

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

JOÃO COSTA RIBEIRO NETO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; João Costa Ribeiro Neto; Otavio Luiz Rodrigues Junior - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-423-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Contemporaneidade. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Direito Civil Contemporâneo" durante o XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Brasília, de 19 a 21 de julho de 2017, sob o tema geral: "Desigualdades e Desenvolvimento: O papel do Direito nas políticas públicas", em parceria com os Cursos de Pós-Graduação "stricto sensu" em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense do Direito Público (IDP).

Na presente coletânea, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas brasileiros de Pós-graduação "stricto sensu" em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos surgidos de pesquisas em todas as regiões do país, que retratam parcela relevante dos estudos que têm sido desenvolvidos em Direito Civil no Brasil.

O número de artigos (21 ao todo) demonstra que o Direito Civil tem sido objeto de intensas e numerosas discussões Brasil afora. Os temas são plúrimos e abrangem problemas assaz interessantes. Durante o encontro, os trabalhos suscitaram diversos debates, tendo diversos pesquisadores – de variegadas regiões do país – interagido em torno das questões teóricas e práticas contidas nos textos.

Espera-se que o leitor possa vivenciar uma parte desta discussão por meio da leitura dos textos. Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma proveitosa leitura!

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza (PUC/MG)

Prof. Dr. João Costa Neto (UnB)

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior - USP

RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA

PRE-CONTRACTUAL CIVIL LIABILITY AND THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN THE LUSO-BRAZILIAN PERSPECTIVE

Clair Kemer de Melo ¹

Resumo

Propomo-nos, analisar aspectos da responsabilidade civil que pode emergir na fase da negociação do contrato, a fase pré-contratual. Procuraremos analisar a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, os elementos que a compõem e os interesses que devem ser protegidos, numa perspetiva comparatística entre o direito português e o direito brasileiro. Para tanto, teremos presente a clássica divisão de responsabilidade civil contratual e extracontratual, procurando saber a qual destas modalidades deve ser reconduzida a responsabilidade pré-contratual.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Pré-contratual, Boa-fé, Direito brasileiro, Direito português

Abstract/Resumen/Résumé

We propose to, analyze the aspects of civil liability that may emerge during the negotiation phase of the contract, the pre-contractual phase. We will analyze the legal nature of pre-contractual liability, the elements that compose it and the interests that should be protected, in a comparative perspective between Portuguese law and Brazilian law. To this end, we will bear in mind the classic division of contractual and extra-contractual civil liability, seeking to know which of these modalities should be renewed pre-contractual liability.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil liability, Pre-contractual, Good faith, Brazilian law, Portuguese law

¹ Doutoranda em Direito FDUC – Coimbra/PT. Mestre em Desenvolvimento e Especialista em Direito Privado - UNIJUÍ - Ijuí/RS. Advogada e Professora Universitária. E-mail: kemer.prof@gmail.com, CVLattes: <http://lattes.cnpq.br/1376780123580777>

1. INTRODUÇÃO

A discussão que trazemos a lume está delimitada pela abordagem de um aspecto inicial sobre a responsabilidade civil na denominada fase negocial, fase preliminar ou fase pré-contratual também denominada de responsabilidade por culpa *in contrahendo*¹ ou culpa na formação do contrato. Trata-se de momento especial em que se dá a possível formação de um contrato futuro e que não prescinde de um elemento fundante, qual seja, a boa-fé objetiva², que, uma vez preterida, pode fundamentar a responsabilidade civil.

¹ Importante observar aqui, nas lições de Mario Julio de Almeida Costa que, ainda se utiliza a qualificação originária de *culpa in contrahendo*, no entanto a referida figura não se limita aos factos lesivos apenas culposos, isso é, as situações de culpa em sentido estrito ou negligência, podendo exigir-se dolo; e nem mesmo se circunscreve aos limites da culpa em sentido lato, visto que se torna possível, no seu âmbito, a responsabilidade objectiva, designadamente devida a facto alheio. Havendo surgido ainda ulteriores designações de responsabilidade pré-contratual e pré-negocial. (...) A responsabilidade pré-contratual congrega a preferência dos autores, o que se justifica pela circunstância de os contratos serem o domínio de eleição do instituto. O Código Civil português reporta-se a fórmula clássica de ‘culpa na formação dos contratos’ conforme o art. 227º. *Responsabilidade Civil, op.cit., p.32*). Para o professor Carlos Alberto da Mota Pinto em *A Responsabilidade Pré-Negocial pela não conclusão dos Contratos*. In, Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento XIV – FDUC), Coimbra, 1966, p.161., refere ser superior a expressão responsabilidade pré-negocial, em face das locuções responsabilidade pré-contratual ou *culpa in contrahendo* em virtude de ressalvas que faz. No entanto, posteriormente, já na vigência do Código Civil português, o referido autor utiliza as três expressões como sendo sinónimas, sem quaisquer ressalva. *Nulidade do Contrato-Promessa de Compra e Venda e Responsabilidade por Culpa na Formação dos Contratos*, in, Revista de Direito e Estudos Sociais – Ano XVII – 1970. Atlântida Editora: Coimbra, p. 85. Por fim, para elucidarmos qualquer dúvida a expressão mais adequada ao tema em comento, Jorge Sinde Monteiro em obra recente, não menciona o termo ‘responsabilidade pré-negocial’, porquanto nos parece mais ajustado, em virtude da menção que faz: “Quanto a terminologia, a designação *culpa in contrahendo* tem a vantagem de ser mais clássica e a mais internacional. Como sinónimos utilizam-se as expressões ‘culpa na formação dos contratos’ (Art. 227º) e ‘responsabilidade pré-contratual’. As duas primeiras lembram mais o aspecto genético (prática de um acto culposo durante a fase das negociações), enquanto a terceira conota os efeitos ou consequências, ou seja, a imposição de uma obrigação de indemnização”. In, *Culpa in Contrahendo – Versão escrita da intervenção oral no V Seminário de Justiça Administrativa*, em Caminha, nos dias 4 e 5 de julho de 2003.

² Princípio que não constava expresso diretamente no Código Civil Brasileiro de 1916 e que foi introduzido na Lei 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor, princípio este base do ordenamento jurídico consumerista. Para Cláudia Lima Marques, “A grande contribuição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) ao regime das relações contratuais no Brasil foi ter positivado normas específicas impondo o respeito à *boa-fé na formação e na execução dos contratos* de consumo, *confirmando o princípio da boa-fé como um princípio geral do direito brasileiro*, como linha teleológica para a interpretação das normas de defesa do consumidor (artigo 4º, III, do CDC), como cláusula geral para a definição do que é abuso contratual (artigo 51, IV do CDC), como instrumento legal para a realização da harmonia e equidade das relações entre consumidores e fornecedores no mercado brasileiro (artigo 4º, I e II, do CDC) e como novo paradigma objetivo limitador da livre iniciativa e da autonomia da vontade (artigo 4º, III, do CDC combinado com artigo 5º, XXXII, e artigo 170, *caput* e inc. V, da Constituição Federal.” (grifos nossos) e, posteriormente na codificação civil brasileira vigente a Lei 10.406/02, mormente no art. 422, senão vejamos: “**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Ainda, acerca da boa-fé no ordenamento jurídica português, refere MENEZES CORDEIRO, 2001 (Da boa-fé no Direito Civil, p. 28) que: “O Código Civil de 1966 nasceu sob o signo da boa-fé. O seu aproveitamento pleno não deve tardar mais.” O ordenamento jurídico português notadamente elenca em seu art. 227º o princípio da boa-fé, ARTIGO 227º - (Culpa na formação dos contratos) 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.

A responsabilidade civil pré-contratual é uma figura ampla e compreensiva de qualquer dano resultante de ofensa à boa-fé objetiva durante a fase de preparação do negócio jurídico, nosso objeto de análise ao tratar da responsabilidade civil pré-contratual. Temos que o momento da violação dos deveres de boa-fé é importantíssimo para fixar os limites da responsabilidade *in contrahendo*, pois no âmbito da responsabilidade civil, quando o incumprimento ocorre durante a execução do contrato tem-se a denominada violação positiva do contrato, em ocorrendo após a extinção do negócio jurídico estaremos diante da denominada responsabilidade pós-contratual. Assim, para que o assunto objeto do presente trabalho possa ser analisado da forma proposta, faremos a abordagem do tema destacando inicialmente a natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual.

2. Natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual

Todo e qualquer movimento humano poderá em algum momento suscitar a possibilidade de causação de um dano e, por conseguinte, a necessidade de reparação da vítima pelo dano sofrido em razão de ato do agente causador, ato este ensejador então do que o direito denomina de responsabilidade civil.³

O olhar jurídico voltado para o estudo da responsabilidade civil pré-contratual decorre do fato de no ordenamento jurídico brasileiro não haver previsão legal específica para a responsabilidade civil pré-contratual, trata-se pois, de um assunto ainda controvertido na doutrina e de ocorrência não assente na jurisprudência brasileira, enquanto no ordenamento jurídico português temos uma característica diversa, notadamente ensejando a responsabilização já na esfera da pré-contratualidade com a identificação da natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual sendo também denominada de responsabilidade por culpa *in contrahendo*⁴ ou culpa na formação dos contratos, correspondendo portanto à obrigação de indenizar que surge anteriormente à conclusão do negócio jurídico obrigacional estabelecido⁵.

³ *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*, p. 112. "essa expressão ou termo responsabilidade não surgiu para exprimir o dever de reparar. Variou da expressão *sponsio*, da figura *stipulatio*, pela qual o devedor confirmava ter com o credor uma obrigação que era, então, garantida por uma caução ou *responsor*. Surge, então, a noção de responsabilidade, como expressão de garantia de pagamento de uma dívida, descartando qualquer ligação com a ideia de culpa".

⁴ "A concepção da chamada culpa *in contrahendo* nasce em 1861 com IHERING", *Responsabilidade Civil pré-negocial*, pág. 99.

⁵ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 208.

A natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual por via de interpretação deriva do sistema romano germânico no qual a responsabilidade pré-contratual está inserida dentro da responsabilidade contratual. Saudada como inovação jurídica quando Jhering em 1861 apontou a possibilidade de nulidade contratual e consequente responsabilização pela celebração de negócios jurídicos inválidos, quando evidenciada culpa de uma das partes. Entendeu Jhering que a *culpa in contrahendo* derivava da inobservância necessária de deveres de confiança e boa-fé por quem negocia na expectativa de concluir um contrato⁶, bem como a consequente indenização por parte daquele que, der causa a invalidade do contrato⁷

Conforme diz Lopes⁸, a responsabilidade civil pré-contratual, também chamada de culpa *in contrahendo*⁹, ocorre na fase que precede a verdadeira celebração do contrato e pode ser dividida de duas maneiras: a discussão pura e simples das premissas do futuro contrato e o momento de profunda negociação que possibilita o início de um contrato preliminar, por meio da fixação antecipada das bases do contrato final, obrigando apenas os promitentes contratantes a outorgarem a escritura definitiva conforme o previamente decidido no contrato inicial. No primeiro caso, tem-se as suposições, os pactos preparatórios; no segundo, existe uma conjuntura contratual definitiva que, para melhor esclarecer o momento de negociação das partes tendo em vista a celebração de um contrato futuro e, o momento em que as partes celebram um contrato promessa e em virtude disso vinculam-se em definitivo a celebrar um contrato futuro, ensejando aqui a responsabilidade contratual, Joaquim de Souza Ribeiro aponta que a ausência de informações, do esclarecimento derivado da boa-fé entre as partes, sugere um ilícito pré-contratual.¹⁰

⁶ VICENTE, Dario Moura. *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 242.

⁷ “(...) Ihering procurou chamar a atenção da Ciência do Direito para uma necessidade de complementação juspositiva, através da área, pouco explorada, da formação dos contratos. Fazendo-o, Ihering deu, no fenômeno, um entendimento que ainda se mantém.” Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito Civil*, 2001, p. 532.

⁸ LOPES, Lissandra de Ávila. *A responsabilidade pós-contratual no direito civil*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM Novembro de 2006– Vol. 1, N. 3, p. 44-54 <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf>> Acesso em 18 de novembro de 2014 às 13h11’.

⁹ A boa fé objetiva sugere o comportamento de lealdade e honestidade das partes na fase das negociações preliminares, que segundo Varela seria mais abrangente, quando a *culpa in contrahendo* a partir de contributos da doutrina alemã, aduz a responsabilidade do representante no período da formação do contrato. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p.268.

¹⁰ Joaquim de Souza Ribeiro, *in Responsabilidade pré-contratual...* p. 757. “A primeira diz respeito à articulação desta área da responsabilidade pré-contratual com a responsabilidade contratual. O enquadramento num domínio ou no outro tem consequências práticas não despidas, quanto mais não seja em função dos distintos prazos de prescrição dos créditos indemnizatórios: o da responsabilidade pré-contratual é de 3 anos, por força do art. 227º, nº.2, ao apasso que o da responsabilidade contratual é o comum, de 20 anos. Ainda, em Serpa Lopes, *Dos contratos em geral*, p. 71-72, encontramos o pré-contrato – consagrado no art. 462 do Código Civil Brasileiro de 2002, cujo objeto consiste no dever de celebrar um contrato principal – é, assim como este, verdadeiro negócio jurídico, cujo descumprimento dá ensejo à típica responsabilidade contratual.

O fundamento para a responsabilidade civil pré-contratual seria a quebra da boa-fé, visto que o vínculo que se estabelece na fase pré-contratual enseja uma relação jurídica de confiança, semelhante à relação contratual. A ausência do esclarecimento necessário como dever implícito derivado da boa-fé entre os pretensos contratantes sugere que o momento pré-contratual não envolve apenas o ato de informar, mas ainda explicar, como salienta LARENZ¹¹, o esclarecer a contraparte sobre o contrato e suas circunstâncias para que ambas saibam exatamente quais direitos e obrigações estão efetivamente assumindo. Assim, ocorrendo os movimentos que ensejam a ruptura das tratativas pré-contratuais se assemelharia ao descumprimento de uma obrigação estabelecida em um contrato concluído, ensejando então a responsabilização¹².

No Brasil, tanto em codificações anteriores como no atual diploma legal civil não encontramos regras ou qualquer tipo de balizamento expresso para o enquadramento da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual¹³.

Assim, preleciona Pereira¹⁴ que, não se deve ter receio de identificar, na fase das negociações contratuais, uma situação intermediária entre a relação contratual e a simples relação social (...) ¹⁵, bem como não se deve deixar de observar a aplicação da responsabilidade civil em uma reparação de um dano real, diante da ruptura das tratativas preparatórias, devendo-se, portanto, analisar as especificidades de cada caso¹⁶, para que a melhor solução possa ser alcançada a cada um.

¹¹ LARENZ, Karl. *Culpa in contrahendo...* 2011.

¹² A boa fé objetiva sugere o comportamento de lealdade e honestidade das partes na fase das negociações preliminares, que segundo Varela seria mais abrangente, quando a *culpa in contrahendo* a partir de contributos da doutrina alemã, aduz a responsabilidade do representante no período da formação do contrato. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p.268.

¹³ Para CAVALIERI, Sergio Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9º Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 300 e 301 “a responsabilidade pré-contratual é aquela que exige uma postura séria, leal e sincera, combinada com o princípio da boa-fé objetiva no momento em que as partes iniciam os contratos, fazem propostas e contrapropostas, criando uma relação próxima da contratual, porém ainda não contratual, mas *contatual*, que pode criar direitos e obrigações, cujo rompimento imprudente e arbitrário pode dar ensejo a uma eventual obrigação de indenizar, “... Não por inadimplemento, posto que ainda não há contrato, mas pela quebra da confiança, pelo descumprimento dos deveres de lealdade, de transparência, de informação, de cooperação, que regem todos os atos negociais, mesmo os decorrentes de contato social.

¹⁴ Régis F. Pereira (2001, p. 277) Não se deve ter recuo de identificar, na fase das negociações contratuais, uma situação intermediária entre a relação contratual e a simples relação social (...). No caso da terceira via de responsabilidade civil, as soluções para as questões surgidas na fase pré-contratual vão varias muito, de acordo com o tipo de dever pré-contratual que venha a ser violado.

¹⁶ A guisa de exemplificação, temos um caso que foi apreciado pelo TJRS no chamado caso do posto de gasolina, onde o autor entabulou negociações com o réu (potencial adquirente) para a venda de um posto de gasolina, as quais foram rompidas depois que o réu descobriu que aquele não era o único titular das quotas sociais da empresa, o que motivou a desistência de celebrar o contrato, embora entre ambos já fosse certa a celebração. O proprietário do posto de gasolina, alegando ruptura injustificada das negociações, pediu indenização pelos gastos despendidos com advogado para elaboração da minuta contratual, a qual foi negada pelo TJRS sob o argumento de que a interessado, ao não ser informado sobre a real titularidade do bem, teve justo motivo para abandonar as

Conforme antes aduzido, na legislação brasileira civil vigente, reza, expressamente, no art. 421, que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. E ainda acrescenta, no art. 422, que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Deste modo, evidencia-se em face da autonomia da vontade, a liberdade de contratar e, por conseguinte, das partes se responsabilizarem por atos díspares ao que fora ajustado no contrato.

Refere Menezes Cordeiro¹⁷ que não se pode ter dúvidas de que, quando duas pessoas entram em negociações, fazem-no de modo voluntário e com a plena consciência de estar em jogo um processo capaz de desaguar em contrato.

Neste particular, esclarece Sílvio de Salvo Venosa¹⁸, o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenização.

Assim, salvo a presença de alguma excludente, como o exercício regular de um direito, a legítima defesa, o estado de necessidade, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou força maior, rompendo então com o nexo de causalidade, toda a atividade que acarretar um prejuízo a outrem gera responsabilidade e, por conseguinte, o dever de indenizar.

Ainda, na legislação brasileira o Art. 5º da Constituição Federal de 1988 em seus incisos V e X e os Arts. 186, 187 e Art. 927 do Código Civil Brasileiro vigente¹⁹ a reparação e consequente indenização como base da responsabilidade civil. Desta maneira, é no estudo da responsabilidade civil que se analisa o dano sofrido pela vítima, bem como se esse dano deve ou não ser reparado e por quem.

O ordenamento jurídico brasileiro o Código Civil de 1916 não abordou a responsabilidade civil de modo pontual, apenas nos arts. 159 e 160 fazia menção a responsabilidade civil e na parte especial do código revogado, tratou parcialmente, o que para

conversações e desistir do negócio, porque houve a quebra da necessária confiança entre as partes. Ementa: “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 da totalidade das ações por quem apenas detinha parte do capital.” ApCív 591017058, 5ª Câmara. Civ. do TJ/RS, Rel. Des. Rosado de Aguiar Jr., j. 25/04/1991, in: RJTJRS, n. 152, p. 605.

¹⁷ *Da boa fé...*, p. 538.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. (2008, p.01)

¹⁹ Lei 10.406/02.

o doutrinador Venosa²⁰ ocorreu porque, "no final do século XIX e início do século XX, quando elaborado o referido código, a matéria sobre a responsabilidade civil ainda era pouco discutida.

Para além disso, o art. 159 do revogado CCB/1916²¹ não se fazia muito claro para situações gerais e até mesmo específicas, *vide* "Aquele que, por ação ou omissa voluntária, negligencia, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

A crítica quanto a redação residia em que o diploma legal apontava que, bastaria a causação do dano, independente se houvesse ou não prejuízo, contrariando o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

O Código Civil Brasileiro vigente, instituído pela Lei 10.406/02, aborda de forma direta e ampla a regra geral da culpa como fundamento da responsabilidade civil, nos termos do art. 186²². Porém, importante observar que o código civil brasileiro atual não afastou a possibilidade de responsabilidade civil com ausência de culpa. A Lei 10.406/02 aduz, de modo expresse, a responsabilidade objetiva sem culpa, em duas situações, se estas vierem a ocorrer, quais sejam: a) nos casos previstos expressamente em lei e, b) quando a atividade desenvolvida pelo interessado implicar risco. Neste sentido a redação do art. 927, parágrafo único é clara.²³

O doutrinador Venosa²⁴ destaca que "esse alargamento da noção de responsabilidade constitui, na verdade, a maior inovação do Código deste século em matéria de responsabilidade civil e requererá, sem dúvida, um cuidado extremo da nova jurisprudência". Em virtude do princípio da liberdade contratual o questionamento a ser realizado poderia ser, qual a razão de buscar na seara jurídica a proteção ao pretense contratante que, sequer chegou a realizar o contrato e, mesmo assim poderá ter que vir a indenizar a outra parte.

Ainda importante salientar que, embora o estatuto civilista brasileiro seja considerado inovador, devemos observar que antes mesmo da sua promulgação, já havia dispositivos, inclusive de ordem constitucional, estipulando a responsabilidade objetiva em várias situações, como é o caso do Art. 37§6º da CF/88²⁵

²⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. (2008, p.08).

²¹ Código Civil Brasileiro de 1916. Art 159."Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

²² "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

²³ "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

²⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil: v. 4.* 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2016.

²⁵ "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Sobre o instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, além da previsão constitucional, importante destacar também a menção expressa da responsabilidade civil no âmbito da legislação consumerista²⁶ que adotou como regra a responsabilidade civil objetiva, deixando a responsabilidade civil subjetiva apenas para hipóteses excepcionais²⁷.

A responsabilidade civil pré-contratual em sede de legislação lusitana existe como um dever pré-contratual visto que em face da autonomia da vontade, as partes assentem de modo voluntário entrar em uma negociação que ainda não se perfectibilizou criando portanto uma obrigação tácita entre os pretensos contratantes e, desta forma criando o direito ao ressarcimento a título indenizatório se o contrato não vier a ser celebrado devido alguma circunstância ou situação causadora dano a uma das partes, balizada pela ausência da boa-fé²⁸.

Pois bem, o que se analisa é justamente a pré-contratualidade, momento em que as partes deliberadamente, lançando mão da sua autonomia da vontade, entendem por bem realizar negociações preliminares com o firme intuito de conclusão do contrato que estará sendo delineado nesta fase.

Na esfera cível contratual, tanto no direito brasileiro quanto no direito lusitano, os danos oriundos do descumprimento contratual ensejam responsabilidade, em razão disso, aqueles que entre si contratam reconhecem o pacto de que o que fora contratado deva ser cumprido, então em virtude do descumprimento poderá ensejar responsabilidade civil contratual.

Antes é importante observarmos em que contexto a responsabilidade civil está inserida, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no ordenamento jurídico lusitano, no que tange a classificação dessa responsabilidade, visando identificar e respaldar o fundamento de uma possível indenização.

²⁶ Lei 8078/90 - "Art. 12 - "o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos".

²⁷ O Código de Defesa do Consumidor expressamente previu uma exceção a regra (art. 14, § 4º), ao adotar a responsabilidade civil subjetiva aos profissionais liberais. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

²⁸ José TAVARES entendia que, no período pré-contratual, antes da proposta definitiva, pode haver propostas parciais e preparatórias que, sendo aceites, importem despesas e prejuízos causados pois as negociações por ele propostas, sendo aceites, configurariam já um contrato e o seu abandono uma falta de cumprimento, sujeito a sanção do art. 705º do então vigente Código de Seabra. José TAVARES, *Os princípios fundamentais do direito civil*, vol. I, Coimbra Editora, 1922, p. 492, texto e n. 3, nota p. 494).

Em virtude de uma liquidez²⁹ conceitual, encontramos posicionamentos distintos³⁰ acerca da possibilidade de aplicação concreta que exige a responsabilidade civil, qual seja, o caráter de ressarcimento do dano por meio de uma indenização, razão inclusive pela qual se acentua a necessidade de serem estabelecidas bases sólidas para a correta imposição pelos magistrados de possível e adequada indenização, em decorrência de danos pelo rompimento de tratativas na fase da pré-contratualidade.

Na abordagem do tema da responsabilidade civil pré-contratual encontramos como referência o autor italiano Gabriele Faggella³¹, o qual entende que estando as partes em negociação surge entre elas um acordo que pode ser expresso ou tácito, unindo os pretensos contratantes em uma situação de extrema confiança, (a razão da abordagem anterior sobre o princípio da boa-fé), que inclusive autoriza livremente que possam realizar despesas necessárias para a finalidade contratual que estão prestes a concretizar. Assim, para este autor o rompimento intempestivo de uma das partes ante a negociação estaria a contrariar o consenso primário assente na boa-fé que fora depositada tacitamente pelas partes negociantes, sendo então esse abrupto rompimento ilegítimo, vez que inutiliza as despesas contraídas para a efetivação do contrato propriamente dito, rompimento este que daria ensejo a responsabilidade pré-contratual³².

Importante salientar que a tese de Faggella sobre a responsabilidade pré-contratual foi revolucionária na Itália visto que, à época, a revogação de uma proposta contratual era permitida no ordenamento jurídico italiano. Tal posicionamento inovador recebeu o aval da doutrina

²⁹ BAUMAN, Zygmunt., trata a liquidez com sentido de algo fluido, que não é palpável mas que existe e deve ser observado (Modernidad Líquida, p. 54, 2000).

³⁰ Ensina-nos Carlos Alberto da Mota Pinto, in *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. Coimbra Editora, 1991, p. 463., que a teoria da *culpa in contrahendo* “parte da teoria da vontade, mas acrescenta-lhe a obrigação de indenizar a cargo do declarante, uma vez anulado o negócio jurídico com fundamento na divergência, se houve dolo ou culpa deste no dissídio entre a vontade e a declaração e houve boa-fé por parte do declaratório; a indenização visa cobrir o chamado interesse contratual negativo ou interesse da confiança, isto é, visa repor o declaratório, lesado com a invalidade, na situação em que estaria se não tivesse chegado a concluir o negócio.”, enquanto para o doutrinador brasileiro Silvio Rodrigues, in *Direito Civil*, p. 185., ao analisar o dissenso entre a vontade real e a declarada aponta a teoria da responsabilidade, emanada da teoria da confiança e assentada no querer individual do autor da declaração. Segundo tal teoria a declaração deve prevalecer, uma vez que a pessoa a quem é dirigida não possuía elementos para verificar alguma disparidade. É eminentemente uma concepção voltada a proteger ao declaratório quando o declarante agir com dolo ou culpa. Divergindo, encontramos em Menezes Cordeiro, in *Tratado de Direito Civil Português I*.Coimbra: Livraria Almedina, 1999, p. 534, no entendimento no que tange a indenização afirma que “nenhuma razão assiste para limitar a indenização ao interesse negativo”, deliberadamente distanciando-se do fundamento original de Ihering.

³¹ Faggella, Gabriele. *Fondamento Giuridico della Responsabilità in Tema de Trattative Contrattuali*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*. Terza Serie – V. XI.. Roma, 1909.

³² *I Periodi Precontrattuali e la Responsabilità Precontrattuale* – 2ª edizione riveduta e ampliata. Roma: Stab. Tip. Càrtiere Centrali, 1918, p. 3-4 e 33-34.

estrangeira, o posterior acolhimento pelos Tribunais italianos³³, bem como de outras doutrinas, notadamente os franceses com redirecionamento justificado pela teoria do abuso do direito³⁴ e não somente restrita a eles. Em Portugal na vigência do Código de Seabra encontramos em Mota Pinto o acolhimento a essa concepção³⁵, a qual é retomada posteriormente³⁶, já na vigência do Código Civil Português de 1966, este que surgiu após o Código Civil Italiano de 1942, que notadamente no art. 1337³⁷ abarca o tratamento da responsabilidade pré-contratual, com destaque para a violação do princípio da boa-fé, não suscitado anteriormente pela doutrina.

Mota Pinto destaca a importância da teoria de Faggella, em razão da preservação do princípio da autonomia da vontade³⁸ na medida em que o injusto rompimento ensejaria o direito da indenização, no momento em que durante as negociações ficasse evidente o entendimento de “autorização, ainda que tácita, para tratar do negócio, dada por uma parte à outra; o consentimento dado ao desenvolvimento do trabalho pré-contratual³⁹.”

3 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

Partindo da premissa da responsabilidade civil⁴⁰, como instituto que possibilita a reparação de um dano causado a outrem, entre outras classificações doutrinárias possíveis⁴¹, está subdividida em contratual ou extracontratual e, para que possamos melhor discutir o nosso objeto de análise, qual seja a responsabilidade civil na pré-contratualidade é pertinente ressaltar tal subdivisão.

³³ Carlos Alberto da Mota Pinto. *A Responsabilidade Pré-Negocial pela não conclusão dos contratos*. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Suplemento XIV, 1966.

³⁴ Ana Prata, in *Notas sobre a Responsabilidade Pré-contratual* – Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002. p.14.

³⁵ Mota Pinto, *A responsabilidade...* op.cit., p. 180 e 242.

³⁶ Mário Júlio de Almeida Costa, *Responsabilidade Civil*, op.cit., p. 44.

³⁷ Art. 1337 Código Italiano: Trattative e responsabilità precontrattuale. – Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comparsi secondo buona fede.

³⁸ Autonomia da vontade é um dos princípios basilares do direito privado, segundo Fachin é “a pedra angular do sistema civilístico” in, FACHIN, Luiz Edson. O ‘aggiornament’ do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p 119. Ainda, conforme Amaral 1998, p.10. “A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do Direito Privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais apropriadamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo Direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado.”

³⁹ *A responsabilidade...*, op.cit., p. 184.

⁴⁰ “O marco inicial do exame da responsabilidade é, a apreciação de um dever violado. Entendemos por dever o ato ou abstenção que devem ser observados pelo homem diligente, vigilante e prudente. Como mesmo os homens diligentes incidem com frequência a transgressão de deveres legais, morais ou contratuais, surge a necessidade de conceituação e do exame de indenizar. Exclui-se em princípio, do direito a transgressão a um dever exclusivamente moral”. (VENOSA, SILVIO DE SALVO, 2009, p.466)

⁴¹ Ver estudos sobre responsabilidade civil objetiva e subjetiva.

Observamos que, tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no ordenamento jurídico lusitano temos a presença do elemento da boa-fé, no entanto em momentos distintos, o que nos leva a indagar se a responsabilidade civil na pré-contratualidade estaria protegida pela responsabilidade civil contratual ou extracontratual.

Para melhor compreendermos a análise, no que tange a responsabilidade civil extracontratual, esta é constituída a partir da determinação legal, também chamada de responsabilidade aquiliana. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, temos o art.186 do Código Civil Brasileiro vigente, referindo 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”, responsabilidade também ventilada no ordenamento jurídico consumerista⁴².

No ordenamento jurídico lusitano a responsabilidade civil extracontratual funda-se no Art. 483º (Princípio geral), o qual refere que: 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. 2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

Conforme Silvio Rodrigues (2006) a responsabilidade contratual ocupa um campo mais limitado em relação à responsabilidade aquiliana, porque ela fica concentrada nos termos da convenção. A responsabilidade extracontratual permite então uma maior amplitude investigativa embasada na ilicitude, que contempla a ausência do dever de cuidado e macula a boa-fé objetiva.

Segundo Silvio de Salvo Venosa⁴³ o tema da responsabilidade pré-contratual pode ser analisado levando-se em consideração dois aspectos: a) a recusa em contratar e, b) o rompimento das negociações preliminares. Na análise do autor não seria possível falar em responsabilidade civil buscando indenização, devido o rompimento de qualquer negociação, mas tão somente daquela que já tenha ocasionado, em um dos pretensos contratantes a expectativa razoável de contrato a ser estabelecido.

No Brasil, a manifestação da doutrina⁴⁴ tem sido no sentido de acatar a teoria extracontratual, no entanto ambas recebem críticas, sendo que a mais importante delas se está

⁴² Artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8078/90.

⁴³ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2.

⁴⁴ Conforme citado por Almeida Costa, *in Responsabilidade Civil*, op. Cit., p.41. A grande maioria dos juristas brasileiros entendem que a responsabilidade pré-contratual deva ser enquadrada na disciplina da responsabilidade civil extracontratual. Sendo favoráveis a este entendimento, Judith Martins Costa, *A proteção da legítima*

no fato de que a responsabilidade extracontratual surgiu para garantir reparação de dano para pessoas que, agindo comumente em sociedade, sem existência de vínculo jurídico, ou qualquer relação jurídica, cometam ou sofram algum dano. Ao passo que na responsabilidade pré-contratual, o dano atinge pessoas determinadas, com um fim específico, que negociam, com o escopo de formar um contrato. Assim, teríamos o vínculo, reforçando a ideia de uma relação jurídica preexistente, ainda que na esfera da pré-contratualidade.

4 O princípio normativo da boa-fé na pré-contratualidade

A seara contratual na sua formação abrange uma fase importante que suscita o princípio da boa-fé⁴⁵, elemento afeto a liberdade de contratar e autonomia privada. Assim, para que possamos discutir o princípio da boa-fé, é necessário pontuarmos antecipadamente o espaço em que a mesma estará inserida na discussão.

O princípio da boa-fé está presente em diversos ordenamentos jurídicos. No Código Civil francês está prevista no capítulo III (*De l'effect des obligations*), alínea 3ª do artigo 1134. No Código Civil alemão (BGB – Bürgerliches Gesetzbuch), encontramos previsão de boa-fé objetiva e subjetiva no §242. No âmbito do direito italiano encontramos a determinação de que o princípio da boa-fé objetiva deve estar presente desde as tratativas até a formalização do contrato, assim como na interpretação e execução do mesmo. Enquanto o Código Civil espanhol consagrou o princípio da boa-fé nos artigos 7º.1 e 1.258.

confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 22 – setembro de 2002, p. 248; Récio Eduardo Capelari, *Responsabilidade Pré-contratual (Aplicabilidade ao Direito Brasileiro)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995, p. 56 e ainda outros citados por Régis F. Pereira, *A Responsabilidade...op.cit*, p. 245. No entanto, tal entendimento passa por uma mudança sutil, sugerindo interpretação diversa para o enquadramento suscitado pela maioria. Senão, vejamos as manifestações de Jones Figueiredo Alves, desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco que em comentário ao Código Civil Brasileiro vigente atribuiu a culpa *in contrahendo* uma responsabilidade contratual. In, *Novo Código Civil Comentado*. 1ª edição – Coordenador Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 414 e, Carlyle Popp, outra referência que também defende o entendimento da responsabilidade contratual, in *Responsabilidade Pré-Negocial...*, op. Cit. p. 149.

⁴⁵ A. Santos Justo, *Direito Privado Romano I – 2*. Edição (Parte Geral) em *Stvdia Ivridica* 50, Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 22: “A *fides*, cujo significado originário terá sido o acto por que uma pessoa se vinculava a outra, adquiriu, mais tarde, o sentido de razão ou causa justificativa deste vínculo: “ter confiança”, “ter fé” e, reciprocamente, “merecer a fé de alguém”. Depois, passou a significar “responsabilidade”, “o cumprimento fiel da palavra” e dos contratos, o sentimento de lealdade contratual. Porém, embora não fosse exigível juridicamente (equivalia à honorabilidade, probidade, honradez, confiança), a *fides* constituía uma força moral que se impôs no mundo do direito, onde desempenha uma função importante: nas relações entre o Estado e o magistrado e entre Roma e os povos submetidos; na obrigação de o magistrado respeitar as normas da faculdade de resolução dos contratos que tem por base a fidúcia (*mancipatio e coemptio fiduciae causa, usureceptio fiduciae, fidúcia* propriamente dita, etc) e nos *negotia iudicia boane fidei*.”

Em Portugal a boa-fé objetiva está prevista, dentre outros, especialmente nos artigos 227⁴⁶ (trata da responsabilidade pré-contratual nas negociações preliminares e na formação do contrato), 239⁴⁷ (prevê a boa-fé como critério de integração da vontade contratual) e 762.2⁴⁸ (trata da boa-fé no cumprimento da obrigação pactuada), que se referem às relações contratuais.

No Código Civil brasileiro vigente⁴⁹ a boa-fé tem previsão efetivada em três momentos: no artigo 113, como critério de interpretação da declaração de vontade; no artigo 187, como critério de controle dos limites do exercício de um direito; e no artigo 422, como regra de conduta, segundo o qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, a boa-fé objetiva foi prevista inicialmente no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90 que no artigo 4º, inciso II, incluiu-a como um dos princípios da política nacional das relações de consumo, e no artigo 51, IV do mesmo *codex*, que trata da nulidade das cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações contrárias à boa-fé, com aplicação específica nas relações de consumo.

Apesar de os dispositivos legais não fazerem distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, é importante identificarmos a diferenciação entre ambas para a compreensão da influência que o princípio exerce na seara da contratualidade e estabelecimento de negócios jurídicos em geral. Menezes Cordeiro⁵⁰ distingue a boa-fé subjetiva⁵¹ da boa-fé objetiva afirmando que a primeira se refere a uma qualidade do sujeito, enquanto a segunda traduz uma regra de comportamento. Para Mota Pinto a boa-fé objetiva representa um dever de conduta⁵² no decorrer do negócio jurídico, segundo o qual o indivíduo é obrigado a adotar deveres de correção, honestidade, lealdade e colaboração mútua.

⁴⁶ Art. 227 – *Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte.*

⁴⁷ Art. 239 – *Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta.*

⁴⁸ Art. 762.2 – *No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé.*

⁴⁹ Lei 10.406/2002.

⁵⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 407.

⁵¹ Explanando sobre a boa-fé subjetiva, Menezes Cordeiro afirma que, conforme fora recepcionada no Direito Romano, e partir daí firmada no Direito comum, a boa-fé era a “*versão subjectivo-psicológica traduzida na posse, pelo convencimento, do possuidor, de ser o proprietário ou, pelo menos, de não lesar direitos alheios*”. MENEZES CORDEIRO. *Da Boa-fé no Direito Civil*. p. 187.

⁵² MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. por Antônio Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 125. “Aplicado aos contratos, o princípio da boa fé em sentido objectivo constitui uma *regra de conduta* segundo a qual os contraentes devem agir de modo *honesto, correcto e leal*, não só *impedindo* assim comportamentos *desleais* como *impondo* deveres de *colaboração* entre eles.”

Necessário salientar que, além do dever de cumprir a obrigação principal, a boa-fé objetiva impõe a ambos os contratantes também a observância de deveres jurídicos anexos ou de proteção, ou seja, é constitutiva de deveres acessórios, juridicamente exigíveis e implícitos em qualquer contrato, como a lealdade e confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, informação, entre outros.

Dessa forma, a relação jurídica não se define mais somente a partir da autonomia da vontade, mas consubstancia-se como uma relação de colaboração entre as partes, que impõe a obrigação de agir com lealdade e correção. Por isso, apresenta-se de certa forma como limitadora do exercício de direitos subjetivos. Por meio da boa-fé objetiva, visa-se evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos, conforme aduz Joaquim de Souza Ribeiro acerca da boa-fé objetiva⁵³.

O princípio da boa-fé tem destacada importância por derivarem dele os princípios da transparência e confiança conforme mencionado. Assim, pode-se afirmar que o bem jurídico que o direito tutela na fase pré-contratual é a confiança que foi depositada entre as partes, a fim de que o contrato tenha êxito em cumprir sua finalidade, gerando, de tal modo, o dever de lealdade para com o que fora tratado, ainda que não revestido em contrato típico.

5. Responsabilidade civil pré-contratual e a boa-fé no direito brasileiro e lusitano

O princípio da boa-fé objetiva estabelece, principalmente a obrigatoriedade de respeito às expectativas dos contratantes com a realização do negócio jurídico, e tem aplicação também na fase pré-contratual e pós-contratual, o que significa que deve ser observada pelas partes tanto na fase da pré-contratualidade, no estabelecimento do contrato, na execução do mesmo, bem como após a sua execução.

Embora na fase pré-contratual em que as partes apenas contatam e então é estabelecida afirmação de interesses entre as partes, denominados pretensos contratantes, contato este que

⁵³ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *A boa fé como norma de validade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 668 “E, na verdade, como norma comportamental, a boa fé posiciona-se basicamente como um padrão de actuação correcta, honesta, e leal na formação e no desenrolar de uma dada relação. Constitui, pois, um factor de determinação, em concreto, dos efeitos de um vínculo obrigacional. Nesse sentido, desempenha funções normativas de concretização reguladora, de integração e também de delimitação. Pelos critérios da boa fé alcançamos a indicação dos modos correctos de efectuar a prestação e de exigir o seu cumprimento; por eles preenchemos integrativamente o conteúdo vincutivo da relação; por eles, ainda, demarcamos certos limites do exercício legítimo de um poder formalmente reconhecido pela ordem jurídica, no quadro da cláusula geral de abuso do direito”

gera expectativas a partir do estabelecimento da confiança⁵⁴ e deveres que decorrem deste crédito de boa-fé, que deveria ser de ambos, não tenhamos ainda o contrato formado, das tratativas realizadas na fase da pré-contratualidade fazem surgir obrigações, as quais a lei atribui importância jurídica, criando deveres para os sujeitos. Assim, uma vez violadas, em virtude da relevância jurídica, contemplariam o mesmo tipo de responsabilidade que o da violação de um contrato existente⁵⁵. Neste sentido encontramos respaldo, como contributo exemplificativo decisão na jurisprudência brasileira, tratamento da responsabilidade pré-contratual creditado ao princípio da boa-fé quando esta não for observada⁵⁶, bem como no entendimento jurisprudencial lusitano⁵⁷.

O princípio da boa-fé objetiva estabelece, principalmente a obrigatoriedade de respeito às expectativas dos contratantes com a realização do negócio jurídico, e tem aplicação também na fase pré-contratual e pós-contratual, o que significa que deve ser observada pelas partes tanto na fase da pré-contratualidade, no estabelecimento do contrato, na execução do mesmo, bem como após a sua execução. O referido princípio assenta-se no dever das partes agirem corretamente, de forma honesta, ética e com lealdade em todas as fases⁵⁸, seja o momento que antecede a consolidação do contrato, durante a sua vigência e após o término do negócio⁵⁹.

Assim, depreende-se que o princípio da boa-fé objetiva é traduzido em norma de comportamento de lealdade ao compromisso assumido e, na violação e tal pressuposto ensejando a obrigação de indenizar a parte lesada. Aquele que abandona de modo inesperado

⁵⁴ Neste sentido, ver CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. P. 339 e 340.

⁵⁵ Importante referir situações em que pode ocorrer a responsabilidade pré-contratual, como por exemplo a ruptura injustificada de negociações, a celebração de um contrato inválido ou um contrato visivelmente desvantajoso para uma das partes em virtude da violação dos deveres de informação. Neste diapasão temos que a culpa *in contrahendo* pela celebração de contrato nulo é considerada atualmente apenas uma das hipóteses da ampla figura da responsabilidade pré-contratual, assim como o rompimento injustificado das tratativas. De fato, a responsabilidade pré-contratual é figura bem mais ampla mas surge sempre que durante a fase de preparação do negócio jurídico uma das partes causa dano à outra em função da violação de um dever decorrente da boa-fé objetiva – princípio este consagrado no art. 422 do Código Civil Brasileiro, outrora citado.

⁵⁶ Ap. Cível 70012118220, 9ª. Câm. Civ. TJ/RS, Rel. Marilene Bernardi, j. 24/08/2005, DJ 13/09/2005, in: www.tj.rs.gov.br, acesso em 16/12/2014.

⁵⁷ *In*, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0e996808b1fb3e8380257b95004bfb13?OpenDocument>> Acesso em 16.12.2014.

⁵⁸ CARNEIRO DA FRADA. “O fato de serem deveres que nascem necessariamente com o acordo de vontades, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, sendo aplicados antes, durante e após o negócio jurídico, não retira das partes a autonomia para afastá-los. O direito de assumir riscos, aventurar-se ou apostar é reconhecidamente válido pelo direito e se insere na dimensão do princípio da autonomia privada, desde que exercida sob os aspectos de existência, validade e eficácia.” p. 18

⁵⁹ I Jornada de Direito Civil. Enunciado: 25 - Art. 422: o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

as negociações pré-contratuais, especialmente em fases adiantadas, após criar à outra parte a expectativa de celebração de um contrato, tem o dever de pagar indenizações à parte lesada⁶⁰.

Sabemos que a boa-fé não demanda unicamente de previsão expressa na relação pré-contratual, assim a ausência dessa previsão não afasta o seu valor e potencialidade para exigência do cumprimento. Sílvio de Salvo Venosa defende a ideia de que responsabilidade pré-contratual é decorrente das promessas não cumpridas ou a simples recusa de contratar em momento anterior ao estabelecimento do contrato. “Trata-se do que a doutrina costuma denominar *dano de confiança*⁶¹, dentro do que se entende por *interesse negativo*”.

Neste sentido o ordenamento jurídico brasileiro contempla na legislação civil vigente a boa-fé como princípio que deve ser guardado na conclusão e execução do contrato. No entanto, importa dizer que, para que um contrato possa ser estabelecido materialmente há que de algum modo iniciar em algum momento, portanto é nesse fase, a fase da pré-contratualidade que a vontade das partes em negociar é voluntariamente estabelecida, que o contrato implicitamente começa a tomar contornos, selado então pela boa-fé de ambas as partes em prol do negócio jurídico a ser realizado posteriormente e, quando porventura ocorrer o incumprimento maculado pela boa-fé esperada, causando o dano, que poderá suscitar-se a responsabilidade civil, já nesta fase da pré-contratualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho buscamos analisar a responsabilidade pré-contratual amparada pelo princípio da boa-fé, sendo oportuno trazer algumas questões para reflexão, tendo em vista especialmente que o tema não encontra respaldo expresso no ordenamento civilista brasileiro e que as importantes questões relacionadas a responsabilidade pré-contratual, notadamente o princípio da boa-fé, estão intrinsecamente ligadas ao Direito Contratual e Obrigacional.

Neste sentido o estudo da responsabilidade pré-contratual e da boa-fé objetiva ainda desafiam a doutrina, especialmente a brasileira com uma série de questionamentos importantes, notadamente se se o período pré-contratual deve se limitar à fase das negociações preliminares, como parecem entender os doutrinadores, ou se, ao contrário, essa responsabilidade pode nascer da violação de um dever de consideração, decorrente da boa-fé objetiva, ainda quando as partes

⁶⁰ GONÇALVES, 2013, p. 59.

⁶¹ CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

não tenham sequer iniciado conversações consoante percebemos aceita e expressa pela legislação lusitana bem como encontra aplicação efetiva no Supremo Tribunal de Justiça.

Ante a temática de discussão proposta, consideramos que os questionamentos relativos a responsabilidade civil pré-contratual e o princípio da boa-fé exigem cada vez mais o enfrentamento pelo legislador brasileiro e a discussão e aprofundamento adequados pela doutrina, considerando especialmente que o instituto da responsabilidade civil está inserto de modo distinto no atual Código Civil Brasileiro em vigor e que as questões atinentes a responsabilidade civil pré-contratual não podem mais ser relegadas, como vimos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra, 1984.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional*. Revista de Direito Civil. São Paulo, ano 12, n.46, p. 07-26, out.-dez. 1998, p.10.

BRASIL, Lei 7565/86 institui o *Código Brasileiro de Aeronáutica*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7565.htm#art324 Acesso em 21 de abril de 2017 às 16h54'.

BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 21 de abril de 2017 às 11h50'.

BRASIL, Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977. *Dispõe sobre a responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6453.htm Acesso em 05 de maio de 2017 às 15h29'.

BRASIL, Lei nº 6.938/81 dispõe sobre a *Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm Acesso em 05 de maio de 2017 às 15h25'.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm Acesso em 05 de maio às 14h58’.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm Acesso em 05 de maio de 2017 às 16h57’.

BRASIL. Lei nº 8213/91. *Dispõe sobre os Planos de Benefícios e Previdência e dá outras providências*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm Acesso em 05 de maio de 2017 às 17h12’.

CAPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade Pré-contratual (Aplicabilidade ao Direito Brasileiro)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. *Direito Civil - Responsabilidade Civil - O Método do Caso*. Coimbra: Almedina, 2006.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2.ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 208

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. O ‘aggiornament’ do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

FAGGELLA, Gabriele. *Fondamento Giuridico della Responsabilitá in Tema de Trattative Contrattuali*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*. Terza Serie – V. XI.. Roma, 1909.

FAGGELLA, Gabriele. *I Periodi Precontrattuali e la Responsabilitá Precontrattuale – 2ª edizione riveduta e ampliata*. Roma: Stab. Tip. Càrtiere Centrali, 1918.

III, parte I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

LARENZ, Karl. *Culpa in contrahendo, dever de segurança no tráfico e contato social*. Tradução: Karina Nunes Fritz. In: *Doutrinas essenciais – obrigações e contratos*. Revista dos Tribunais 100 anos, vol. 3, TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (org.), São Paulo, 2011, p. 1191-1202

LOPES, Lissandra de Ávila. *A responsabilidade pós-contratual no direito civil*. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM Novembro de 2006– Vol. 1, N. 3, p 44-54. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs->

<2.2.2/index.php/revistadireito/article/viewFile/6782/pdf>> Acesso em 05 de maio de 2017 às 13h11'.

MARQUES, Cláudia Lima. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor: parecer. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. __, n.31, p. 134, jul./set. 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 22 – setembro de 2002.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no Direito Civil*. Tese de Doutorado, Almedina. 2ª reimpressão, Set. 2001.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*. Lisboa: LEX, 1997.

MIRANDA BARBOSA, Mafalda. A participação da dimensão de futuro na responsabilidade extracontratual. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. p. 122. Item 2.

MIRANDA BARBOSA, Mafalda. *Liberdade vs. responsabilidade*. A precaução como fundamento da imputação delitual. Coimbra: Almedina, 2006.

MIRANDA BARBOSA, Mafalda. *Responsabilidade civil extracontratual*. Novas perspectivas em matéria denexo de causalidade. Cascais: Princípia, 2014.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Culpa in contrahendo (A guisa de introdução: Direito Civil e Direito Constitucional)*. Trabalho apresentado no Seminário de Justiça Administrativa de 4 e 5 de julho de 2003. Caminha. Inédito.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 1ª ed., 5ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2005.

PEREIRA, Régis Fichtner. *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*. Teoria Geral e Responsabilidade pela Ruptura das Negociações Contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *A responsabilidade Pré-Negocial pela não conclusão dos contratos*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Suplemento XIV, 1966.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Nulidade do contrato-promessa de compra e venda e responsabilidade por culpa na formação dos contratos*, in Revista de Direito e Estudos Sociais – ano XVII, Coimbra, 1970.
- POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001.
- PORTUGAL. *Código Civil*. Organizado por M. Henrique Mesquita. 13. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Responsabilidade pré-contratual. Breves anotações sobre a natureza e o regime*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica 96. Coimbra Editora, 2009.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil – dos contratos em geral*. v.
- SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2003.
- STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual. Boa fé e violação positiva do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil, vol. I, Coimbra Editora, 1922, p. 492, texto e n. 3, nota p. 494*).
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil – Teoria geral das obrigações e dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, v. II,
- VICENTE, Dario Moura. *Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2001.