma ação judicial conexa para essa finalidade específica.

Em sede de 1º Grau a ação ajuizada pela empresa "A" foi julgada parcialmente procedente e a outra, ajuizada pela empresa "B", foi julgada totalmente improcedente. Assim, a empresa "B" interpôs recurso de apelação pretendendo a reforma do julgado. Foi esse o contexto que originou o seguinte entendimento emanado pelo TJSP[102]:

> Como se vê nos trabalhos elaborados pelo perito e pelos assistentes técnicos, a obra, considerada como um todo, encontrava-se ainda em seu estágio inicial quando houve a determinação de sua paralisação. A incipiente empreitada não permitia que a ré concluísse pela inviabilidade de sua realização, nem autorizava o abrupto rompimento da relação contratual. Deveria a ré respeitar a execução do projeto inicial ou, dele discordando, sugerir as alterações que entendesse cabíveis e, principalmente, aceitar a dilação do prazo para realização das necessárias modificações. Não é crível que a autora não dispusesse de um projeto prévio para consecução dos serviços. Aliás, há verossimilhança em sua alegação, quando afirma que, por motivos de sigilo industrial, não fora disponibilizado à ré. Como se viu durante a fase instrutória, o projeto fora entregue ao perito, demonstrado a sua prévia existência. O caso concreto, no entanto, revela que a ré, de forma desarrazoada, deu por rescindida a avença, e, intransigente, não permitiu que a empreitada seguisse adiante. Adotando essa conduta obstinada, violou a boa-fé objetiva e o dever de lealdade e cooperação que devem prevalecer nas relações jurídicas contratuais.

Um aspecto que chama atenção a respeito do dever de lealdade, é a possibilidade ou não, nas negociações, das partes negociarem com terceiros.

---

[102] Tribunal de Justiça de Estado de São Paulo. Apelação nº 9203887-74.2008.8.26.0000. 12ª Câmara de Direito Privado. Desembargadora Relatora: Sandra Galhardo Esteves. J. 7.9.20912.

Prima facie, nos parece sustentável alegar que não existe uma regra específica a respeito da possibilidade de existência de negociações paralelas. O que subsiste, na verdade, são circunstâncias negociais que, de acordo com a lealdade intrínseca, permitem que as partes venham ou não a negociar o mesmo objeto com mais de um agente, além da transparência a respeito dessa possibilidade.

A doutrina atual a respeito da matéria assevera que é perfeitamente possível a existência de negociações paralelas e de outros fatos que poderiam frustrar a efetivação do negócio num ambiente pré contratual. Contudo, tal frustração de expectativas somente se afigura completamente legítima – e de acordo com o dever de lealdade – se a parte contrária tem plena ciência desse risco. Transcreva-se, aqui, a posição de alguns doutrinadores:

Ana Prata[103] sustenta que:

> Pode dizer-se que é actualmente entendimento majoritário [em Portugal] o de que, revestindo o dever de lealdade pré-contratual configuração progressivamente alargada em razão da crescente confiança gerada pela evolução dos contractos pré-negociais, impõe ele que a parte, que saiba – ou deva saber com normal diligência – que algum risco ameaça o sucesso do processo negociatório, o comunique ao contraparte, advertindo-a, em particular, da necessidade de adequada prudência na realização de gastos ou na privação de ganhos.

Karina Nunes Fritz, em seus estudos de direito comparado, trata de questão com propriedade – mencionando o posicionamento de diversos autores –, e asseverando que, *a priori*, se entendia que uma parte não era obrigada a evitar negociações paralelas, contanto que tal fato seja informado durante as negociações preliminares[104].

---

[103] PRATA, Ana. **Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 71.

[104] Confira-se: "Mas adeptos têm, contudo, a posição contrária, segundo a qual não faz parte do conteúdo do dever de lealdade a proibição de envolvimento em negociações paralelas, dividindo-se opiniões apenas em relação à necessidade de comunicar tal fato à contraparte. Almeida Costa posiciona-se, em princípio, pela desnecessidade de informar a contraparte sobre eventuais negociações paralelas, mas admite exceção se a mesma puder realizar despesas excepcionais para concluir o contrato. Garcia Rubio observa, com razão, que a lealdade devida no período pré-contratual parece exigir que seja dado conhecimento à contraparte sobre as negociações paralelas ou, pelo menos, que esse fato não seja ocultado (...). Em relação a isso, precisa também é a observação de Fichtner Pereira: 'o simples aviso de que há mais de um pretendente já é suficiente para o cumprimento do dever de atuar com lealdade que o princípio da boa-fé impõe aos contraentes. Não é necessário que o contraente divulgue quem seja o outro interessado na realização do negócio'. Não pressupondo boa-fé a exclusividade das negociações, legítima pode se configurar a retirada das conversações em função de melhor proposta recebida por terceiro". (FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 236-237).

Paralelamente, inobstante as relevância das constatações acima, é imperioso notar que o dever de sigilo decorrente da lealdade merece destaque para os fins da fase pré contratual a que o presente ensaio se refere.

De fato, conforme mencionado nos capítulos introdutórios, o ambiente negocial da atualidade não envolve tratativas simples e desmotivadas. Na verdade, se trata, hoje, de um ambiente extremamente complexo e com uma infinidade de aspectos que devem ser observados antes, durante a após a contratação.

Nessa esteira, portanto, considerando o caso específico dos grandes contratos de compra e venda de empresas, por exemplo, verifica-se que o dever de sigilo é um pressuposto basilar, tendo em vista que antes das negociações, normalmente, são realizadas diligências pelas quais as partes tomam ciência de informações sigilosas, comerciais e industriais, de sua contra parte, podendo-se, nessas circunstâncias, presumir que existe a expectativa de que tais informações não sejam divulgadas a terceiros.

De mais a mais, cumpre observar que, dada a importância desse aspecto, é extremamente usual a contratação preliminar de um acordo de não divulgação – com cláusula penal –, por meio do qual as partes podem se prevenir dos danos decorrentes de uma eventual quebra de sigilo e, se for o caso, exigir indenização sem a necessidade de produzir provas, que não a do inadimplemento.

2.4.2 Cânone hermenêutico-interativo

Pela função hermenêutica interativa entende-se, nas palavras de Judith Martins-Costa[105], que:

> [...] em todo e qualquer contrato, mas com particular relevância nos de trato sucessivo ou de execução diferida, as cláusulas e disposições contratuais não devem ser apartadas do conjunto formado pelas demais disposições que, eventualmente, passaram a integrar o complexo contratual ao longo do tempo de sua vigência. Por igual, inflete na formação deste conjunto significativo as circunstâncias concretas do desenvolvimento e da execução contratual visualizadas como um todo.

[105]MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 427-428.

Noronha[106] observa que a função interpretativa, claramente, decorre da aplicabilidade do artigo 85 do Código Civil de 1916 (artigo 113 do Código Civil de 2002), pela qual o contrato deverá ser interpretado além de sua literalidade, mas também visando o que as partes pretendiam e a forma como conduziram a sua consecução.

Nesse sentido, entende-se, pela função hermenêutica-interativa a necessidade de se considerar, com base na boa-fé objetiva, não apenas as normas contratuais, mas também as circunstâncias e atos das partes durante a sua execução.

Em outras palavras, a boa-fé não será aplicada apenas para quebrar a rigidez do contrato de acordo com a conduta das partes – e para estabelecer condutas e proibir atos positivos –, mas também terá uma função interativa, visando resguardar os interesses existentes na celebração e consecução do contrato por meio de uma regra hermenêutica de interpretação.

Para a finalidade específica deste ensaio, não se afigura pertinente alongar sobre o tema, na medida em que se trata de questão atinente ao contrato após a sua formação e não durante as tratativas preliminares.

---

[106] "Quando o art. 85 do Código Civil dispõe que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem, o que se estabelece é que a declaração deverá ser entendida no seu sentido real, quando o destinatário conhecer o significado que lhe dava o contratante, mas deverá ser entendida em seu sentido literal, quando ele ignore, sem culpa, a vontade do declarante. A maioria das vezes em que se suscitam dúvidas quanto à opção entre o sentido real e o literal, acontecem precisamente quando uma das partes sustenta que o contrato celebrado deve ser entendido em sentido diverso do literal, afirmando que as palavras não traduziram o sentido que as partes (ou seja, ambas) quiseram atribuir-lhe – e onde, portanto, se a alegação for verdadeira, a outra parte que pretende prevalecer-se do sentido literal, conhece o sentido real. É para casos como estes, que vale a regra do art. 85. É isto que se entende por interpretação do contrato (e do negócio jurídico, em geral) segundo os princípios da boa-fé – a qual, afinal, visa dar ao contrato o significado que o credor e devedor lhe atribuíram, se procedessem com lisura" (NORONHA, Fernando. **Princípios dos Contratos (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual) e Cláusulas abusivas**. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 1990. p. 173-174).

2.4.3 O abuso de direito sob a ótica da boa fé objetiva e a vedação do exercício abusivo de posições jurídicas

Antes de adentrar, especificamente, nas práticas abusivas de direito, cumpre fazer um breve histórico dos antecedentes desse instituto no âmbito do direito civil brasileiro.

Primeiramente, cumpre observar que o Código Civil brasileiro, claramente, recepcionou o que estabelece o artigo 334 do Código Civil Português de 1966, que estabelece o seguinte: "É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito". Este, por sua vez, como se viu acima, foi concebido com base nas ideias instituídas pelo BGB e, paralelamente, com base no artigo 281 do Código Civil Grego[107]: "O exercício é proibido quando exceda manifestamente os limites postos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo escopo social ou econômico do direito".

A Alemanha foi, portanto, uma das grandes percussoras do conceito de boa fé objetiva e exercício abusivo de posições jurídicas, tanto no que se refere aos estudos acadêmicos e na prática pela jurisprudência[108]. A partir de então o conceito refletiu na Europa, notadamente, na Grécia, Itália e, posteriormente, em Portugal.

Tem-se assim, que, de forma diversa ao que ocorreu com o BGB – e da mesma forma como ocorreu no direito português[109] –, a recepção do artigo 187 no Código Civil, como tipificador da conduta abusiva de direito não decorreu do desenvolvimento da jurisprudência internas, mas, sim, da recepção de norma estrangeira ao ordenamento jurídico pátrio.

Faça-se, aqui a justiça do adendo. Existiram trabalhos que vislumbraram a matéria antes da codificação de 2002[110], contudo, nessa época, o abuso de direito não se tratava de um

---

[107] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 711.
[108] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.717.
[109] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.716-717.
[110] Op.Cit. 61, 62, 63 e 64.

conceito difundido e amplamente aplicado a ponto ter esse reflexo. Tratava-se de um conceito que existia e vinha sendo estudado, mas não de larga aplicação.

No Brasil, antes mesmo codificação de 2002, o Professor Noronha escreveu a respeito da matéria, reconhecendo a aplicabilidade do conceito, incluindo, na fase pré contratual:

> No extraordinário trabalho desenvolvido pela jurisprudência alemã, a partir do § 242 do BGB, para esclarecer os termos em que a boa-fé exerce uma função de limite ao exercício de direitos oriundos de relações negociais, foram sendo evidenciados casos muito diversos, que a jurisprudência ia associando a brocardos tradicionais, numa natural tentativa de demonstração de que as decisões eram proferidas de acordo com um direito pré existente. Brocardos sempre foram apoios úteis na tarefa, poucas vezes confessada, de criação judicial de direito. Com base nesse material fornecido pela jurisprudência, a doutrina passou a elaborar relações de casos 'típicos' ou 'sintomáticos' de exercício ilegítimo de direitos, à luz da boa-fé.

Para se entender a concepção do abuso direito, cumpre trazer à baila a definição de Menezes de Cordeiro[111]:

> Diz-se, então, que o abuso de direito existe quando o exercício do direito não possa ter outro fim que não seja o de causar dano a outrem; ou que o abuso de direito existe quando o direito é exercido fora de seu objectivo e da razão justificativa de sua existência e só com o fim de causar dano a outrem. Ocorrem, nesta linha, ainda, referencias a ofensas clamorosas ao sentimento de justiça ou similares que, mantendo um discorrer central sobre uma jussubjectivação exarcebada, integram o figurino histórico inicial do abuso de direito.

Sobre o tema, o Professor Daniel Martins Boulos[112] define:

> "Basta, para caracterizar a hipótese normativa do artigo 187 (e, portanto, o abuso qualificado pela lei de ilícito), que o titular de um direito, ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico do referido direito. A Análise do exercício do direito, portanto, será levada a efeito de forma objetiva. Se, objetivamente, tais limites forem ultrapassados, ainda que o titular sequer tenha consciência disso, o abuso estará caracterizado".

Essa é a noção básica que, casuisticamente, seria aplicada no Brasil.

No direito brasileiro pós Código Civil de 2002, a noção de abuso de direito surgiu com maior força, claramente, da interpretação do artigo 187 do Código Civil, pelo qual se tipificou, dentre os atos ilícitos, o exercício de um direito que "excede manifestamente os

---

[111] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.891.

[112] BOULOS, Daniel Matins. **Abuso de Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006. P. 139.

limites impostos pelo seu fim econômico ou social, **pela boa-fé** ou pelos bons costumes". Tal interpretação, por denotar a boa fé, não deixa de estar inserida na exegese já trazida pelos deveres de conduta estipulados pelo artigo 422.

Noutras palavras, delimitado o tema, pode-se afirmar que, dentre as hipóteses de abuso de direito, está a violação às vedações de exercício de direito subjetivo decorrentes da aplicabilidade da boa fé objetiva, caracterizada pelo Código Civil como ato ilícito, o que, na verdade, traduz-se pela interpretação conjunta dos artigos 187 e 422 do Código Civil, ambos, como flagrante expressão da vedação ao liberalismo contratual absoluto.

Como se observa, todavia, o art. 187 do Código Civil não trata, especificamente, das negociações preliminares, mas sim do ato ilícito como um todo, sendo necessário interpretá-lo e aplica-lo analogicamente ao objeto do presente estudo. O mesmo ocorre com o art. 422 do *Codex* que menciona tão somente a conclusão e execução do contrato, mas não a sua formação ou as tratativas preliminares.

Não obstante essas limitações, o fato é que o princípio da boa fé objetiva é aplicável ao período das tratativas preliminares, sendo certo que houve, efetivamente, uma omissão por parte do legislador ao não incluir no texto legal do Projeto do Código Civil de 2002 a aplicabilidade do princípio da boa fé objetiva às tratativas preliminares, tema que será amplamente abordado no capítulo específico adiante.

Faz-se, aqui, a mesma crítica de Cristiano Sousa Zanetti[113] em sua dissertação de mestrado, na medida em que o Código Civil de 2002 perdeu a excelente oportunidade de tipificar, corretamente, a boa fé objetiva, estendendo, expressamente, a sua aplicação à fase pré contratual.

Dessa forma, inexistindo norma no Código Civil que possa caracterizar o abuso do direito decorrente da boa fé objetiva na fase pré contratual, cabe a sua aplicação com base no artigo 187 do Código Civil, configurando-se, ato ilícito em geral – e independente de culpa –,

---

[113] ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações no Direito Brasileiro**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2003. DEDALUS – Acervo – FD 20400024586. p. 105-106.

caso as vedações e normas de conduta (art. 422 do Código Civil) decorrentes da boa fé objetiva não venham a ser observadas, ainda que na fase pré contratual.

O abuso do direito ora estudado, assim, caracteriza-se pelo exercício de direitos individuais que, a rigor, seriam lícitos, em circunstâncias que violem as vedações estabelecidas pela boa fé objetiva.

A jurisprudência alemã atuou no sentido de tipificar os casos em que se entende que o agente está abusando do exercício de seu direito em detrimento de outrem, de modo que nos cabe valer dessas tipificações para os fins da responsabilidade pré contratual ora investigada (*exceptio doli*; *venire contra factum proprium*; inalegabilidade de nulidades formais; *supressio* e *surrectio*; *tu quoque*; e o desequilíbrio no exercício jurídico).

Assim, definido o que é e como se caracteriza o abuso de direito sob a ótica da boa fé objetiva, cumpre analisarmos, especificamente, cada uma das vedações, com a finalidade estabelecer o seu conceito e sua aplicabilidade à fase das negociações preliminares.

Para a finalidade específica deste ensaio, não se afigura pertinente alongar sobre o tema, na medida em que se trata de questão atinente ao contrato após a sua formação e não durante as tratativas preliminares.

2.4.3.1 Exceptio Doli

Este conceito tem origem romana, ligado, à época, à *bona fides iudicia*, que visava à paralisar o exercício doloso[114] de direito, o que não deixou de ser, até hoje, uma realidade. As

---

[114]MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado, sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 455-456 (roda pé): "A *exceptio doli*, no direito romano, constituía uma das três defesas específicas contra o dolo, ao lado da *clausula doli* e da *actio de dolo*. Desde a origem restava marcado o seu caráter de exceção, aquilo que paralisa a pretensão ou, como ensina Pontes de Miranda, algo que 'diz respeito à eficácia do *ius exceptiones* e à eficácia do direito, da pretensão ou da ação, ou da execução, que ela excetua'(Tratado de Direito Privado, cit., t. VI, § 628, p. 3). Segundo observa Menezes de Cordeiro, a *exceptio dolis* servia ao réu contra ações dolosas, ligando-se à boa-fé através do *bonae fidei juidicia*. Por isso mesmo, não era um instituto de enunciação abstrata, havendo, antes, uma enumeração casuística".

bases atuais do conceito decorrem da jurisprudência alemã, ordenamento que, aliás, chegou a propor a introdução do conceito ao BGB, o que, todavia, acabou sendo recusado[115].

Aproximando o conceito a realidade, é dizer o exercício de direito – a rigor, lícito – com o claro intuito psicológico de prejudicar / causar danos a outrem.

O conceito da 'exceção' está ligado a uma forma do interessado fazer cessar determinado exercício de direito, da mesma forma que ocorre, por exemplo, na exceção de contrato não cumprido, prevista pelo artigo 476 do Código Civil. No caso, a exceção tem por objeto possibilitar à parte insurgir-se em face de atos realizados de posições jurídicas adquiridas por meio de atos dolosos. Em outras palavras, o exercício do direito em face de outrem que, a rigor, seria lícito, fica impedido em decorrência da forma dolosa como o agente o atingiu.

Veja-se o exemplo da jurisprudência alemã mencionada por Menezes de Cordeiro[116]:

> Considerara importante pela influencia subsequente que teria, aponte-se RG 30-Jun-1904: o R. e K. Eram sócios; K. obtém para si, pessoalmente, um empréstimo do A. que afiança com a firma da sociedade; o A. sabe que K. abusou, neste caso, do seu poder de representação, perante o R. que, com isto, recebe um dano patrimonial; não obstante aceita a fiança e, com ela, aciona; o R. faz valer a exceção de dolo. Disse o RG: O BGB não compreende uma disposição geral sobre a exceção de dolo, pela qual lhe seja assegurada uma vigência de âmbito igual ao que tinha o Direito comum anterior. Pode porém afirmar-se que os §§ 138/1 ou 242 BGB conduziam ao mesmo resultado.

O tipo de conduta que é vedada está assim caracterizado, se mostrando, todavia, inaplicável para os fins do presente estudo, que versa, apenas, sobre a fase pré contratual.

---

[115] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.722-724.

[116] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.726-727.

2.4.3.2 Venire Contra Factum Proprium

A vedação ao *venire contra factum proprium* tem por objetivo vedar o comportamento contraditório ao assumido anteriormente[117] no âmbito das relações jurídicas. Tal comportamento, segundo a doutrina, se divide em algumas acepções.

Primeiramente,

> [...] numa de duas situações: quando uma pessoa, em termos que, especificamente, não a vinculem, manifeste a intenção de não ir praticar determinado acto e, depois, o pratique e quando uma pessoa, de modo, também, a não ficar especificamente adstrita, declare pretender avançar com certa actuação e, depois, se negue"[118]. Paralelamente, entende-se, ainda, como venire contra factum proprium quando "a pessoa age ao abrigo de uma permissão genérica de actuação e não de um direito subjectivo, potestativo ou comum; nesse âmbito – autonomia privada, liberdade de deslocação, por exemplo – declara não ir tomar determinada atitude mas acaba por assumi-la[119].

No direito português, principal influência que gerou a concepção desse instituto no ordenamento jurídico decorre da aplicabilidade do artigo 334 do Código Civil e, a partir daí, para sua construção, o autor português menciona três requisitos principais: (i) a existência de um ato de confiança de interesse ao ordenamento jurídico; (ii) a adesão da contra parte à confiança; e (iii) o desenvolvimento de atividades que considera importantes com base na confiança assentada[120].

Em outras palavras, para o doutrinador lusitano, as bases da configuração do *venire contra factum proprium* estão sujeitas, ainda, a um acordo de confianças e à frustração desta em razão de atos contraditórios de um dos agentes.

---

[117] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.742.
[118] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.747-748.
[119] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.747-748.
[120]MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.758.

Ilustre-se, sobre a matéria, julgados da corte alemã que, como visto, tipificaram, há muito, a matéria:

> BGH 26-Out-1955: um advogado estipula com o constituinte, determinados honorários de montante muito inferior ao prescrito legalmente e para valer e em caso de êxito; a convenção é nula por contrariar a lei; porém, tendo perdido a causa, o advogado reclama os honorários legais; o BGH decidiu a improcedência do pedido por vcpf [venire contra factum proprium], visto a exigência do advogado contrariar a sua tomada de posição anterior, sendo, de acordo com o § 242 BGB, um exercício inadmissível de direito.

Ressalte-se que, nos termos do julgado acima, não importava se a norma em questão era de direito público ou permitia que as partes a afastassem. O fato é que, mesmo que a disposição fosse nula, a parte que a negociou não poderia adotar comportamento contraditório.

No Brasil, o Professor Noronha[121] define a matéria citando o mesmo autor português e trazendo, à colação, um exemplo casuístico:

> Exemplo típico é aquele do contrato de locação com determinada cláusula (por ser aquela que fica o prazo de pagamento do aluguel) que não é observada durante determinado período, sem reação do locador: este, depois, não poderá, inopinadamente, vir a pedir o despejo com fundamento na infração da cláusula.

Por fim, ressalta o autor que o *venire contra factum proprium* independe de culpa. A autora Judith Matins-Costa[122], como é de costume na sua doutrina, colaciona exemplos casuísticos para melhor ilustrar a matéria e não diverge dos ensinamentos, portugueses, alemães e brasileiros, até aqui mencionados.

Fixado o conceito trazido pela boa fé objetiva, passa-se a seguir a analisar a sua incidência na fase das negociações preliminares.

---

[121] NORONHA, Fernando. **Princípios dos Contratos:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual: e Cláusulas abusivas. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 1990, p. 196.

[122] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 466-467: "*Venire contra factum proprium*. Contrato. A vendedora de loja de vestuário que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias não pode depois de cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isto tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente. Apelo provido em parte, para reduzir a indenização (...). Com base nesses elementos de ordem fática reveladores da efetiva conduta contratual, apelou o julgador ao princípio da boa fé objetiva (...) ".

Muito embora os conceitos explorados acima permitam a fácil e lógica aplicação da boa fé objetiva em geral para a fase das negociações preliminares, é imperioso notar que tal construção, analisada sob a ótica da doutrina existente, não se mostra tão simples. Cristiano Sousa Zanetti, como dito, escreveu a respeito do tema, chegando a conclusão de que a possibilidade da configuração do *venire contra factum proprium* na fase das tratativas preliminares não encontra grande resguardo nem na doutrina alemã, nem na doutrina portuguesa.

Na verdade, segundo autor, para esse caso específico a construção ocorreu, primeiramente, na Itália, que em primeiro deduziu a aplicabilidade do *venire contra factum proprium* nas tratativas preliminares. Na linha dessa doutrina, a configuração da responsabilidade por conduta contraditória no âmbito das tratativas preliminares se perfaz com base em três requisitos, quais sejam: (i) a confiança das partes nas cláusulas contratuais; (ii) o recesso injustificado das tratativas; e (iii) o dano sofrido à parte que confiou na conclusão[123].

As considerações de Zanetti e as conclusões da doutrina italiana são um tanto lógicas, tendo em vista que nada mais é que a aplicação dos requisitos impostos para configuração do *venire contra factum proprium* para o ambiente pré contratual. Os requisitos, a rigor, não alteram a lógica da aplicação geral da boa fé objetiva, mas, tão-somente, a transferem para um ambiente diverso.

A vedação ao *venire contra factum proprim* nas tratativas preliminares ocorre quando: duas partes iniciam determinada negociação com pleno interesse no negócio; tais negociações estão pautadas pela relação de confiança; uma das partes, muito embora tivesse dado a entender por atos materiais e/ou juridicamente concretos – criando a expectativa na contra parte –, rompe, sem qualquer justificativa, ocasionando danos.

[123] ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações no Direito Brasileiro**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2003. p. 117.

2.4.3.3 Inalegabilidade de nulidades formais

A formalidade dos negócios jurídicos tem por objetivo claro resguardar o interesse público existente naquela modalidade de contrato, como é, por exemplo, a compra e venda de bens imóveis. É exatamente por essa razão que o Código Civil impõe às partes, mediante os artigos 104, inciso III e 166, inciso IV, a nulidade caso não sejam observadas as formalidades prescritas em lei.

Em que pese essa exigência da lei, a jurisprudência alemã consagrou, dentre as tipificações das vedações do exercício de direito subjetivo, a impossibilidade de se arguir, de forma desleal, a nulidade formal do negócio celebrado, muito embora, em tese, o ordenamento jurídico já preveja tal nulidade[124].

Segundo o estudo comparado[125] de Karina Nunes Fritz a respeito do tema, os tribunais alemães sistematizaram a aplicabilidade do conceito em duas situações: (i) em casos de perigo de aniquilação da existência digna, como, por exemplo, o caso de ruína financeira e existência digna no ser humano[126]; e (ii) casos de violação extremamente grave ao dever de lealdade[127].

Em tese, emprestando a hipótese alemã, seria cabível a exceção nessas hipóteses. Todavia, para os fins do direito brasileiro, cabe aqui fazer uma inevitável reflexão.

---

[124] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, pp.777-778.

[125] FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 186-188.

[126] Veja-se, nesse sentido, a ementa mencionada pela autora: "a) se o proprietário da fazenda deu a reconhecer, através do tipo, extensão e a duração da atividade do descendente na fazenda, que esse deve receber o imóvel, e o descendente orienta-se em função disso, então, pode residir nisso um acordo sobre a futura sucessão do imóvel pelo descendente e, concomitantemente, sua determinação para a herança da fazenda; b) Nesse tipo de acordo, frequentemente nulo por carência formal, o proprietário do imóvel rural pode vincular-se juridicamente segundo a boa fé objetiva; essa vinculação pode, contudo, desfazer-se novamente se circunstâncias especiais justificam a escolha de outro herdeiro. c) O descendente, determinado como herdeiro do imóvel rural na forma indicada na letra a), é afetado em seu requisito através de uma posterior e distinta determinação da herança e, por isso, legitimado para queixa." (FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 186).

[127] "A jurisprudência desenvolveu, portanto, rígidos requisitos para a aceitação de uma violação de §242 do BGB quando da arguição da nulidade formal. Dessa forma, o fracasso do negócio jurídico, por carência formal, precisa conduzir a um resultado que não é apenas rigoroso para a parte afetada, mas simplesmente suportável [...] Dois grupos de casos preenchem esses pressupostos, o primeiro, os casos de ameaça da existência e o segundo, os casos de violação especialmente grave do dever de lealdade por uma das partes (Senado, BGHZ 138, 339 = NJW 1998, 2350)" *apud* FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 191).

O artigo 168 do Código Civil determina, expressamente, que as nulidades – notadamente aquelas previstas nos artigos 104, inciso III e 166, inciso IV, do Código Civil – poderão ser alegadas por qualquer interessado a qualquer tempo. Assim, desde logo, verificar-se-ia uma resistência grande à aplicabilidade desse conceito no Brasil, na medida em que o próprio Código Civil resguarda a possibilidade de se alegar nulidades formais e busca, de forma cogente, assentar a nulidade dos negócios caso tais nulidades não sejam observadas.

Não obstante, anote-se que, dentre os requisitos trazidos para essa vedação, está a necessária falta de lealdade em detrimento de outrem para alegação da nulidade formal. A ideia estatuída pela jurisprudência alemã seria, por exemplo, quando uma parte, propositalmente, gerou a nulidade formal de um instrumento e, posteriormente, pretendeu se valer dela para obter vantagem.

Em outras palavras – e tendo por base os requisitos mencionados acima –, a inalegabilidade de nulidades formais está, diretamente, ligada ao comportamento desleal e violador dos deveres impostos pela boa fé objetiva.

Dessa forma, *a priori*, não aparenta ser cabível a aplicação do referido instituto no Brasil. No entanto, analisando a hipótese que tal conceito visa a proteger, verifica-se que seria o caso de pleitear indenização com base na responsabilidade civil decorrente de dolo e / ou violação da boa fé objetiva sob a ótica da deslealdade.

De mais a mais, informa-se que não serão abordados outros aspectos a respeito desse tema, tendo em vista que se não refere ao momento das tratativas preliminares, de forma que o presente capítulo vale, tão somente para pontuar a sua existência com base na doutrina e jurisprudência alemã, bem como as dificuldades explicitadas para que o conceito seja aplicado no Brasil.

2.4.3.4 Supressio e surrectio

Na linha da mais abalizada doutrina "diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé"[128].

Nas palavras de Krebs, (*apud* FRITZ)[129], *supressio* ocorre quando:

> [...] um exercício de um direito é inadmissível quando o legitimado despertou na contraparte uma confiança digna de proteção de que ele não exerceria seu direito, em todo caso, não desse modo ou nesse momento e a contraparte se preparou de tal forma que o exercício do direito não pode mais ser exigido dela. Isso é principalmente, mas não apenas, o caso em que a contraparte realizou disposições patrimoniais em decorrência da confiança despertada.

Segundo as definições trazidas, é impossível não notar a proximidade existente entre a hipótese de *supressio* e de vedação ao *venire contra factum proprium*, na medida em que, ambas, geram a expectativa de realização – ou de não realização – de determinado direito em razão da conduta do agente que, se contraditória com a esperada, ensejam a violação à boa fé objetiva.

No Brasil, a doutrina e jurisprudência já reconheceram a sua aplicabilidade, assim a definindo, nas palavras de Wambier[130] que:

> [...] suppressio significa o desaparecimento de um direito, não exercido por um lapso de tempo, de modo a gerar no outro contratante ou naquele que se encontra no outro polo da relação jurídica a expectativa de que não seja mais exercido. Pode-se dizer que o que perdeu o direito teria abusado do direito de se omitir, mantendo comportamento reiteradamente omissivo, seguido de um surpreendente ato comissivo, com que já legitimamente não contava a outra parte.

Não obstante as colocações acima, cabe aqui definir, também, a hipótese de *surretio* que, na verdade, exprime a outra faceta do próprio conceito de *suppressio*. A doutrina portuguesa assim define *surrectio*:

---

[128] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.797.
[129] FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 175.
[130] WAMBIER, Luiz Rodrigues. **A *suppressio* e o direito à prestação de contas**. vol. 915. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 279.

> A surrectio tem sido utilizada para a constituição ex novo de direitos subectivos. Fala-se, aí, de surrectio em sentido próprio ou estrito. Não deve, no entanto, operar-se uma autonomização em profundidade da surrectio estrita, uma vez que a primeira possibilidade do beneficiário, portanto mera recuperação de uma liberdade de movimentos, antes perdida, - cama-se-lhe a liberação – lhe está próxima. englobando esta última pode, pois, falar-se de uma surrectio ampla.

A *surrectio*, portanto, opera-se da mesma forma que a *suppressio*, sendo a grande diferença o seu resultado, qual seja, a constituição do direito e não a perda como ocorre no caso anterior[131]. Apenas para que entenda melhor a construção do conceito com base na jurisprudência alemã, cumpre citar, aqui, os exemplos de Menezes de Cordeiro[132]:

> Como exemplos jurisprudenciais de *surretio* em sentido estrito têm sido apresentadas algumas decisões judiciais que nem sempre surtem, com grande evidência, o efeito pretendido. Refiram-se, no entanto, as mais claras:
> Em BGH 17-Jan-1966 discutia-se a situação criada por, numa sociedade, durante mais de vinte anos se ter, com o acordo unânime de todos os sócios, procedido a uma distribuição de lucros não correspondente ao pacto social. Este só poderia ser alterado com certas formalidades, o que nunca foi feito. O BGH, atentas as circunstâncias, entendeu que a distribuição não oficial deveria ser mantida para o futuro.
>
> Em Bay ObLG 16-Jun-1971 tratou-se o problema posto pelo uso de título nobiliárquico, ao abrigo do Direito antigo, aplicável ao caso, mas com a presença concomitante de princípios actuais. Uma família bávara acabara por se transferir para a Rússia; os seus descendentes vieram, muito mais tarde, requerer o título (duque de Leuchtenberg), em termos contestados. O BayObLG decidiu que, não havendo, nos interessados, qualquer ligação à Baviera, não surgira qualquer confiança digna de proteção.

Fixado o conceito, analisa-se qual seria, na prática, a aplicação do *suppressio* e do *surretio* no ambiente das negociações preliminares, tendo em vista que, num primeiro momento, a sua aplicabilidade não se parecer de fácil conclusão.

Na linha das definições acima, a *suppressio* ocorre pela perda da possibilidade do exercício de um determinado direito em razão do transcurso do tempo, nas circunstâncias específicas que levavam a crer que tal ato não ocorreria, ofendendo as disposições estatuídas pela boa fé objetiva. O *surrectio*, por sua vez, parte das mesmas circunstâncias para criação de um direito que, inicialmente, não era previsto.

---

[131]MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.821-822.
[132]MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.821-822.

Nas negociações preliminares, como se sabe, não há por hora um efetivo direito, mas sim flertes que possibilitem ou não a conclusão do negócio. Cristano Zanetti[133] cita em sua dissertação a possibilidade da *suppressio* – e, consequentemente, da *surrectio* – em negociações preliminares, argumentando que:

> [...] basta pensar na situação em que, após terem sido acertados vários pontos do contrato pretendido, um dos candidatos a contratante, depois de ter se comprometido a indicar eventuais imperfeições no esquema imaginado, simplesmente permaneça em silêncio por algum tempo, levando o outro a crer que, até o momento, não existiam óbices ao prosseguimento das negociações e, consequentemente, à posterior conclusão da avença. Confirmado no não exercício do direito de término das negociações, o outro candidato a contratante efetua investimentos para concluir e executar o contrato futuro. Nesse contexto, não é dado ao candidato a contratante retirar-se das negociações sem indenizar os gastos incorridos pela outra parte, por força da figura do suppressio que, em nome da boa-fé, veda o exercício de direitos, em contrariedade com os valores da lealdade e confiança.

Data venia, discorda-se de Cristiano Zanetti no presente estudo, tendo em vista que, na analise deste estudo, nos parece hipótese de *venire contra factum proprium* e não *suppressio*.

Como se viu, no caso descrito, sustenta-se que a *suppressio* teria ocorrido pelo fato do interessado ter, por meio de seu silêncio, dado a entender que a avença seria concluída, levando a sua contra parte a efetuar investimentos, de modo que a *suppressio* teria albergado o direito a romper as negociações sem indenizar os investimentos realizados, pela quebra da confiança e da lealdade.

Fazendo o raciocínio sob a ótica da efetiva quebra injustificada das negociações, verifica-se que, caso se entendesse por, após realizados os investimentos, quebrar as tratativas, a parte não seria responsabilizada pela *suppressio*, mas sim pela conduta contraditória entre a expectativa gerada de sua conduta e o seu ato conseguinte.

Tal conclusão se parece mais adequada, tendo em vista que a *suppressio* pressupõe a existência de direitos e não apenas de comportamento, de modo que o conceito acaba se aproximando, muito mais, da relação, efetivamente, contratual do que das tratativas preliminares.

---

[133] ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações no Direito Brasileiro**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2003. DEDALUS – Acervo – FD 20400024586. p. 117.

Nessa medida, na medida em que o presente estudo não infere a possibilidade de aplicabilidade da *supressio* e da *surrectio* no período das tratativas – não mencionando aqui os contratos preliminares, proposta e aceitação –, limita-se, aqui, esse capítulo para pontuar a sua existência.

2.4.3.5 Tu quoque

A doutrina define a *tu quoque* "pela natureza do sinalagma, surgindo como extensão da exceção de contrato não cumprido, uma vez traduzir a regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica, legal ou contratual, não poderia, sem abuso, exercer situação jurídica que esta mesma norma lhe tivesse atribuído"[134]. Entende-se, em síntese, que ao proceder dessa forma – que de certo modo é também contraditória – o agente viola o conteúdo da boa fé objetiva.

Essa dissidência, como se observa, não tem suas raízes fixadas na codificação, brasileira ou europeia e, com base na jurisprudência alemã, buscando impedir que o inadimplente se valha de posição jurídica para buscar fazer valer o seu direito subjetivo.

É inegável a semelhança do conceito com a vedação ao *venire contra factum proprium* e a exceção de contrato não cumprido (artigo 476 do Código Civil), valendo, todavia, tecer breves comentários a respeito dessa questão para a fixação do tema.

Embora fundamentada em atos contraditórios, a *tu quoque* diferencia-se da caracterização do *venire contra factum proprium*, na medida em que a contradição ocorrida não está na conduta em si, mas na forma como o agente pretende julgar e julgar-se[135]. Em outras palavras, o *tu quoque* não se posiciona no campo da contradição dos atos relativos às

---

[134]MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.837-838. No mesmo sentido: MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 461.

[135] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011. pp.843. ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações no Direito Brasileiro**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2003. DEDALUS – Acervo – FD 20400024586. p. 131.

obrigações contratuais – ou pré contratuais –, mas sim em sua percepção de adimplemento e inadimplemento próprios em face de sua contraparte.

Paralelamente, analisando a jurisprudência alemã[136] que instituiu a aplicabilidade do conceito, seria impossível não dizer que, no âmbito brasileiro, a *tu quoque* está inserida na hipótese de exceção de contrato não cumprido. De fato, aplicando-se o conceito internacional ao direito brasileiro, se mostra inviável não esbarrar no artigo 476 do Código Civil, tendo em vista que, na prática, a violação ao *tu quoque* é, pois, o impedimento de pretender imputar o inadimplemento se uma parte inadimplente está.

No campo pré contratual, a teoria apresentada na dissertação mestrado de Cristiano Zanetti[137] apresenta a suposta possibilidade de aplicação da *tu quoque* à fase pré contratual na seguinte situação:

> No campo específico das negociações, o tu quoque também comporta aplicação, embora não possa deixar de reconhecer a sua natural inclinação para regrar o cumprimento dos contratos sinalagmáticos. De fato, como apontado, o tu quoque procura preservar o equilíbrio nas relações entre pessoas, servindo para vedar a adoção de critérios distintos para julgar e julgar-se. Nesse sentido, poder-se pensar num caso em que um dos candidatos a contratante insista com o outro para que as negociações não sejam encerradas em função de determinada divergência, apontada como secundária e, mais tarde, abandone, ele próprio, os entendimentos, com fundamento neste mesmo motivo. Nesta hipótese, resta claramente configurado o tu quoque, na medida em que o candidato contratante age deslealmente aproveitando-se indevidamente de uma situação por ele criada.

Atendo-se ao posicionamento apresentado, o presente estudo, com as renovadas *venias*, ousa discordar do respeitável entendimento do Prof. Cristiano Zanetti. Em que pese as considerações apresentadas, entende-se que tal situação de fatos se insere, na verdade, na

---

[136]"Desde 10-Jan.-1908, tornou-se orientação constante do RG que quem viole o contrato e ponha em perigo o escopo contratual não pode derivar de violações contratuais posteriores e do pôr em perito o escopo do contrato, causados pelo parceiro contratual, o direito à indemnização por não cumprimento ou à rescisão do contrato, como se não tivesse, ele próprio, cometido violações e como se, perante a outra parte, sempre se tivesse portado leal ao contrato. Decidiu-se, por exemplo, em RG 10-Dez.-1935, que a violação positiva do contrato dá, segundo § 325 BGB, um direito à rescisão do contrato. Mas, antes dessa violação, praticada pelo A., já R. estava em mora, pois não tinha efectuado as prestações vencidas. Isto tem por efeito que ela não tenha qualquer direito à rescisão do contrato pela violação positiva; tal direito, segundo a jurisprudência constante do RG, assiste apenas à parte que tenha, ela própria, cumprido exatamente o contrato e lhe seja fiel. Esta jurisprudência seria mantida pelo BGH. Dada a dimensão jurisprudencial assumida pelo fenómeno, é possível, sem mais, proceder à sua dogmatização". (MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.837-840)

[137] ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações no Direito Brasileiro**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2003. DEDALUS. Acervo. FD 20400024586. pp. 133.

hipótese de *venire contra factum proprium*, tendo em vista que se refere à situação relativa à conduta "de fato" e não à contradição entre o cumprimento das obrigações à ela inerentes.

Tomando-se as considerações a respeito dos deveres decorrentes da boa fé objetiva – plenamente aplicáveis ao ambiente pré contratual –, entende-se, todavia, que a *tu quoque* não deixa de ser aplicável, hipoteticamente, na fase das negociações preliminares.

De fato, considerando que as obrigações de conduta inerentes às tratativas, muito embora abstratas e subjetivas, tem-se que não poderia um agente requerer indenização por perdas e danos decorrentes da quebra injustificada das negociações se, o mesmo agente violou os deveres inerentes ao artigo 422, ainda que não tenha sido este o motivo da quebra das negociações. Veja-se que essa ideia, na verdade, coaduna com a própria construção da exceção de contrato não cumprido, em que uma parte não pode exigir da outra o cumprimento de obrigações ou ressarcimento de prejuízos sem que tenha adimplido com as suas.

Enfim, na doutrina e na jurisprudência ora estudadas, não se vislumbrou, exatamente, a disposição da aplicabilidade do conceito às negociações preliminares, mas nos aparenta viável aplicá-lo quando ocorre a contraposição de deveres da boa fé objetiva no ambiente negocial.

2.4.3.6 Desequilíbrio no exercício jurídico

O desequilíbrio do exercício jurídico traz "um tipo extenso de actuações inadmissíveis de direitos. Abrigam-se, a ela, subtipos variados de conjunturas abusivas, próximas por, em todas, haver despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados. Fala-se, por misso, em desequilíbrio."[138]

Segundo a doutrina, tais condutas desequilibradas, em razão de sua amplitude, se dividem em três categorias: o exercício inútil e danoso; conjunção de fatores inseridas no *dolo*

[138] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.853.

agit qui petit quod statim redditurus est; e a vantagem desproporcional entre o benefício de uma parte e o sacrifício da contra parte[139].

Primeiramente, com relação ao exercício inútil de direito danoso em face de outrem, cumpre salientar que, nos primórdios, as decisões advieram no campo dos direitos reais e nas relações de vizinhança. A doutrina traz, como exemplo, a jurisprudência francesa do século XIX e início do século XX que "teve por abusivos actos como a prática de ruídos humanos, a produção de fumos e cheiros e a ocorrência de trepidações[140]". Na Alemanha, por outro lado, nos deparamos com julgados que se referem à prática abusiva por instituição de servidões inúteis e a imputação de deveres de reparos inúteis ao locatário[141].

Em segundo lugar, o brocardo *dolo agit quit petit quod statim redditurus est*, traduz-se pela conduta de uma pessoa que exige algo – que, a rigor, lhe seria de direito – sem nenhuma justificativa ou utilidade, sabendo que, logo depois, terá que restituir[142]. A doutrina menciona, como exemplo, o seguinte pensamento[143]:

> Uma pessoa induz outra a celebrar com ela uma venda nula por falta de forma; quando lhe convier, vem, depois, arguir a nulidade; há abuso: diretamente não se pode, como se viu, validar, através da boa fé, tal negócio; verificados, contudo, os pressupostos, deve o vendedor, ao comprador, uma indemnização em espécie que reconstitua a situação que haveria se não fosse o abuso, i. E., deve criar o resultado a que se chegaria se a venda tivesse sido válida; essa situação implica a transmissão, para o comprador, da coisa vendida; assim sendo, caso o vendedor, alegando a invalidade formal, reivindique a coisa, comete abuso de direito por pedir *quot redditurus est*.

---

[139] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.853.

[140] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.854.

[141] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.855. Os estudos de direito comparado de Karina Nunes Fritz mencionam, ainda, mas alguns exemplos: "Típicos exemplos dessa modalidade de abuso fornece o direito de vizinhança, onde frequentemente o exercício de uma posição jurídica formalmente reconhecida resta viciado pela intenção de prejudicar o vizinho (LG GieBen NJW-RR 2000, 1255) ou exercício de um direito de passagem apesar da existência de possibilidades de acesso menos incômodas pear o vizinho (RGZ 169,180). No campo do direito obrigacional, o BGH tem considerado desleal a resolução do contrato ou a redução do preço em função de vícios que não causam nenhuma desvantagem para o comprador, a recusa do credor em aceitar a substituição da garantia dada por outra, materialmente igual, a proibição infundada do locador ao locatário de utilizar determinados aparelhos domésticos, como máquina de levar louças (BGH NJW 1963, 1539). (FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 169).

[142] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.856.

[143] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.856.

Cabe aqui uma reflexão. O pensamento acima apresentado por Menezes de Cordeiro leva não apenas à espécie ora tratada, mas, inequivocamente, à hipótese de inalegabilidade das nulidades formais. Em ambos os casos, contudo, a aplicabilidade do conceito para fazer valer o negócio nulo – e as vantagens dele decorrentes – se mostram de difícil transmutação ao direito brasileiro, tendo em vista as disposições expressas dos artigos 104, inciso III e 166, inciso IV do Código Civil.

No caso, caberia à parte se insurgir com base nos deveres decorrentes da boa fé – claramente violados nessa hipótese – para pretender ser ressarcida de suas perdas e danos e não a validade do negócio jurídico formalmente nulo.

Por outro lado, limitando a investigação do tema no presente ensaio, cumpre observar que a sua aplicabilidade – ainda que se fosse discutir amplamente – é alheia ao ambiente pré negocial, sendo, na verdade, aplicada ao livre exercício de direitos constituídos por contrato ou por direito real, o que não é objeto desse trabalho.

Por derradeiro, com relação à desproporcionalidade da vantagem auferida em face do ônus imputado à contra parte, cumpre observar que a doutrina[144] entende que o conceito está inserido em "situações como desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a actuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jussubjectivo sem consideração por situações especiais". Em outras palavras, a desproporcionalidade aqui vedada pela boa fé objetiva tem por base a estipulação – e execução –, em determinadas circunstâncias, de prestação excessivamente onerosa para em detrimento da contra parte.

Para ilustrar o tema, Judith Martins-Costa colaciona julgado italiano que aqui se passa a resumir.

O caso se tratou de um contrato de agência, no qual foi estipulada uma cláusula resolutiva, *ipso facto*, caso a agencia não atingisse um determinado nível mínimo de produção. Tendo ocorrido o evento, a sociedade agenciada resolveu o contrato sem aviso prévio. Assim a agencia insurgiu-se por meio de ação de indenização, pretendendo ser indenizada pela ausência de aviso prévio. Em 1º e 2º Graus a ação foi procedente e favor da

---

[144] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.857.

agência. A Corte de Cassação, por sua vez, apresentou o seguinte entendimento, nas palavras da doutrinadora gaúcha[145]:

> Já a corte de Cassação, após acatar este argumento por falta de 'fundamento lógico', reestabelecendo, portanto, a validade da cláusula resolutiva expressa, entendeu relevante, para a aplicabilidade do art. 1.456, a concreta individuação da figura do inadimplemento. Anota Uda: 'Observou a Suprema Corte que esta não poderia ser avaliada apenas tendo por parâmetro a proporção monetária entre as prestações em si mesmas consideradas, devendo ser estabelecida referência às obrigações fundamentais do agente, as quais consistem no desenvolvimento de atividade direcionada a promover contratos por conta do proponente.

Dessa forma, considerando que se mostrava desproporcional o inadimplemento da principal obrigação contratual em face da obrigação pretendida a imputar à agenciada, a Corte de Cassação decidiu pela manutenção da cláusula de inadimplemento *ipso facto*.

No Brasil, a mesma autora faz referência ao caso emblemático do Rio Grande do Sul, tendo ocorrido o abrandamento do contrato – e da estipulação excessiva nele prevista –, com base na boa fé[146].

> Em compra e venda na qual fora avençada a perda das prestações pagas se inadimplenete o adquirente, submetida às Câmaras Reunidas do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, entendeu-se que 'o art. 924 do CC tem o vigor de preceito de ordem pública. Observa Manuel Arauz Castex, em La ley de ordem pública (Buenos Aires, 1945, p. 84), que a equidade e a justiça social têm levado o direito moderno a restringir cada vez mais a liberdade contratual. Neste capítulo, da cláusula penal, o controle da conta individual é aceito sem tergiversações'. E conclui o aresto pelo 'abrandamento que o Judiciário pode e deve ditar, para coibir excessos com que as cláusulas penais ameacem agredir o equilíbrio social, ensejando injusto enriquecimento de uma aprte, ainda que à custa do inadimplente' (in Jurisprudência das obrigações. Darcy Arruda Miranda Junior, RT, 1976, I/56)

Cabe, diante do entendimento apresentado pela doutrina e jurisprudência, aqui mencionar que o raciocínio da desproporcionalidade atingiu, em alguns casos, o Código Civil, na medida em que o raciocínio da violação da boa fé objetiva pela pretensão desproporcional no ambiente contratual, claramente, foi estatuída pelo artigo 413 do *Codex*, que permite a redução proporcional da cláusula penal, quando se mostrar excessivamente onerosa; artigo 480, pelo qual a prestação excessivamente onerosa pode ser readequada; e artigo 944,

---

[145] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 417.
[146] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 427.

parágrafo único, pelo qual a indenização deve ser ajustada de acordo com a extensão dos danos causados.

O tema, embora muito próximo ao ambiente contratual – após a sua formação – poderia, hipoteticamente, ser aplicado à hipótese das negociações preliminares. Pensa-se no caso em que a ruptura das negociações que, após a investigação, ensejou o desinteresse na concretização do negócio. Nesse caso, se as negociações se encontravam em estagio avançado em que uma das partes realizou investimentos excessivamente onerosos, poder-se-ia entender que, pelo desequilíbrio dos ônus decorrentes da ruptura, houve violação à boa fé.

Cristiano Zanetti[147] apresenta o tema situação razoavelmente equivalente. Transcreva-se:

> De fato, num determinado caso, a ruptura das negociações, dependendo de seu estágio, pode acarretar a um dos candidatos a contratante um sacrifício desproporcional sem relação ao proveito gerado para o outro, caso em que o exercício do direito de findar os entendimentos deve ser considerado abusivo por violação à boa-fé. A possível incidência de outras figuras, como colocado, não afasta a conveniência da consideração do exercício em desequilíbrio que, em dado caso, pode surgir como verto ideal para que se verifique a infração à boa-fé e, consequentemente, o caráter ilícito da ruptura das negociações, sem que, no entanto, seja possível desconsiderar as dificuldades inerentes à avaliação da proporcionalidade o que, com efeito, recomenda a aplicação subsidiária da figura.

Enfim, essa hipótese não é clara e a comprovação não se mostra de tranquila aceitação, contudo, *mister* se faz a construção do raciocínio, tendo em vista, aliás, a infinidade prática que é inerentes às negociações.

2.5 Momento de incidência da boa-fé objetiva nas tratativas preliminares

O presente ensaio tem como objeto analisar a transmutação da boa fé objetiva nas relações pré-contratuais, de modo a delimitar a forma como se pode caracterizar a responsabilidade no momento da formação do contrato. Dessa forma, para os fins de momento de vinculação das partes à exegese da boa fé objetiva, cumpre formular a seguinte

[147] ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações no Direito Brasileiro**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2003.

questão: a partir de qual momento as partes estão sujeitas às regras estipuladas pela boa fé objetiva?

Parece razoável entender que não há uma resposta concreta para o problema acima suscitado. Na verdade, ocorre exatamente o contrário. A resposta pra questão do tempo requer abstração para fixar o momento em que as partes estão sujeitas às regras impostas pela boa fé objetiva. A autora portuguesa, Ana Prata[148] tratou do tema:

> Em conclusão: no momento em que a confiança surge é variável de caso para caso, sendo indispensável voltar a assinalar que ela não é a confiança concreta, que, em função das suas características psicológicas ou outras, a contraparte tenha experimentado, mas antes aquela que, objectivamente, nas condições reais e no quadro econômico-social em que as partes se encontravam, fosse razoável supor que o comportamento negociatório geraria num sujeito sensato e prudente colocado na situação real da parte.

Numa linha um pouco diversa – e mais ampla –, Karina Nunes Fritz[149] faz alusão à teoria de Larenz – doutrinador alemão de notória repercussão em temas de boa fé objetiva – asseverando que, segundo o autor:

> [...] o fundamento jurídico para os deveres especiais nos contatos pré-contratuais e negociais foi visto inicialmente na relação de confiança surgida entre as partes. Deveres de consideração, resultantes de contatos pré-contratuais e negociais, podem, todavia, existir também sem uma concreta confiança....Para os deveres de consideração decisivo é o estreito contato que se precisa manter necessariamente com o outro na preparação de contatos negociais...A relação jurídica oriunda das negociações contratuais e de contatos negociais não pressupõe, por isso, nenhuma confiança.

Em outras palavras, Larenz não discorda de Ana Prata, mas vai além[150]:

> [...] não é, com isso, dito quais deveres individualmente resultam da 'relação de confiança pré-contratual'. Esses devem ser deduzidos cada vez da situação de interesse das partes, segundo o princípio da boa-fé objetiva. Para isso, devem ser evitados requisitos exagerados: a entrada em negociações obriga ao trato leal com o outro, mas não ao sacrifício dos próprios interesses. Acima de tudo, deve ser observado que os deveres do § 241 II não restrinjam inapropriadamente a liberdade de conclusão do contrato.

---

[148] PRATA, Ana. **Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 48.
[149] FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 217-218.
[150] FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 217-218.

Na linha dos estudos acima, o “momento”, se assim pode-se dizer, que as partes estão sujeitas à aplicabilidade da boa fé objetiva está, situado, abstratamente, no momento em que se presume a necessidade de confiança ou, conforme Larenz, também, no momento em que, naturalmente – diante das circunstâncias –, é esperada a lealdade da contra parte.

Para os fins da legislação brasileira, muito embora não haja norma específica fixando esse momento, parece razoável entender, tendo-se por base a natureza da aplicabilidade dos deveres e vedações decorrentes desse conceito, que a boa fé objetiva adentra à relação – ou pseudorelação decorrente das tratativas preliminares – a partir da existência de uma vinculação circunstancial em razão da aproximação das partes.

Trata-se, portanto, de hipótese de incidência totalmente casuística e deve ser avaliada de acordo com o ambiente em que os fatos estão inseridos, não se negando, todavia, uma tendência: quanto mais próximas e comprometedoras são as tratativas, claramente, mais viável é sustentar que as partes estão sujeitas à aplicabilidade da boa fé objetiva.

3 CONSTRUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELA RUPTURA DAS TRATATIVAS COM BASE NA BOA FÉ OBJETIVA

Como se já mencionou acima, o Código Civil de 2002 não mencionou, especificamente, a hipótese da responsabilidade civil, nem incidência da boa fé objetiva no âmbito das tratativas preliminares. Na verdade, o fato é que o Código Civil não regulamenta os atos prévios à proposta e aceitação – iniciando no artigo 421 –, sendo certo que, muito embora a doutrina reconheça a existência das tratativas e a sua importância no âmbito da formação dos contratos.

Já se mostrou acima, a plena aplicação dos deveres e vedações de exercício de direito decorrentes da boa fé objetiva ao âmbito das tratativas preliminares, bem como que a sua violação poderá ensejar a construção da responsabilidade civil. O presente estudo, até o momento, teve por foco a boa fé objetiva e não a construção da responsabilidade civil propriamente dita com base nesses princípios.

Como se verá, subsistem duas linhas principais para construção da responsabilidade civil, as quais merecem exame para estabelecer a aplicabilidade da responsabilidade pré contratual pela ruptura das negociações, com base na boa fé objetiva.

A primeira delas decorre da aplicação e interpretação conjunta dos arts. 186, e 927 do Código Civil – responsabilidade *aquiliana* –, em que, existindo ato ilícito culposo, nexo causal e dano, surgirá o dever extracontratual de indenizar, ainda que no âmbito das tratativas preliminares. Parte-se aqui da premissa básica de responsabilidade civil e, muito embora possa ocorrer durante as tratativas preliminares, não é correto dizer que advém da sua existência, mas sim da existência de ato culposo, dano e nexo de causalidade.

A segunda decorre da aplicação e interpretação conjunta dos arts. 187, 422 e 927 do Código Civil, sendo o caso de exercício abusivo de posição jurídica em transgressão às vedações impostas pelo princípio da boa fé objetiva (art. 187) e violação aos deveres impostos

pela boa fé objetiva (art. 422), sendo, nessas hipóteses – como ser verá –, desnecessária a comprovação de culpa.

É esta última que desperta o interesse no âmbito do presente ensaio e que será analisada nas laudas a seguir.

3.1 Preliminarmente: as teorias fundamentais

Em 1861, o jurista alemão Rudolph Von Jhering[151], em trabalho de notoriedade mundial, criou o conceito de *culpa in contrahendo*, como uma forma de solucionar a ausência de regulamentação específica quanto à responsabilidade das partes durante a fase de negociação pré-contratual, em especial quando for causado dano a um dos contratantes em razão da decretação de nulidade do contrato por erros ocorridos na sua formação.

Segundo Jhering, a parte responsável pela ocorrência do erro que ocasionou a nulidade do contrato incorre em culpa e tem o dever de indenizar a outra parte pelos danos a ela causados, de forma a retornar a situação ao seu *status quo ante*, ou seja, ao estado em que a parte lesada estaria se não tivesse havido a negociação/contratação.

Nesse sentido, ensina Judith Martins-Costa que "a doutrina da *culpa in contrahendo* foi formulada pioneiramente por Jhering, entendendo-se contemporaneamente, mediante tal noção, que incorre em responsabilidade pré-negocial a parte que, tendo criado na outra a convicção, razoável, de que o contrato seria formado, rompe intempestivamente as negociações, ferindo os legítimos interesses da contraparte"[152].

Como se vê, a teoria da culpa *in contrahendo* atesta que, na fase pré-contratual, sempre que uma das partes induzir a outra parte a erro (como por exemplo, por meio da omissão de informações ou circunstâncias que poderiam ensejar a nulidade do contrato) haverá o dever de indenizar.

---

[151] JHERING, Rudolf Von. **Culpa in Contrahendo ou idemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Coimbra: Almedina, 2008.
[152] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado, Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: RT, 1999, p. 485.

Ou seja, Jhering defendia que a parte que deu causa a nulidade de um contrato, deveria ressarcir os danos causados à outra parte, uma vez que desrespeitou os deveres instrumentais da fase pré-negocial. Veja-se, todavia, que, no primeiro momento, a teoria de Jhering estava atrelada muito mais aos defeitos do negócio jurídico que ensejavam a sua nulidade do que à boa fé objetiva, responsabilizando a parte que deu causa aos defeitos pelo ressarcimento das perdas e danos no âmbito das tratativas preliminares[153].

Para delimitar o valor da indenização a ser paga pelos danos causados na fase pré-contratual, Jhering propôs que fosse utilizado o critério do interesse negativo, por meio do qual se entende que devem ser abrangidos não só os danos efetivamente causados, mas também os lucros cessantes decorrentes dos negócios que a parte deixou de celebrar, em razão da confiança que depositou na transação que restou nula[154].

Posteriormente à sua criação por Jhering, a teoria da *culpa in contrahendo* passou por um verdadeiro processo de expansão e albergando não somente as hipóteses de responsabilização por negócios nulos ou anuláveis, mas também em situações em que se celebrasse um contrato válido ou em que não se chegasse a concluir contrato algum em decorrência da ruptura do seu processo formativo[155].

As ideias de Jhering foram, como se sabe, pioneiras e essenciais à construção do objeto deste ensaio, contudo, não é o objetivo, aqui, esgotar a sua teoria, mas apenas anotá-la como de importante percussora das ideais debatidas a respeito da responsabilidade civil pelo rompimento das tratativas preliminares.

Outro princípio que denota uma grande importância apara a construção da responsabilidade pré contratual é o *neminem laedere*, tido como um dos grandes pilares da responsabilidade civil, já que dispõe que a ninguém é dado o direito de causar prejuízo a

---

[153] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.531.

[154] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.532-533.

[155] MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p.547. Ressalte-se, neste ponto, que, segundo o autor, o próprio caso do linóleo foi o grande marco da expansão do conceito de Jhering, na medida em que a jurisprudência alemã passou a entender a necessidade de, supostamente, exercer um dever de proteção durante as tratativas preliminares.

outrem. Em outras palavras, referido principio prevê que não se deve deixar qualquer ofensa ou dano sem seu devido ressarcimento[156].

O *neminem laedere* foi consagrado no ordenamento jurídico brasileiro através do art. 186 e 927 *caput* do Código Civil de 2002 (responsabilidade *aquiliana*), que prevê que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Em outras palavras, a ideia básica de proibição, em qualquer âmbito, de causar danos a terceiros é, por si só, um norte a ser perseguido, na medida em que, de uma forma ou de outra, se a ruptura das tratativas preliminares causam danos, impõe-se o seu reparo.

Ressalte-se que, tratando o *neminem laedere* de um conceito absolutamente principiológico, a sua aplicabilidade é de todo genérica, demonstrando a finalidade que se pretende chegar, mas não a sua construção no direito civil brasileiro.

3.2 Natureza da responsabilidade civil nas negociações preliminares

Analisando o tema sob a ótica da boa fé objetiva, questiona-se, tecnicamente, qual seria o enquadramento correto para construção da responsabilidade civil, dividindo-se entre duas linhas principais. A primeira, analisar se a responsabilidade civil é contratual ou extracontratual. A segunda – consequente da primeira –, analisar é caso de responsabilidade civil *aquiliana* ou outra construção advinda dos arts. 187 e 422 do Código Civil.

Essas questões, como se verá, são polêmicas e discutidas pela doutrina nacional e estrangeira e, por essa razão, merecem atenção do presente estudo.

---

[156] MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. São Paulo: 9 ed. Saraiva. 1999, p. 195: "Todo ordenamento jurídico, com maior ou menor intensidade, contém, como básico, o princípio da incolumidade das esferas jurídicas individuais, consideradas estas, em sentido lato, o conjunto de direitos e deveres mensuráveis, ou não, economicamente, relacionados a alguém. Em conseqüência desse princípio, concretizado na fórmula latina do *neminem laedere*, a ninguém é dado interferir, legitimamente, na esfera jurídica alheia, sem o consentimento de seu titular ou autorização de seu titular ou autorização do ordenamento jurídico, donde haver um dever genérico, absoluto, no sentido de que cabe a todos, de não causar danos aos outros".

3.2.1 Responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

O direito civil brasileiro divide a responsabilidade civil subjetiva em duas vertentes principais. A primeira é a responsabilidade civil contratual, estampada pelo artigo 389 do Código Civil[157], que, nas palavras de Silvio Rodrigues[158] "impõe a responsabilidade de reparar [*genericamente*] as perdas e danos experimentados pelo credor".

A segunda é a responsabilidade civil extracontratual, decorrente da aplicação do art. 927, *caput*, do Código Civil, mediante a qual, uma vez configurado o ato ilícito (arts. 186 e 187 do Código Civil), aquele que causou os prejuízos estará, via de regra, obrigado a indenizar.

Estabelecendo o paralelo, anota o ilustre Professor que:

> [...] dispõe o art. 186 do Código Civil que todo aquele que causar dano a outrem, agindo dolosa ou culposamente, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo, como manda o art. 927. (...) Na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese da responsabilidade *aquiliana*, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios ferradores de sua obrigação de indenizar[159].

Em apertada síntese, portanto, a responsabilidade civil deveria se enquadrar em um dos dois conceitos de responsabilidade, ou por violação de obrigações pré-estabelecidas decorrentes do contrato (ato ilícito contratual – art. 389 do Código Civil), ou violação de obrigação genérica de não causar dano a outrem (ato ilícito extracontratual – art. 927, *caput*, do Código Civil).

No ordenamento jurídico brasileiro, a própria omissão do Código Civil a respeito do período das tratativas negociais indica intenção de afastá-la, efetivamente, do período contratual e, consequentemente, da aplicabilidade dos dispositivos inerentes à responsabilidade contratual. A doutrina, por vezes, se manifestou a respeito do tema,

---

[157] Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
[158] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p.8.
[159] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p.9.

separando – como visto nesse estudo, aliás –, o período das tratativas preliminares do período da proposta e aceitação. Confira-se[160]:

> As negociações preliminares não obrigam, enquanto não firmado o contrato. As concordâncias paulatinas obtidas ainda constituêm tratativas; não são contrato. Essas tratativas podem transcorrer unicamente sob a forma oral, mas também podem ser documentadas, com correspondência entre os interessados, anotações etc. Por vezes, há interesse das partes de se assegurarem por escrito nessa fase pré-contratual, denominada pontuação, em que pode surgir um esboço ou rascunho do contrato, ou uma carta de intenções. Denomina-se geralmente minuta o esboço do futuro contrato. O termo significa algo que é menor, leve. A minuta, em regra, não obriga, mas serve de subsídio para a interpretação do contrato futuro. Pode também servir de base probatória para o exercício da ação de indenização pelo rompimento injustificado das tratativas. Há outro significado impróprio para a minuta, que é o de um resumo ou sinopse de um contrato já firmado, o que refoge ao tema tratado
> As negociações preliminares ou as tratativas não podem ter o mesmo tratamento jurídico da oferta, esta com conseqüências fixadas na lei. A oferta já traz uma manifestação de vontade inequívoca de contratar e, enquanto não revogada, até o momento legalmente permitido, é obrigatória (Lopes, 1964, v. 3:75). As negociações preliminares não traduzem uma vontade definitiva de vincular-se ao contrato. As circunstâncias concretas serão importantes para distinguir ambos os fenômenos. A lei dá força vinculativa à proposta. Essa é sua verdadeira natureza jurídica.

Das tratativas preliminares, portanto, por si só, não decorrem obrigações específicas e diretas como ocorre na celebração de um contrato. As obrigações existentes, na verdade – e pela aplicação do princípio da boa fé objetiva –, são de conduta, a fim de que a negociação ocorra da forma mais honesta e correta possível.

Considerando a distinção existente, tem-se que, diferentemente do que ocorre com a proposta e aceitação – momento posterior às tratativas preliminares – afigura-se incorreto enquadrar a responsabilidade pera ruptura das negociações na responsabilidade contratual, a não ser que tais negociações estejam circunscritas por contratos que determinem obrigações laterais específicas.

A partir desse entendimento – e que se parece de acordo com o ordenamento jurídico –, é que o presente estudo analisará a configuração da responsabilidade civil nas tratativas preliminares com base na boa fé objetiva. Ou seja: trata-se de responsabilidade extracontratual, a ser vislumbrada dentro da hipótese de ato ilícito trazida pelo artigo 927 do Diploma Civil Brasileiro. O que se discute, contudo, são as hipóteses que ensejam o disparo

---

[160] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. vol. II. 7 ed. São Paulo: 2007, Atlas, p. 478-479. No mesmo sentido: DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil.** vol. III. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 37-38; DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro:** Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61-62.

do dever de indenizar previsto no referido dispositivo, ou seja, a aplicabilidade da responsabilidade civil *aquiliana* ou outra, decorrente da aplicabilidade direta dos arts. 186 e 422 do Código Civil, o que, por via de consequência, enseja a discussão a respeito da natureza objetiva ou subjetiva da responsabilidade civil nas tratativas preliminares.

3.2.2 Responsabilidade subjetiva (aquiliana) e demais teorias atinentes.

No Brasil, a matéria das negociações preliminares, na vigência do Código Civil de 1916, *a priori*, estava sob a exegese do liberalismo, pelo qual se entendia que as negociações poderiam ser rompidas a qualquer momento, como exercício do direito da autonomia da vontade[161]. Frise-se, aliás, que durante a vigência do Código Civil de 1916, a doutrina maciçamente majoritária negava a possibilidade da configuração da responsabilidade civil pela ruptura das tratativas preliminares ou a condicionava à existência de dolo[162], levando em conta as ideias fixadas por Jhering na obra *culpa in contrahendo*.

Atualmente, contudo, possibilidade de configuração da responsabilidade civil no âmbito das tratativas preliminares, em tese, se divide em duas correntes, quais sejam, a de que se configura responsabilidade civil subjetiva – e, portanto, é necessária comprovação de culpa ou dolo – e a de que se trata de responsabilidade civil objetiva.

A ocorrência da responsabilidade civil subjetiva – salvo caso de cláusula penal – está sujeita à presença de três requisitos principais, quais sejam (i) nexo de causalidade; (ii) existência de prejuízos (dano); e (iii) a existência de culpa ou dolo. Uma vez configurados

---

[161] Antonio Junqueira de Azevedo comenta o tema: "Há nessa omissão do Código Civil brasileiro, um reflexo da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos, porque a verdade é que o Código Comercial brasileiro, muito anterior ao Código Civil (o Código Comercial é de 1850), já tinha regra genérica sobre a boa-fé – é o art. 131, sobre interpretação contratual". (JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **A Boa-fé na Formação dos Contratos**. Revista de Direito do Consumidor. RDC 3/1992. jul./set.,1992)

[162] FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 247: "Esse pensamento, contudo, não evoluiu satisfatoriamente na comunidade jurídica nacional, de forma que nos anos seguintes poucos autores se ocuparam do tema, a maioria, negando-o. Os que admitiam a responsabilidade pré contratual, o faziam de forma tímida, sem dedicar muita atenção ao assunto, não mais do que poucas linhas e muitas vezes impondo-lhes sérias restrições, como a exigência do dolo no rompimento das negociações. Dentre os que tratam do tema já na vigência do diploma de 1916 e, portanto, mesmo sem previsão legal, destaca-se Pontes de Miranda, Silva Pereira, Arnoldo Wald, Chaves, Arruda Alvim, Moreira Alves, Rosa Nery e Nelson Nery Junior, Martins-Costa, Junqueira de Azevedo, Basso, Noronha dentre outros não menos ilustres, citados ao longo do trabalho".

os requisitos, o ofensor poderá ser demandado para que faça o ressarcimento dos danos que causou[163]. No caso da responsabilidade objetiva, remanescem os mesmos requisitos, excluindo-se a necessidade de culpa ou dolo.

A rigor, portanto, desde que estabelecidos os requisitos acima expostos, seria estaria configurada a responsabilidade civil no âmbito das tratativas preliminares, aplicando-se, à espécie, o quanto disposto nos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil, por violação – culposa ou dolosa – da boa fé objetiva, ou não.

Nesse sentido, são os comentários do autor português Mário Julio de Almeida Costa que escreveu obra de notoriedade internacional a respeito do tema:

> Torna-se evidente a obrigação de indemnização por culpa na formação dos contratos, qualquer que seja o fato típico que a justifique e além das suas particularidades, depende da produção de um dano e da existência dos demais elementos da responsabilidade civil. Em caso de ruptura das negociações, aquele que a ocasiona não responde se com isso não cria prejuízo algum à contraparte, ou se, ainda que haja prejuízo, falta outro pressuposto do ilícito civil.
> (...)
> Observemos apenas o que há de peculiar no âmbito da responsabilidade pré contratual por abandono das negociações preparatórias. Antes de tudo, a respeito de seu facto indutor, desdobrando-se o tema na consideração de dois aspectos ou requisitos cumulativos: (a) que existam efectivas negociações e que elas tenham permitido ao contratante em relação ao qual se realiza a sua interrupção formar uma razoável base de confiança; (b) que a ruptura das negociações seja ilegítima.

Recepcionando a ideia da responsabilidade *aquiliana*, Espínola[164] que, durante muito, fora contestado pela posição da doutrina clássica, afirma que:

---

[163] Sobre o tema elementar, Cezar Peluso anota que "são elementos indispensáveis para obter indenização: 1) o dano causado a outrem, que é a diminuição patrimonial ou a dor, no caso de dano apenas moral; 2) nexo causal, que é a vinculação entre determinada ação ou omissão e o dano experimentado; 3) a culpa, que, genericamente, engloba o dolo (intencionalidade) e a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia), correspondendo em qualquer caso à violação de um dever preexistente. Em regram a exigibilidade da reparação subordina-se a um elemento subjetivo, o dolo ou a culpa, do causador do dano" (PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**. Barueri, SP: Ed. Manole, 2007. P.123). No mesmo sentido, NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7ª Ed., revista, ampliada e atualizada até 25.8.2009. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. P. 382/383.

[164] *Apud* FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 246. Contestando tal entendimento, menciona a autora: "esse pensamento, contudo, não evoluiu satisfatoriamente na comunidade jurídica nacional, de forma que nos anos seguintes poucos autores se ocuparam do tema, a maioria, negando-o. Os que admitiam a responsabilidade pré-contratual, o faziam de forma tímida, sem dedicar muita atenção ap assunto, não mais do que poucas linhas e muitas vezes impondo-lhes sérias restrições, como a exigência do dolo [na linha de Jhering, diga-se]no rompimento das negociações. Dentre os que tratam do tema já na vigência do diploma de 1916 e, portanto, mesmo sem previsão legal, destaca-se, Pontes de Miranda, Silva Pereira, Arnoldo Wald, Chaves, Arruda Alvim, Moreira Alves, Rosa Nery e Nelson Nery Junior, Lotufo, Martins-Costa, Junqueira de Azevedo, Basso e Noronha, dentre outros não menos ilustres citados ao longo do trabalho" (p. 247).

> Cumpre distinguir: ou o período precontratual leva a um resultado completamente negativo, irrealizável se torna o contrato por desacordo das partes; ou então a marcha natura das coisas conduz normalmente à conclusão do contrato, de tal sorte que a ruptura por uma das partes fere as justas expectativas da outra. Se na primeira hipótese não é lícito pensar em responsabilidade, na segunda manda a equidade, exige a boa fé comercial, que uma indenização compense os prejuízos que sofreu uma das partes, que viu, por ato da outra, frustradas suas legítimas esperanças. A natureza dessa responsabilidade precontratual é a mesma da responsabilidade geral, que decorre da culpa aquiliana; baseia-se nos princípios gerais de direito, ou mais estritamente, no princípio do neminem lerdere.

Caio Mário da Silva Pereira[165], ao discorrer sobre as tratativas preliminares em seu curso, menciona, expressamente, que entende ser o caso de responsabilidade *aquiliana*.

> Não obstante faltar-lhe obrigatoriedade, pode surgir responsabilidade civil para os que participam das negociações preliminares, não no campo da culpa contratual, porém da aquiliana, somente no caso de um deles induzir no outro a crença de que o contrato será celebrado, levando-o a despesas ou a não contratar com terceiro, etc. e depois recuar, causando-lhe dano. O fundamento do dever de reparação é o ilícito genérico, definido no nº 113, supra (vol. I). As negociações preliminares, repitamo-lo, não geram por si as mesmas obrigações para qualquer dos participantes. Elas fazem surgir, no entanto, deveres jurídicos para os contraentes, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres de lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo.

No mesmo sentido, são as colocações de Silvio Rodrigues[166] a respeito do tema:

> "Todavia, o abandono das negociações preliminares não pode ser arbitrário e injustificado, estribado no mero capricho de uma das partes. O início da fase de puntuação revela o propósito de contratar e
> cria, naturalmente, no espírito dos futuros contratantes, uma expectativa legítima de vir a concluir um negócio. Tal expectativa poderá conduzir, e no mais das vezes conduz, uma das partes a realizar despesas, a abrir mão de outros negócios, a alterar planos de sua atividade imediata. Ora, tal expectativa não pode ser frustrada pelo mero capricho de um dos contratantes, sem que incorra ele no dever de reparar os prejuízos porventura resultantes.
>
> Mas, como já apontei, tal responsabilidade só se caracteriza se houver comportamento censurável daquele que abandonou as negociações; pois, se não houve dolo, negligência ou imprudência de sua parte, sua atitude é inatacável, visto que constitui o exercício regular do direito de se recusar a contratar".

Independentemente da especificidade de que trata o presente estudo – violação da boa fé objetiva – é imperioso notar que, a rigor, a construção acima apontada, para os fins

---

[165] DA SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil.** vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 37-38.

[166] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 28ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. V. 3. P. 68/69. No mesmo sentido, Silvio Rodrigues cita Anônio Chaves e sua obra "Responsabilidade pré-contratual, São Paulo, 1959, Cap. III, n. 22. RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 28ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. V. 3. P. 68/69, nota de roda pé nº 93)

exclusivos da responsabilidade *aquiliana*, não está incorreta, de modo que, na linha dos arts. 186 e 927 do Código Civil, se preenchidos os requisitos, restará configurado o dever de indenizar.

Frise-se, nesse particular, que, durante as tratativas contratuais, ou não, o preenchimento de tais requisitos ensejaria a responsabilidade civil e o dever de indenizar. Por essa razão, cumpre anotar que não se pode afirmar, com nenhuma propriedade, que se trata de uma hipótese interna e específica relativa às tratativas preliminares, mas sim a expressão do *neminem laedere* no Código Civil de 2002.

Sem prejuízo dessa possibilidade – e respeitado o entendimento da doutrina acima citada que estabelece a responsabilidade subjetiva para o tema –, é imperioso notar que se discute a respeito da responsabilidade civil pelo rompimento das tratativas quando ocorre a violação das vedações (art. 187 do Código Civil) e deveres (art. 422 do Código Civil). Como se verá nos capítulos subsequentes, entende-se que a violação dos deveres e vedações decorrentes da boa fé objetiva enseja esta violação. Esta é a segunda teoria objeto do presente estudo, em relação à qual, abaixo, se passa a comentar.

A doutrina teoria que tenta solucionar a questão – sem a necessidade de adesão ao caso de responsabilidade subjetiva – sustenta a configuração do dever de indenizar independe de culpa e, portanto, ocorreria de forma objetiva, bastando provar o dano e o nexo de causalidade no âmbito da ruptura, ou no que deu causa à ruptura, das negociações preliminares.

Na Alemanha, por exemplo, houve manifestações da doutrina e da jurisprudência nesse sentido desde 1974. Anote-se, sobre o tema, o estudo em direito comparado de Karina Nunes Fritz[167]:

> Na Alemanha, essa corrente ecoou na jurisprudência do BGH, com atesta uma decisão paradigmática de 18.10.1974, na qual foi expressamente dispensada para a caracterização da violação do dever de lealdade na fase pré contratual. Na ocasião, o Tribunal entendeu persistir a responsabilidade pela interrupção das tratativas quando o agente, mesmo sem culpa, sabia que a contraparte tinha realizado despesas consideráveis para a realização do futuro contrato, o qual acabou não sendo celebrado.

[167] FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 262-263.

O direito brasileiro, diferentemente do que ocorreu na Alemanha, não desenvolveu a responsabilidade decorrente das tratativas preliminares no texto legal. Na verdade, como visto acima, a legislação não codificou especificamente o tema, remanescendo à doutrina e jurisprudência o exaustivo trabalho de estudar essa possibilidade com base na aplicação das teses oriundas dos princípios advindos do exterior.

A doutrina nacional se manifestou, inicialmente, sobre a matéria, conforme comentam Rosa Nery e Nelson Nery Junior, também comentados pela mesma autora de direito comparado, no sentido de que a responsabilidade em questão é objetiva. Transcreva-se[168]:

> Esse entendimento é compartilhado por vários autores, merecendo destaque na doutrina nacional os ilustres mestres Rosa Nery e Nelson Nery Junior que afirmam: 'assim como as teorias da base do negócio e da confiança (Vertrauenstheorie), a teoria da culpa in contrahendo, criava. A terminologia é inadequada para os padrões de hoje (a incidência da doutrina independe de culpa), mas a ideia é extremamente viva e atual [...].

José Alexandre Tavares Guerreiro[169] aborda o tema trazendo valiosas considerações a respeito da aptidão da aplicação boa fé objetiva para configurar a responsabilidade pré contratual:

> Na verdade, porém, a boa-fé, no sentido de lealdade e confiança recíprocas, é princípio básico e inafastável da teoria dos contratos, que norteia o comportamento ideal das partes que pretendem contratar. Daí porque, em última análise, a violação do dever da boa-fé representa, a nosso ver, o pressuposto da chamada responsabilidade pré-contratual, constituindo a única condição do dever de indenizar que se encontra na base de toda e qualquer lesão patrimonial decorrente da interrupção o cessação injustificadas das negociações preliminares.

Como se viu acima, a violação da boa fé objetiva advém da violação dos deveres estipulados pelo art. 422 do Código Civil, bem como pela configuração do abuso de direito (art. 187 do Código Civil). Na linha da corrente que advém da doutrina acima mencionada, quaisquer das duas hipóteses ensejam a configuração de responsabilidade civil independentemente de culpa, as quais serão, a seguir, especificamente analisadas em sua construção.

---

[168] FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 262-263. No mesmo sentido: PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**. Barueri, SP: Ed. Manole, 2007. P.124. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7ª Ed., revista, ampliada e atualizada até 25.8.2009. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. P. 391/393. BOULOS, Daniel Matins. **Abuso de Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006. P. 138/139.

[169] TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. **A boa-fé nas relações preliminares**. Revista de Direito Civil. EDCiv 16/1981. P. 65.

Para os fins do presente estudo e considerando que as hipóteses de violação do princípio da boa fé objetiva e de culpa (por se tratar de violação legal – omissão aos deveres e vedações) caminham juntas[170], reputa-se correto, para os fins do presente estudo, o entendimento de que a configuração da responsabilidade civil, nessas bases, não poderá depender de ambos os requisitos ou dessa construção teórica, bastando a violação ao princípio da boa fé objetiva para que, independentemente de culpa, reste configurado o dever de indenizar.

Em outras palavras, nos parece correto e lógico, pela natureza dos deveres e vedações de que tratamos, sustentar que se trata de caso de responsabilidade objetiva.

Feitas essas breves anotações a respeito do tema, cumpre, nas linhas a seguir, estudar de forma mais detalhada a construção da responsabilidade civil no âmbito das tratativas preliminares, com base nos arts. 422 e 187, cumulados com o art. 927, *caput*, do Código Civil.

[170] ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações no Direito Brasileiro**. Dissertação. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2003, p. 203.

3.3 Construção da responsabilidade civil nas tratativas preliminares com fundamento na boa fé objetiva

Inicialmente, cumpre trazer à baila que os deveres e imputações decorrentes do princípio da boa fé objetiva devem ser estudados sob duas óticas. A primeira, relativa à violação dos deveres impostos por este princípio (art. 422 do Código Civil); a segunda, pelo abuso de direito (art. 187 do Código Civil).

De forma ainda introdutória, é imperioso notar que os conceitos trazidos pelos arts. 187 e 422 do Código Civil têm uma diferença sensível, inclusive, na forma como a sua violação pode ocorrer para configuração da responsabilidade civil prevista pelo art. 927, *caput*, do Código Civil.

O abuso de direito decorre de atos tipicamente lícitos que, a rigor, estariam inseridos na liberdade contratual (art. 421 do Código Civil), mas que, em razão das circunstâncias do ambiente negocial violam a boa fé objetiva [171]. Por outro lado, a violação dos deveres impostos pela boa fé objetiva ocorre – ou pode ocorrer –, normalmente, diante de atos adotados, ou não adotados, nas tratativas preliminares [172].

A problemática que se coloca, nesse momento em particular, é, portanto, a diferença entre a construção da responsabilidade civil nas tratativas preliminares por abuso de direito e em decorrência dos deveres impostos pela boa fé objetiva, além de constatar se, efetivamente, há essa diferença.

Enfim, como se verá, ambas as construções remetem à responsabilidade civil, independentemente de culpa, e à aplicabilidade do art. 927 do Código Civil[173] em razão da

---

[171] Op. Cit. P. 66/67.
[172] Op. Cit. p. 50/51 e 100.
[173] BOULOS, Daniel Matins. **Abuso de Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 169: "Ademais, insta referir que a norma contida no artigo 187 do Código Civil brasileiro é norma de ordem pública e, portanto, inderrogável pela vontade das partes, além de poder ensejar a possibilidade de conhecimento oficioso (ex ofício) do abuso pelo juiz, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, não operando a preclusão e, inclusive, podendo ser alegada pelo Ministério Público nas ações nas quais sua intervenção se fizer necessária. Assim tem entendido reiteradamente, o Supremo Tribunal de Portugal.

violação do princípio da boa fé objetiva, sendo certo, contudo, que a sua construção ocorre de formas sensivelmente diferentes.

Essa é a análise que se passa a fazer nas linhas a seguir.

3.3.2 Responsabilidade pelo abuso de direito

O artigo 187 do Código Civil de 2002, claramente, decorreu da influência do § 242 do BGB, além das disposições posteriores do artigo 334 do Código Civil Português e do artigo 281 do Código Civil Grego (assuntos esses mencionados acima), com a finalidade de compelir o exercício abusivo de direitos em detrimento de terceiros.

A construção da responsabilidade civil com base no referido artigo – e sob a ótica da boa fé objetiva – ocorre, assim, da proibição e a determinação da conduta de acordo com esse princípio (no Brasil, notadamente o *venire contra factum proprium*, *supressio* e *surretio* [discute-se este especificamente]; *tu quoque* e o desequilíbrio abusivo no exercício de direito). Dessa forma, numa construção lógica a inobservância dessa vedação constitui ato ilícito e, assim, remete ao artigo 927, parágrafo único, do mesmo Diploma.

Nesse caso, não obstante a remissão ao art. 187 pelo art. 927, ambos, do Código Civil deflagrem, desde logo, a existência da responsabilidade civil pela constituição de ato ilícito, é imperioso notar que ausência de necessidade de culpa é, ainda, decorrente de sua interpretação lógica.

Realmente, o art. 187 do Código Civil estabelece que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. O referido artigo, como se vê, não estipula a necessidade de configuração de culpa para que reste configurado o ato ilícito por abuso de direito, sendo absolutamente razoável entender que, não tendo o legislador estipulado essa necessidade, o ato ilícito se configurará pela simples violação aos limites ao exercício abusivo de direito estatuídos pelo princípio da boa fé objetiva.

Repise-se, aqui, que a desnecessária configuração de culpa[174] e dolo se justifica, na verdade, por uma razão bastante simples: se fosse necessária a configuração de culpa ou dolo para a responsabilidade civil prevista pelo artigo 187, seria desnecessária a violação da boa fé objetiva, tendo em vista que o remédio legal estaria inserido no artigo 186. De mais a mais, relembre-se que a violação às vedações ao exercício abusivo de direito seria, de uma forma ou de outra, uma violação à lei, incorrendo em omissão aquele que não a observou[175].

Tal construção se mostra plenamente viável para os fins de reparação de dano por abuso de direito. Veja-se, nesse sentido, a conclusão de alguns estudos a respeito da matéria:

> [...] no momento em que alguém ultrapasse o limite existente entre a licitude e a ilicitude por qualquer dos meios definidos pelo Código como hábeis a fazer essa transição de um plano a outro, passando, então, a conduta ou omissão do agente, a fazer parte deste último plano, a pessoa assumirá o ônus de não causar danos a quem quer que seja, a fim de evitar o surgimento, para ela, do dever de repará-los[176].
>
> "Não exige a lei o elemento subjetivo, ou a intenção de prejudicar, para caracterização do abuso do direito, bastando que seja distorcido o seu exercício." [177]
>
> "Assim, no caso da ruptura das negociações, forçoso reconhecer que a violação da boa-fé e culpa sempre andam juntas, não havendo necessidade de se examinar a caracterização da segunda quando se tenha concluído pela presença da primeira"[178].
>
> "O descumprimento dos deveres laterais e infringência à confiança da outra parte, tudo como reflexo da boa-fé, indicam o descumprimento de um dever jurídico. Assim, quem rompe sem justa causa, ou seja, ilegitimamente, as negociações age com culpa, pois era conhecedor do dever jurídico que lhe cabia, tendo a possibilidade de cumpri-lo. Percebe-se, assim, coerentemente com o pensamento de que a responsabilidade pré-negocial pelo rompimento das tratativas situa-se no campo da contratualidade, que a culpa por tal proceder é presumida. Destarte, comprovando-se as tratativas, o grau de confiança por elas gerado e o seu rompimento, há uma presunção relativa de que o rompimento foi abusivo. Este raciocínio, contudo, não altera a sistemática vigente no sentido de que existe um direito subjetivo, oriundo do princípio da autonomia privada, ao rompimento das

---

[174] Ana Prata sustenta, para finalidade do direito português, a necessidade de culpa para responsabilidade pré contratual: "Para que se verifique a responsabilidade in contrahendo, é, em princípio, e nos termos do artigo 227, imprescindível que a violação do dever pré-contratual seja culposa. Fora dos casos em que a lei expressamente admite a existência de responsabilidade com dispensa de culpa, esta é, pois, requisito ineliminável da responsabilidade pré-contratual. (Op. Cit. 104, p. 155).

[175] "O descumprimento dos deveres laterais e infringência à confiança da outra parte, tudo como reflexo da boa-fé, indicam o descumprimento de um dever jurídico. Assim, quem rompe sem justa causa, ou seja, ilegitimamente, as negociações age com culpa, pois era conhecedor do dever jurídico que lhe cabia, tendo a possibilidade de cumprí-lo

[176] BOULOS, Daniel Matins. **Abuso de Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 103.

[177] (PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**. Barueri, SP: Ed. Manole, 2007. P.124) No mesmo sentido, NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7ª Ed., revista, ampliada e atualizada até 25.8.2009. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. P. 391/393. BOULOS, Daniel Matins. **Abuso de Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006. P. 138/139.

[178] ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações no Direito Brasileiro**. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2003. P. 204.

> tratativas. Não, porém, quando o comportamento do agente – aquele que as rompeu – implicou confiança e, logo, incentivo à boa-fé objetiva[179]".

A jurisprudência se manifestou em casos reconhecendo a configuração da responsabilidade civil nessas bases. Veja-se, nesse sentido, a casuística no capítulo subsequente.

Dessa forma, tem-se que, efetivamente, a responsabilidade pelo abuso de direito nas negociações preliminares existe no ordenamento jurídico brasileiro e a sua configuração, tanto pela interpretação do texto legal, quanto pela interpretação do conceito da violação objetivado ensejam a responsabilidade independentemente de culpa.

3.3.2 Responsabilidade pela violação dos deveres impostos pela boa fé objetiva nas tratativas preliminares

Como visto acima, a aplicabilidade do princípio da boa fé objetiva no âmbito do art. 422 do Código Civil impõe diversos deveres às partes nos contratos em geral – inclusive, em sua fase de formação, discussão que será superada no âmbito do presente estudo. Frise-se, em particular, que o referido dispositivo não faz alusão ao período das tratativas preliminares, mas tão somente ao período de conclusão e execução dos contratos.

Assim, para desenvolvimento de sua aplicabilidade e configuração da responsabilidade civil no âmbito das tratativas preliminares, cumpre, preliminarmente, verificar a amplitude do art. 422 do Código Civil e, por conseguinte, a configuração da responsabilidade civil de forma a ensejar o dever de indenizar.

---

[179] POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O rompimento das tratativas.** Pensamento Jurídico – Vol. III. Curitiba: Juruá, 2011. P. 265-266. No mesmo sentido, **Antonio CHAVES**: "consistindo no fato do declarante ter promovido uma aparência prejudicial para outrem, se ela foi criada voluntariamente é um embuste, e a ideia de culpa parece indiscutível. Se ela foi formada involuntariamente, constitui o resultado de uma negligência ou de uma imprudência mais ou menos repreensível por parte do autor, mas, em todos os casos, a culpa aparece nitidamente caracterizada. (...) A verdade é uma só: a culpa é elemento caracterizador da responsabilidade pré-contratual. E esse reconhecimento nem impede uma limitação razoável na condenação às perdas e danos, nem implica na admissão de uma reparação integral". (*Apud.* POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O rompimento das tratativas.** Pensamento Jurídico – Vol. III. Curitiba: Juruá, 2011. P. 265-266).

Fazendo uma análise sistemática[180] do art. 422 do Código Civil, verifica-se, desde logo, que a sua inserção no Título V (Contratos em Geral), Capítulo I (Disposições Gerais) e Seção I (Preliminares) do Código Civil, denota que, claramente, a intenção do legislador foi a sua aplicabilidade não apenas aos contratos.

Na verdade, por estar inserido no capítulo preliminar e precedente aos capítulos que, de forma superficial, regulamentaram a formação dos contratos, nos parece que na interpretação mais correta seria no sentido de que o art. 422 do Código Civil se refere não apenas à conclusão e execução dos contratos, mas também a sua formação, o que inclui o período das tratativas preliminares.

A doutrina posterior à vigência do Código Civil de 2002 sustenta o mesmo entendimento:

> Em verdade, mesmo antes de a relação obrigacional ser pactuada, já existe o contato social entre as partes. Os deveres de conduta emergem no momento das primeiras negociações, pois a boa-fé objetiva diz respeito à manutenção de palavra empenhada. Assim, a complexidade da da relação obrigacional apanha todo o processo relacional construído pelas partes, não se podendo dissociar os acertos e promessas inaugurais de tudo aquilo que se verificou após a subscrição do contrato.[181]
>
> 14. Boa-fé objetiva. Responsabilidade pré e pós –contratual. As partes devem guardar a boa-fé, tanto na fase pré-contratual, das tratativas preliminares, como durante a execução do contrato e, ainda, depois de executado o contrato (pós-eficácias das obrigações). Isso decorre de cláusula feral da boa-fé objetiva, adotada expressamente pelo CC 422. O BGB §242, que inspirou a norma brasileira sob comentário, mantém sua redação original, de 1896, que não menciona nem a fase pré-contratual, e nem por isso a doutrina e a jurisprudência deixaram de incluir aquelas duas circunstâncias no âmbito de sua aplicação (Borhmer. Grundlagen, v. II, t. II, §25, pp. 77/79 e §26, p. 99; Günther H. Roth. MünchKommBGB, v, II, pp. 114/228). Portanto, estão compreendidas no CC422 as tratativas preliminaries, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado (bb. CC462). Com isso os entabulantes – ainda não contratantes - - podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato (responsabilidade pré-contratual) e os ex-contratantes – o contrato já se

[180] "Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as consequentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma. Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, constrasteado pelo estudo de outros, pelos menos dos casos próximos, conexos; à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até à verdade geral". (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P.104).

[181] PELUSO, Cezar. Código Civil Comentado. Barueri, SP: Ed. Manole, 2007. P.316

> findou pela sua execução – também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais)[182].

A jurisprudência, por outro lado, não entende de forma diversa, conforme aduzido adiante em sede casuística.

Não foi por outra razão, aliás, que a I Jornada de estudos do Superior Tribunal de Justiça que, no Enunciado nº 25, prevê a incidência da boa fé objetiva nas fases pré e pós contratual, independentemente da limitação do texto legal[183]: "o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgado do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual".

Dessas considerações advém a primeira conclusão do presente capítulo, qual seja: o art. 422 do Código Civil e, consequentemente, as regras de conduta estipuladas pelo princípio da boa fé objetiva são plenamente aplicáveis ao período pré contratual. Em outras palavras – e conforme exaustivamente exposto – o art. 422 do Código Civil impõe obrigações às partes os quais deverão ser observados, ainda que nas tratativas.

Paralelamente, diferentemente do que ocorre com a hipótese do abuso de direito – art. 187 do Código Civil –, o art. 927 do Código Civil não menciona, expressamente, o art. 422 como hipótese de ato ilícito a violação dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa fé objetiva. É necessário nesse ponto específico, portanto, que o intérprete atue estabelecendo a configuração da responsabilidade civil na hipótese de violação de tais deveres.

Judith Martins-Costa[184], muito antes Código Civil de 2002, já havia comentado a respeito da aplicabilidade dos deveres decorrentes do princípio da boa fé objetiva no âmbito das tratativas preliminares e da existência de responsabilidade civil decorrente de sua violação:

---

[182] NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7ª Ed., revista, ampliada e atualizada até 25.8.2009. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. P. 536.

[183] Disponível em: http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/issue/current. Acesso em: 20 jul. 2013.

[184] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 427.

> Na responsabilidade pré-negocial, os deveres que se violam, portanto, não são os deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais, que em algumas hipóteses se concretizam previamente à formação do vínculo negocial, deveres de cooperação, de não-contradição, de lealdade, de sigilo, de correção, de informação e esclarecimento – em suma, deveres que decorrem da boa-fé objetiva como mandamento de atenção à legítima confiança despertada no futuro contratante e de tutela aos seus interesses.

Anote-se, aqui, a importância do entendimento trazido pela doutrinadora gaúcha, na medida em que a ilicitude da conduta, nesse caso específico, não decorre especificamente da ruptura, mas do agente que causou a ruptura. Explica-se: a ruptura das negociações pode ser legítima se ocorreu pela parte que descobriu que a contra parte vinha faltando com lealdade. Nessa medida, subsiste a responsabilidade construída pela ilicitude do ato e, ao mesmo tempo, a legítima ruptura das negociações, o que, na verdade, justifica a separação da análise do art. 187 e 422 do Código Civil.

Assim, na linha da construção ora proposta, não é necessariamente a parte que rompeu as negociações preliminares que poderá ser responsabilizada, mas sim a parte que deu causa à ruptura em violação aos deveres impostos pelo princípio da boa fé objetiva.

Foi nesse contexto que o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil estabelecendo que "em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa[185]".

As disposições trazidas pelo Superior Tribunal de Justiça, se interpretados em sua literalidade jurídica, atrelam a construção da responsabilidade por inadimplemento obrigacional propriamente dito e, se assim considerado, remete ao art. 389 do Código Civil[186] e ao dever de indenizar nele estabelecido.

Nessa linha, entender-se-ia que os deveres anexos ao princípio da boa fé objetiva deverão ser interpretados como obrigações e, assim, suas consequências são tratadas no

---

[185] Disponível em: http://www.stj.jus.br/publicacaoseriada/index.php/jornada/issue/current. Acesso em: 20 nov. 2013.

[186] Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

ambiente das normas gerais do direito obrigacional, inclusive, para fins de responsabilidade civil e dever de indenizar.

A doutrina a respeito do tema é escassa, sendo certo que, na investigação realizada, verificou-se que, sobre a responsabilidade pré contratual, os esforços se focaram na hipótese específica da ruptura e não da violação aos deveres durante as negociações propriamente dita.

Parece, contudo, extremamente razoável ao presente estudo sustentar que a violação de deveres – obrigações – no âmbito das tratativas enseja a aplicação da norma contida no art. 389 do Código Civil, até por se tratar de norma contida no Livro Geral do Código Civil e, portanto, aplicável a toda a matéria.

Demonstrada a existência e a construção da responsabilidade em razão da violação, cumpre aqui fazer uma reflexão. Da mesma forma que ocorre entre o abuso de direito e seria razoável argumentar que a violação de deveres atinentes à conduta imposta pelo art. 422 do Código Civil não necessitam da comprovação de culpa?

O raciocínio aqui aplicável para afastar tal requisito é idêntico. Ora, se uma determinada parte deixa de atender às regras de conduta impostas pelo princípio da boa fé objetiva, é plenamente razoável sustentar que tal parte se omitiu – e assim violou – o art. 422 do Código Civil. Poder-se-ia, na verdade, equiparar ao caso de omissão ou negligência do agente aos deveres que o art. 422 do Código Civil lhe impõe[187].

Dessa forma, considerando a subsistência dos dois requisitos em uma só violação, não se mostra razoável, da mesma forma que ocorre com o abuso de direito, se pretender a existência de culpa para configuração da responsabilidade pela violação dos deveres impostos pelo art. 422 do Código Civil[188].

Por esse mesmo motivo que o enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça foi expresso ao determinar que constitui hipótese de inadimplemento independentemente de culpa[189].

---

[187] Op. Cit. 177, 178, 179 e 180.
[188] Conf. Cristiano Zanetti. P. 165 e 202. Op. Cit. p. 100.
[189] Op. Cit. 186.

Não restam dúvidas, portanto, da existência da responsabilidade civil nas negociações preliminares, independentemente de culpa, com base na violação dos deveres impostos pelo princípio da boa fé objetiva, cuja construção difere-se daquela tratada em sede de abuso de direito, na medida em que as interpretações hoje existentes indicam a aplicabilidade do conceito de inadimplemento obrigacional.

4 CASUÍSTICA

4.1 Caso dos tomates

Durante a década de 80, do século XX, a Companhia Industrial de Conservas Alimentícias – CICA distribuía sementes de tomates a agricultores gaúchos para que os mesmos as plantassem, sob a promessa de comprar a produção futura, mas sem que qualquer contrato escrito fosse celebrado.

Ocorre que, na safra de 1987/1988, a empresa distribuiu as sementes aos produtores rurais, como era usual, e, no entanto, após a sua plantação e colheita, recusou-se a adquirir a produção, o que gerou prejuízos a diversos agricultores do Rio Grande do Sul e deu causa ao ajuizamento de ações que visavam a reparação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em inovadora decisão, entendeu que, não obstante a inexistência de contrato escrito, a empresa havia agido em inobservância dos ditames da boa-fé objetiva em razão da quebra da confiança despertada nos produtores, responsabilizando-a pelos danos advindos da ruptura injustificada das negociações[190].

No caso em questão, muito embora, a rigor, houvesse um acordo verbal, entendeu-se que, na hipótese de quebra da confiança, relativamente a uma contratação futura, por violação à boa fé objetiva, resta configurado o dever de indenizar. Judith Martins-Costa comenta o entendimento exarado no julgado:

> Na formação do raciocínio, considerou: a) a existência de prova do relacionamento da empresa com os produtores: esta entrava em contato com os agricultores através de intermediários, os transportadores, encarregados de distribuir as sementes na época; b) a habitualidade do procedimento; c) o fato de, na safra 87/88, a companhia ter sido comunicada, pelos transportadores, de que haveria 'muitos agricultores querendo plantar', o que motivou a sua decisão de doar as sementes, entregando-as

[190] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 591028295. Canguçu. 5ª Câmara Cível. Desembargador Relator: Ruy Rosado Aguiar Junior. J. 6.6.1991.

> aos transportadores; d) a circunstância de, habitualmente, não existir contrato escrito de promessa de compra e venda, mas tão-só 'uma intenção da Cica de comprar o produto, se lhe fosse conveniente', conveniência essa que não se manifestara na indigitada safra porque, em relação à 'quantidade do produto que entraria, constatou-se que era pouca para a mobilização que precisaria ser feita na empresa'; e) a existência de prova da distribuição na safra 87/88[191].

Enfim, o caso é claro a respeito da configuração da responsabilidade extracontratual pela quebra nas tratativas.

4.2 Caso do posto de gasolina

Cuida-se de ação indenizatória proposta pelo proprietário de um posto de gasolina que, após tratativas com possível comprador para aquisição do posto e contratação de advogado para elaboração do contrato de compra e venda, não se conformou com a desistência do comprador. O autor requer, portanto, a indenização pelas perdas e danos decorrentes de tal desistência.

Em sua defesa, o comprador alegou que não poderia ser responsabilizado pela não realização do negócio, já que não havia sido avisado pelo vendedor que ele não era o único sócio da empresa, ou seja, que o vendedor estava se comprometeu a vender um número de cotas superior ao que ele possuía de fato.

A Ação foi julgada improcedente em primeira instância, tendo sido tal decisão confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que entendeu que, não obstante haver o dever de responsabilidade na fase pré-contratual decorrente da *culpa in contrahendo*, esse dever não é absoluto, de forma que se um dos contratantes tem motivo suficiente e comprovado para desistir do negócio, não lhe pode impor o ônus de arcar com as despesas decorrentes do cancelamento do ato:

---

[191] MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999, p. 476.

> Responsabilidade pré-contratual. culpa in contrahendo. Alienação de quotas sociais. É possível o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, fundada na boa-fé, para indenização das despesas feitas na preparação de negócio que não chegou a se perfectibilizar por desistência de uma das partes. No caso, porém, o desistente agiu justificadamente. Cessão de totalidade das ações por quem apenas detinha parte do capital (Ap. Civ. 591017058, Porto Alegre, TJRGS, 5ª Cam. Civ., relator Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. em 25.04.1991, unânime, publicado in RJTJRGS 152/605).

Este caso, analisado *contrario sensu*, demonstra a plena aplicabilidade dos deveres decorrentes da boa fé objetiva nas tratativas preliminares e, assim, claramente permeia a legitimação ou não de uma ruptura.

4.3 Caso do fiador

Cuida-se de caso em que o fiador de contrato de locação que foi inadimplido pelo locatário pretende a declaração da inexigibilidade do débito locatício em face do locador por violação ao dever da boa fé objetiva. Em que pese o inadimplemento, o locador, sem comunicar o fiador, tentou, sem sucesso, a celebração de acordo com o locatário. Meses depois, o locador ajuizou ação de despejo, tendo recebido as chaves em Julho/2010.

No caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a omissão da locadora quanto ao descumprimento do contrato pelo locatário, após anos de inadimplemento, é comportamento infringente ao dever de proteção decorrente da boa fé objetiva, de modo que foi tolhido do fiador o direito à adoção de providências acautelatórias para resguardar eventual débito que viesse a ser imputado.

Muito embora o caso decorra de obrigação contratual de fiador, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que é conduta violadora da boa fé objetiva a negociação de acordo com o locatário sem a presença do fiador. De mais a mais, como principal ponto de interesse para os fins do presente estudo, a fundamentação reconhece, expressamente, a hipótese de incidência da boa fé objetiva no âmbito das tratativas preliminares e a responsabilidade civil decorrente de sua violação, confira-se:

> O dever de boa-fé objetiva exsurge deveres acessórios de conduta, como o deportação da contraparte, presentes nas fases pré-contratual, de execução e pós-contratual, pois derivada da necessidade de um contratante não lesar o outro (alterum non ladere) para o bem da convivência social. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 007984-22.2011.8.26.0011. 32ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator: Hamid Bdine. J. 25.4.213).

Assim, muito embora o caso não se trate de um *leading case* de responsabilidade pré contratual, entendo ser importante ver o reconhecimento, ainda que de forma limitada, do conceito na jurisprudência.

4.4 Caso do *Big Brother* Brasil 6

Cuida-se de ação indenizatória ajuizada contra a Rede Globo na qual o autor alega, em síntese, que: (i) participou do processo seletivo para participação do programa "Big Brother Brasil 6"; (ii) foi surpreendido com a equipe de produção da Globo em sua residência informando que fora aprovado no processo seletivo; (iii) a produção da Globo o teria instruído para se desvincular de questões pendentes, inclusive seu emprego, o que culminou na rescisão de seu contrato de trabalho; (iv) se dirigiu, assim, para a cidade do Rio de Janeiro ficando em um hotel sem contato nenhum com qualquer pessoa que não fosse da produção; (v) poucos dias depois, assinou u contrato de prestação de serviços com a Globo, relativamente à sua participação no programa; e (vi) algumas horas depois recebeu a visita da produtora do programa que informou que não seria possível a participação do autor no programa, na medida em que teria relações pessoais com pessoa que trabalha na Globo e, assim, ao ter supostamente, faltado com a verdade em uma das perguntas da ficha de inscrição, o autor estaria desclassificado.

Diante desses fatos, repugnando a conduta da Rede Globo e negando os fatos que lhe foram imputados pela produtora, o autor ajuizou a ação de pleito indenizatório. O julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi emblemático para a responsabilidade pré contratual decorrente da violação dos deveres da boa fé objetiva. Transcreva-se:

> A Globo alega que Leandro omitiu ter relacionamento com pessoas do alto escalão da emissora, mas, em nenhum momento, disse quem eram essas pessoas, e nem comprovou a existência desse círculo de amizades. Apenas passou essa nota oficial, em rede nacional, sem nada explicar, nem mesmo na presente demanda.

> Dessa forma, a Globo tinha a obrigação de cumprir integralmente o contrato apresentado a Leandro e por ele assinado, permitindo a participação no Reality Show Big Brother 6. As Atitudes da emissora causaram em Leandro uma justa expectativa de participar do programa e de formalizar um contrato com a emissora, sendo que a frustração dessas expectativas, sem justificativas plausíveis, é ilícita e repudiada pelo ordenamento jurídico, pouco importando que o contrato não estivesse ainda assinado pela emissora. Há aqui a denominada responsabilidade pré contratual, em virtude da afronta ao princípio da boa fé objetiva e aos deveres secundários de conduta, como por exemplo, o dever de lealdade que devem pautar toda e qualquer relação jurídica (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 492.422.4/5. 7ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator: Luiz Antonio Costa. J. 21.3.2007).

Mais uma vez, portanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo demonstrou que não se discute a existência da responsabilidade contratual aqui deflagrada, notadamente, neste caso, pela violação de dever decorrente da boa fé objetiva, o que, a rigor, configura ato ilícito, independentemente de culpa, e o dever de indenizar, como ocorreu no caso.

4.5 Caso *Chrysler*

Nesse caso, foi ajuizada ação de indenização por danos morais e materiais contra a Chrysler do Brasil, em razão do rompimento unilateral das tratativas relação à aquisição de imóvel e de despesas com projeto de construção e parceria para venda de automóveis desta bandeira. Em sede de 1º Grau, a ação foi julgada parcialmente procedente, tendo sido caracterizada a responsabilidade da Chrysler pelo rompimento injustificado das negociações de forma culposa, frustrando a legítima expectativa dos Autores no sentido de que o contrato seria celebrado.

Segundo o quanto relatado no v. acórdão dos embargos infringentes, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu que houve violação à boa fé objetiva e, assim, subsistiria o dever de indenizar por parte da Chrysler. Confira-se o principal trecho do acórdão nesse sentido:

> O d. Juízo ‘ad quem’ estabeleceu, igualmente, estar caracterizada ‘a responsabilidade da recorrente pelo rompimento da negociação preliminar inopinada e emotivamente, causando, então, culposamente, prejuízo, em razão da conduta com lesão da praxe comercial da própria recorrente, ao induzir nos recorridos a crença de que o contrato seria celebrado.

> A conduta da ré causou desequilíbrio entre os contratantes, por ela se apegar, certamente, ao 'dogma absoluto' da liberdade de contratar e, bem por isso, poderia se recusar a concluir a avença iniciada, já que a recusa consistia em 'exercício regular de um direito – o direito de não contratar'. Todavia, 'o exercício irrestrito do direito de não contratar – exarcerbação do axioma da autonomia da vontade – cedeu lugar ao imperativo de ressarcir os danos injustificadamente causados à outra parte'. Nesse ordem, 'em última análise, a violação do dever da boa fé representa, a nosso ver, o pressuposto da chamada responsabilidade pré contratual, constituindo a única condição do dever de indenizar que se contra na base de toda e qualquer lesão patrimonial decorrente da interrupção ou cessação injustificada das negociações preliminares' [cf. Artigo de José Alexandre Tavares Guerreiro – 'A boa-fé nas negociações preliminares', publicada na Revista de Direito Civil 6, p. 48];
>
> Por isso, e uma vez entendido que a ré tece atitude contrária à boa-fé, não poderia deixar de responder por danos, efetivamente, sofridos pelos autores. E, por isso, acabou, acertadamente, condenada pelos Juízos monocráticos e coletivo.

Trata-se, portanto, de caso em que se reconhece a responsabilidade civil pela ruptura das tratativas preliminares em decorrência do abuso de direito (artigos 187 e 927 do Código Civil). No caso, o direito "em abuso" é o da autonomia da vontade de não contratar após o desenvolvimento das tratativas. Em outras palavras, portanto, a Chrysler, como se sabe, não está obrigada a contratar ainda em sede de tratativas preliminares, contudo, caso venha a exercer o seu legítimo direito de romper as tratativas, ela deverá arcar com as perdas e danos que vier a causar pela frustração indevida de uma expectativa criada para com a outra parte.

4.6 A singela manifestação do Superior Tribunal de Justiça

Uma das grandes dificuldades encontradas por meio do estudo da jurisprudência foi o fato de serem poucos os julgados encontrados que, efetivamente, trataram da matéria junto no Superior Tribunal de Justiça. Não se faz aqui a crítica pelo fato da matéria não ter sido amplamente apreciada por esta Corte, mas tão somente se anota a dificuldade em razão da impossibilidade de discussão de matéria fático probatória.

Como se sabe, existe o Superior Tribunal de Justiça veda o seguimento de recursos que envolvam o reexame de matéria de fato e provas – Enunciados das Súmulas nº 5 e nº 7 –, de modo a limitar sua atuação tão somente à matéria de direito.

Dessa forma, considerando que os casos que envolvem o tema ora debatido, normalmente, devem ser analisado com base nas circunstâncias que permeiam os negócios e na conduta das partes nas negociações, a missão de levar esse tipo de caso para discussão perante o Superior Tribunal de Justiça se torna um tanto quanto árdua.

De toda forma, adotando-se como termo de pesquisa os termos “tratativas preliminares” e “boa fé objetiva”, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça apresenta um caso que debateu a matéria o qual passo a analisar.

Cuida o caso de ação anulatória de Assembleia Geral Ordinária, na qual os sócios minoritários requereram a anulação do ato societário, em razão de supostas negociações prévias entre os acionistas minoritários e majoritários para manutenção de Conselheiros representantes dos sócios minoritários na administração da sociedade. Em síntese, a sócia majoritária teria se comprometido a manter os conselheiros e a não destituí-los e, todavia, no Ato da Assembleia, optou por excluir os conselheiros.

Assim, na linha dos argumentos lançados pelos acionistas minoritários, a Assembleia Geral Ordinária deveria ser anulada, tendo em vista que teriam sido violados os deveres estabelecidos pela boa fé objetiva e a sócia majoritária teria agido com abuso de direito.

Em 2º Grau, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, havia concluído que “a inobservância do acordo levou ao afastamento dos administradores indicados pelas recorridas MOSAIC e OUTRA, o que implicou ato ilícito, na medida em que aplicado com violação ao princípio da boa fé objetiva e ainda com abuso de direito”.

O Superior Tribunal de Justiça, em que pese reconhecer a aplicabilidade do princípio da boa fé objetiva, apresentou entendimento no sentido de que:

> [...] segundo o princípio da especialidade, consubstanciado no brocardo jurídico ‘lex sepeciallis derrogat generalis’, a lei de natureza geral, mesmo que posterior, não prevalece sobre a lei especial já existente ao tempo de sua vigência, exceto quando expressamente o declare, quando com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Fixada a premissa hermenêutica e regência que seria aplicada, asseverou o voto condutor que:

> [...] não há falar [sic] em aplicação dos princípios gerais de direitos à reserva mental e ao abuso de direito (arts. 110 e 187 do Código Civil) para fundamentar o r. decisium, se há disposições legais específicas que contemplam as res in judicio deducta, tais como os supra mencionados nos artigos 1089 do CC e 118 da LSA.

Segundo a Corte a existência de artigos de lei que concediam o direito à sócia majoritária a votar e exercer os seus direitos como bem entendesse afastaria a aplicabilidade dos deveres gerais impostos pela boa fé objetiva. Paralelamente, o Superior Tribunal de Justiça sustentou, ainda, que "ante a peculiaridade do caso, em que sequer as tratativas preliminares foram concluídas pelas partes, inexiste ofensa ao princípio da boa fé objetiva".

Enfim, sem grandes delongas a respeito do caso, o fato é que o I. Ministro Massami Uyeda, nesse acórdão, exarou voto – vencedor, diga-se – afastando a responsabilidade civil pela violação à boa fé objetiva na ruptura das tratativas preliminares não concluídas, o que, na verdade, vai de encontro com o posicionamento de muitos dos acórdãos acima mencionados, bem como ao escopo desse próprio estudo.

De mais a mais, anote-se que, especificamente a respeito do tema do presente trabalho, o acórdão se mostra de todo superficial, na medida em que o remédio, desde logo, encontrado para provimento do recurso está pautado, diretamente, em questões de regência e não propriamente na violação da boa fé objetiva nas tratativas preliminares. Espera-se, todavia, que outros casos de mesma natureza e de circunstâncias regenciais diversas possam ser levados ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de que o entendimento, até aqui, lançado sobre a matéria seja debatido de forma mais profunda e em casos em que se entenda pela ampla aplicabilidade do princípio.

4.7 Caso *Siemens* e o entendimento trazido pelo Des. Sylvio Capanema de Souza

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro exarou acórdão irreparável a respeito da matéria, tendo sido reconhecido, expressamente, que, muito embora as partes

tenham, efetivamente, o direito de romper com as tratativas preliminares, a violação da boa fé objetiva poderá lhes ensejar a responsabilidade pelas perdas e danos que vierem a causa.

O caso se cuida de negociação de um contrato de locação em que, após a aproximação, as partes passaram a trocar minutas, a fim de discutir os detalhes da avença. Em síntese, entendeu-se que, no caso, a conduta das partes e a postura contratual adotada levara à conclusão lógica – expectativa – de que o contrato seria celebrado e, uma vez tendo sido imotivadamente frustrado, surge o dever de indenizar, ainda que na fase negocial.

Transcrevem-se os principais trechos relatados pelo Des. Sylvio Capanema:

> Em que pese o respeito devido ao emitente Relator original, cujos méritos intelectuais sempre admirei, e também louvável e eficiente esforço dos doutros patronos da apelada, está a merecer reforma a decisão apelada, que se afastou da prova dos autos e dos princípio que devem hoje orientar as relações contratuais.
>
> O que se discute neste processo é um dos temas mais instigantes de todo o direito obrigacional, e que diz respeito à chamada responsabilidade pré-contratual, decorrente da interrupção das tratativas.
>
> É mais do que sabido que as tratativas, em princípio, não se revestem de força obrigatória, sendo lícito às partes interrompê-las, independente de perdas e danos.
> (...)
> Mas isto não significa que as partes possam agir, impunentemente, durante as tratativas de modo a inflingir dano a outrem.
>
> Muito antes do advento do novo Código Civil, já se assentara a doutrina, com apoio pretoriano, no sentido de que responsaria por perdas e danos a parte que, durante as tratativas, agisse de tal forma convincente que incutisse na mente da outra a certeza de que o contrato seria firmado.
>
> Nestes casos, seria lícito à parte supor que o contrato se aperfeiçoaria e a retirada das tratativas lhe geraria a frustração, e até mesmo dano material, se já tivesse ela se aprestado para cumprir o contrato.
> (...)
> Aquele que, na fase preliminar do contrato, se comporta de maneira convincente, s incutir na outra certeza que o celebrará, e, depois, se retira, está a abusar de seu direito de interromper as negociações, e por isto deverá responder, a teor do que dispõem os artigos 186, 187 e 927 do novo Código Civil.

O entendimento exarado pelo Desembargador e doutrinador Sylvio Capanema reconhece a existência da responsabilidade defendida no presente estudo, mas traz como requisito primordial a atuação do agente no sentido de que o contrato seria, efetivamente, celebrado, ou seja, numa aproximação de fato.

O referido acórdão, portanto, muito embora reconheça a tese de que trata esse estudo, traz como requisito uma aproximação, claramente, grande entre as partes e não apenas a existência de confiança que, na opinião de muitos doutrinadores, como visto, é o momento de incidência da responsabilidade pré contratual.

4.8 Caso EMI Music Ltda.

Cuida o caso de ação indenizatória ajuizada pela ANTENA UM RADIOFUSÃO LTDA. em face da EMI MUSIC LTDA., requerendo a condenação desta ao pagamento de indenização por ter produzido CD de sua marca sem prévia autorização, inobstante as partes estarem em período de negociação de veiculação publicitária. Em contestação, a EMI MUSIC asseverou que o contrato que vinha sendo negociado teria sido concluído e, em sede de reconvenção, pleiteou as perdas e danos relativos aos custos para produção dos CD`s.

As colocações trazidas pelo acórdão a respeito da questão as tratativas e da responsabilidade que envolve são essenciais:

> [...] A presente controvérsia fira em torno da válida formação do contrato de veiculação publicitária entre as partes. Verifica-se, com efeito, que, de fato, a segunda apelante antecipou-se. O contrato em questão não chegou a ser formalmente pactuado, eis que não consta, nos autos, qualquer cópia do instrumento em que se possa verificar a existência de todas as assinaturas necessárias à comprovação do mútuo consentimento.
>
> Como é sabido, a manifestação de vontade da parte deve se expressa, somente se admitindo a manifestação tácita na presença de cláusula contratual autorizativa, o que não se verifica no caso. É de ressaltar, ainda, que as minutas, simples projetos de contrato, não vinculam as partes, razão porque, neste momento, o contrato ainda não é formado.
>
> Entretanto, não se pode esquecer que, mesmo no campo das negociações contratuais preliminares, vigora o Princípio da Boa-Fé Objetiva. De acordo com esse postulado – que deve nortear a conduta daqueles que estão em vias de contratar – as partes devem agir com lealdade recíproca no período das tratativas: se uma das partes, por sua atitude, cria para outra expectativa de contratar, e, em razão dessa fundada expectativa, são realizadas despesas tendentes a viabilizar a própria realização do negócio, a posterior negativa desmotivada dá ensejo ao dever de indenizar. Há, portanto, uma responsabilidade civil pré contratual fundada na culpa que, assim, deve regular-se pelo artigo 159 do Código Civil.
>
> Percebe-se, desse modo, que nem sempre as negociações preliminares são irrelevantes, uma vez que, em alguns casos, podem ensejar o dever reparatório

> fundado no Princípio do Interesse Contratual Negativo, isto é, na frustração da fundada esperança de contratar.
>
> No caso ora em exame, resta caracterizado, de forma bastante clara, o interesse contratual negativo da segunda apelante: as correspondências trocadas pelas partes, acostadas aos autos às fls. 76/97, não comprovam, é certo, a válida formação do contrato, mas demostram, isto sim, o avançado estágio em que se encontravam as negociações do contrato
>
> A matéria relacionava-se, tão-somente, à escolha do elenco musical para constar do CD a ser produzido. Uma vez ajustado tal elenco, a segunda apelante passou a providenciar as necessárias autorizações dos titulares dos direitos autorais das músicas selecionadas – o que, naturalmente, não traduz tarefa simples. Tal fato, como comprovado às fls. 86/87, foi conhecido pela primeira apelante, que em nada opôs. Não se pode obscurecer do pleito, também, que a segunda apelante, por força da expectativa de contratar, procedeu à elaboração e produção do CD, dendo gasto, por tal motivo, a quantia de R$ 21.608,63
>
> Todavia, não há o que indenizá-la nesse caso. A referida quantia foi inteiramente coberta pelo valor recebido com a indevida comercialização do CD (fls. 180) – como já ressaltado, o contrato ainda não estava formalizado e, portanto, não estava autorizada, a segunda apelante, a comercializar o produto. Sua indenização deve ser restrita ao que efetivamente gastou, pois este é o real montante do dano material por ela suportado. Não pode pretender, afinal, ser ressarcida como se o contrato estivesse validamente formado.

Em que pese o resultado do julgado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro se mostrou um adepto da matéria de responsabilidade pré contratual pautada na boa fé objetiva, estabelecendo que, considerando o avanço das negociações, é de se esperar que as partes estejam obrigadas a adotar atos e conduta de acordo com os deveres da boa fé, o que, aliás, pode ensejar a responsabilidade civil e o dever de indenizar.

Contudo, ao contrário do que se estudo atualmente, o referido julgado menciona a necessidade de configuração de culpa do agente para que haja o dever de indenizar.

Não obstante, uma particularidade que merece atenção a respeito desse acórdão, é o fato de ter sido proferido antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o que demonstra, sob qualquer ótica, um entendimento já existente na época.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no presente estudo, buscou-se fazer a construção dos deveres e vedações decorrentes da boa fé objetiva durante as negociações preliminares e, por conseguinte, os requisitos de configuração de responsabilidade civil pela violação às normas de conduta. Viu-se que tal construção advém das disposições contidas nos artigos 187, 389, 422 e 927 do Código Civil de 2002, Após tecer páginas a respeito do tema, tem-se que as principais conclusões advindas do tema investigado são:

(i) o atual ambiente negocial possibilita negociações de elevada complexidade, que podem se prolongam, muitas vezes, por anos. Paralelamente, a complexidade envolvente, a globalização e a tecnologia, tornam a negociação de contratos um ambiente de constante mutação, de modo que o desenvolvimento da legislação específica, muitas vezes, não acompanha a infinidade de situações criadas dentro dessas novas conjunturas. A partir desse aspecto surgiram regras gerais como o princípio da boa fé objetiva, estabelecendo normas de conduta que se amoldam à situação específica;

(ii) diante da complexidade advinda dessa nova ordem mundial, as tratativas passaram a ser um momento de extrema importância na formação dos contratos, muitas vezes envolvendo investimentos de grande vulto e, consequentemente, a possibilidade de significantes prejuízos – intangíveis, inclusive – em razão de uma eventual ruptura;

(iii) tal importância, aliás, ensejou a criação de modalidades de contratos preliminares e paralelos às negociações que pudessem resguardar os interesses das partes durante a fase negocial, como é a carta de conforto e o acordo de não divulgação – que podem, dependendo de seu conteúdo, ser considerados contratos efetivos e independentes –, o que, muitas vezes, têm por objeto deveres que já seriam decorrentes da própria boa fé objetiva no âmbito das negociações. Na verdade, esses instrumentos nada mais são do que uma garantia efetiva do cumprimento de algumas obrigações de negociação específicas, visando dar mais segurança à fase de negociação e, normalmente, são atrelados à cláusula penal;

(iv) a boa fé objetiva tem raízes muito claras no direito alemão, italiano e português, sendo certo que, no Brasil, comparando-se com o tempo de cura que tal preceito existe nos referidos ordenamentos jurídicos, o conceito se mostra, ainda, em fase de fixação;

(v) no Brasil, a boa fé objetiva foi concebida na codificação de 2002 pelos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil, os quais retratam um princípio de ordem geral, aplicável casuisticamente e que importam em normas de conduta, o qual se divide em regra de interpretação (art. 113), deveres de conduta (art. 422) e vedações ao exercício abusivo de direitos (artigo 187);

(vi) a legislação brasileira não prevê propriamente a aplicação da boa fé objetiva nas tratativas preliminares e nem regulamenta, especificamente, essa fase contratual. Na verdade, o Código Civil se mostra omisso com relação à matéria, na medida em que as disposições da lei a respeito da formação do contrato partem do momento posterior, qual seja, o da proposta e o da aceitação. Faz-se, assim, a crítica sobre esse ponto, na medida em que, conforme mencionado, a possível complexidade e as atuais circunstâncias das negociações preliminares são de extrema importância para o sucesso das contratações e dos negócios no Brasil, de modo há clara necessidade de regulamentação da matéria, sob pena, inclusive, de serem criados maiores entraves para realização fomento da atividade mercantil, o que deveria ser incentivado pela legislação para aquecimento da economia, por meio da segurança jurídica;

(vii) as normas de conduta estipuladas pela boa fé objetiva são amplamente aplicáveis à fase das tratativas preliminares da formação do contrato, tanto pela interpretação sistemática da posição que os arts. 187 e 422 ocupam no Código Civil, gerando a sua aplicação geral à matéria contratual como um todo. Frise-se, aliás, que se trata de uma questão lógica, na medida em que a matéria pré contratual tem reflexo essencial no contrato em si, de modo que a inobservâncias dos deveres de conduta e proibições refletirá no próprio contrato e em sua execução. Em outras palavras, não faz sentido lógico tentar sustentar que as tratativas preliminares não estão sujeitas às regras estipuladas pela boa fé objetiva (arts. 187 e 422 do Código Civil);

(viii) a aplicabilidade das normas de conduta da boa fé objetiva se referem (a) às vedações ao abuso de direito (art. 187) que, especificamente, nos parece ser cabível tão somente com relação ao *venire contra factum propriu*, o *tu quoque*, e a vedação ao exercício de direito que venha a desequilibrar a relação jurídica a tornando excessivamente onerosa a parte adversa; e (b) aos deveres de conduta advindos da aplicação do art. 422 do Código Civil às negociações preliminares;

(ix) a responsabilidade civil nas tratativas preliminares é construída sob suas óticas. A primeira, por abuso de direito, relativamente ao exercício abusivo posição jurídica em detrimento de outrem (artigo 187 e, consequentemente, 972 do Código Civil). Nesse caso, o livre exercício de um direito, ainda que, a rigor, lícito, poderia não coadunar com a boa fé objetiva, principalmente, no tocante às circunstâncias em que as negociações estão inseridas. A segunda se refere aos deveres impostos às partes durante as negociações em decorrência da boa fé objetiva, notadamente, com fundamento nos artigos 422 e 389 do Código Civil. Nessa hipótese, entende-se que os deveres decorrentes do art. 422 do Código Civil constituem obrigações e, o seu inadimplemento, importam em dever de indenizar. Note-se que a construção não necessariamente se refere àquele que rompeu as tratativas, mas sim ao agente que violou os deveres impostos pela boa fé e, potencialmente, deu ensejo ao rompimento das tratativas.

(x) a responsabilidade civil decorrente da violação do princípio da boa fé objetiva nas tratativas preliminares independe de culpa. Em primeiro lugar, na medida em que o descumprimento aos deveres e limitações impostos pela boa fé, por si só, importam na transgressão de um dever jurídico e, se assim admitido, se integram nas hipóteses de culpa – por omissão ou negligência, p. ex. –, de modo que se denota desnecessário o requisito propriamente dito para finalidade dessa hipótese de responsabilidade civil. Em segundo plano, é imperioso notar que, se fosse necessária a demonstração de culpa, estar-se-ia diante da hipótese de responsabilidade civil estabelecida pelo art. 186 do Código Civil e, dessa forma, seria absolutamente desnecessário desenvolver a teoria em razão da violação da boa fé objetiva. Por fim, sob uma ótica mais literal, anote-se que o art. 187 do Código Civil não elenca, dentre os requisitos para configuração da ilicitude, o ato culposo do agente.

Com base nessa última linha de raciocínio, verificou-se que o legislador se omitiu em alguns pontos no Projeto de 2002. No que se refere às tratativas preliminares, verifica-se que o legislador – diferentemente do que ocorreu em Portugal, Itália e Alemanha, por exemplo – não trouxe nenhum artigo que regulamente esta tão importante fase contratual. Nas palavras de Zanetti[192] e Junqueira[193], aliás, o legislador, efetivamente, perdeu a oportunidade de regulamentar uma fase contratual que, hoje, é de extrema relevância às relações civis e comerciais.

Paralelamente, considerando que a parte tem o direito de romper livremente com as tratativas, bem como que não há, nesse momento, a constituição de obrigações, o presente estudo mostrou que esse rompimento ou a violação de deveres durante as negociações poderá, independentemente de culpa, dependendo das circunstâncias do negócio e do nível de aproximação das partes, ensejar a responsabilidade civil pela frustração das tratativas que, legitimamente, eram esperadas, mediante aplicação do princípio da boa fé objetiva.

Nesse ponto específico, verificou-se ainda que, no que se refere à configuração de responsabilidade por simples violação – independentemente de culpa – da boa fé objetiva, o legislador foi também omisso, fazendo referência, de forma não expressa, à ilicitude do exercício abusivo de posição jurídica (art. 187), e não à violação aos deveres atinentes ao princípio da boa fé objetiva como um todo (art. 422), restando à doutrina e jurisprudência, sua construção específica tal qual defendido por tantos mencionados nesse trabalho.

Diante do exposto, portanto, tem-se que o presente estudo logrou êxito em responder às perguntas e à problemática apresentada na introdução, tendo sido constatado a possibilidade da configuração de responsabilidade civil nas tratativas preliminares com base na boa fé objetiva.

Verificou-se, ainda, mediante a análise de casos, que a jurisprudência brasileira vem se desenvolvendo e, atualmente, já mostra traços mais expressivos da possibilidade de configuração de responsabilidade civil pré contratual consubstanciada na violação do princípio da boa fé objetiva. Merece atenção específica, contudo, o fato do Superior Tribunal

[192] Op. Cit. p. 67.
[193] Op. Cit. p. 15.

de Justiça ter se manifestado apenas em uma oportunidade a respeito do assunto, sem ter, contudo, reconhecido, expressamente, a hipótese de que trata o presente estudo.

Espera-se que, no futuro, muito embora se saiba dos impeditivos existentes para apreciação de recursos pelo Superior Tribunal de Justiça, que a matéria venha a ser novamente apreciada e seja proferido um acórdão que efetivamente reconheça a matéria no âmbito da Corte, encerrando muitas das discussões a respeito do tema.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Comentários ao Código Civil Brasileiro, vol. V**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOULOS, Daniel Matins. **Abuso de Direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

MINISTERO DELL´ISTRUZIONE, DELL´UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA CALABRIA – UFFICIO IX. Codice Civile. Disponível em: <http://www.rcscuola.it/disciplina/ccivile.pdf>. Acesso em: 5 maio 2013.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo**. 1. ed. São Paulo: FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Busthatsky, 1976.

CRAWFORD, Tad. **Business and Legal Forms for Authors and Self Publishers**. New York: Library of Congress, 1946.

DE FARIAS, Cistiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DE ALMEIDA COSTA. Mario Júlio. **Responsabilidade Civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra, 1984.

DEJURE.ORG. Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Disponível em: <http://dejure.org/gesetze/BGB/242.html>. Acesso em: 5 maio 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ENEI, José Virgílio Lopes. **Project Finance**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual.** Curitiba: Juruá, 2008.

FRADA, Manoel A. Carneiro da. **Uma terceira vida no Direito da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Teoria Geral das Obrigações. Vol. 2**, 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNQUEIRA AZEVEDO, Antônio. **A Boa-Fé na Formação dos Contratos:** doutrinas essenciais de Responsabilidade Civil, vol. II, 2ª Tiragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JHERING, Rudolf Von. **Culpa in Contrahendo ou idemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Coimbra: Almedina, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro**. Artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. n.º 15, Porto Alegre. UFRGS/Síntese, 1998. P. 127-154.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MENEZES DE CORDEIRO, Antonio Manuel. **Da Boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011;

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico:** Plano da Existência. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos Contratos**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, supl. 14, p. 143-250, 1996;

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7ª Ed., revista, ampliada e atualizada até 25.8.2009. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

NETO, Eduardo Salomão. **Direito Bancário**. São Paulo: Atlas, 2011.

NORONHA, Fernando. **Princípios dos Contratos:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual: e Cláusulas abusivas. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade São Paulo. São Paulo, 1990.

OLIVEIRA, Marcelo Leal de Lima. **A Aurora na formação dos contratos:** a oferta e a aceitação do clássico ao pós-moderno. v. 4, n. 15. jul./set. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado**. Barueri, SP: Ed. Manole, 2007.

PIGNATARO, Gisella. **Buona fede oggetiva e rapporto giuridico precontrattuale:** gli ordinamentio italiano e francese. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999;

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado;** t. XXXVIII. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O rompimento das tratativas.** Pensamento Jurídico – Vol. III. Curitiba: Juruá, 2011.

PRATA, Ana. **Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual.** Coimbra: Almedina, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1985.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 28ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. V. 3.

RUSSO JÚNIOR, Rômulo. **Responsabilidade Pré-Contratual**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil.** vol. III. São Paulo: Forense, 2007.

TAVARES GUERREIRO, José Alexandre. **A boa-fé nas relações preliminares**. Revista de Direito Civil. EDCiv 16/1981.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Contratos em Espécie. São Paulo: Atlas, 2012;

VILAÇA. Álvaro. **Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos:** Curso de Direito Civil**.** São Paulo: Atlas. 2004.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações no Direito Brasileiro**. Dissertação – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 31 de março de 2003.

ACÓRDÃOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental nº 47.901-3-SP. Quarta Turma. Ministro Relator: Ruy Rosado Aguiar. J. 12.9.1994

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.055.258-GO. Quarta Turma. Ministro Relator: Raul Araújo. J. 7.8.2012

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 28.019-2-SP. 3ª Turma. Ministro Relator: Eduardo Ribeiro. J. 15.12.1993.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 23.602-6-SP. 4ª Turma. Ministro Relator: Sálvio de Figueiredo. J. 20.10.1992.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp no 1.102.424-SP. Terceira Turma. Min. Rel. Massami Uyeda. J. 18.8.2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 0007984-22.2011.8.26.0011. 32ª de Direito Privado. Desembargador Relator: Hamid Ndine. J. 25.4.2013

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 0002210-39.2007.8.26.0047. 3ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator: Jesus Lofrano. J. 31.7.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 9203887-74.2008.8.26.0000. 12ª Câmara de Direito Privado. Desembargadora Relatora: Sandra Galhardo Esteves. J. 7.9.20912

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Cível nº 492.422.4/5. 7ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator: Luiz Antonio Costa. J. 21.3.2007

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 591028295. Canguçu. 5ª Câmara Cível. Desembargador Relator: Ruy Rosado Aguiar Junior. J. 6.6.1991.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 591017058. 5ª Câmara de Direito Privado. Desembargador Relator: Ruy Rosado de Aguiar Jr. J. 25.04.1991.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Embargos Infringentes nº 1.018.642.4/04. Quarta Câmara de D. Privado do Extingo Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo. Des. Re. Virgilio de Oliveira Junior. J. 31.10.2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível no 2003.001.34607. 10a Câmara Cível. Des. Rel. Sylvio Capanema de Souza. J. 2.4.2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelação Cível 4.878/2002. 12a Câmara Cível. Des. Rel. Célia Maria Vidal M. Pessoa. J. 11.6.2002.