

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais 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

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-156-2

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Contemporâneo.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Civil Contemporâneo, durante o XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Brasília-DF, entre os dias 06 e 09 de julho de 2016, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Os trabalhos apresentados abriram caminho para um relevante debate, em que os profissionais e os acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central – DIREITO E DESIGUALDADES: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente diante do ambiente da globalização.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de avaliação por pares. Dessa forma, os 26 (vinte e seis) artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com este palpitante ramo do Direito, que é o Direito Civil, especialmente o contemporâneo. Os temas divulgados no 38º GT foram apresentados, seguindo a seguinte ordem de exposição:

Marcelo de Mello Vieira trouxe reflexões sobre a aplicação do punitive damages, instituto típico do Common Law, ao Direito Nacional. Já Rafael Vieira de Alencar e Maysa Cortez Cortez estudaram as peculiaridades do contrato de distribuição, enquadrado este na modalidade de contratos de longa duração. Luana Adriano Araújo e Beatriz Rego Xavier analisaram a garantia de autonomia à Pessoa com Deficiência por meio do estabelecimento de institutos de otimização da integração destas no seio social.

Alexander Seixas da Costa estudou o regime das incapacidades, identificando os que precisarão ser representados ou assistidos para os atos da vida civil. Os autores César Augusto de Castro Fiuza e Filipe Dias Xavier Rachid fizeram uma abordagem crítica às alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao regime das

incapacidades. Através de Luiza Machado Farhat Benedito e Juliana Aparecida Gomes Oliveira, foram abordados os institutos da nova concepção de família, que alteram continuamente o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo novos conceitos e desafios jurídicos frente aos anseios contemporâneos da humanidade. Por outro lado, Tula Wesendonck e Liane Tabarelli Zavascki fizeram uma análise doutrinária e jurisprudencial no trato do instituto da responsabilidade civil.

Lucas Costa de Oliveira fez um estudo sobre a situação jurídica do nascituro e sua problemática, tendo o seu artigo apresentado de maneira crítica as teorias clássicas que versam sobre a situação jurídica do nascituro, bem como as novas perspectivas mais adequadas ao paradigma contemporâneo. Já Carolina Medeiros Bahia focou a responsabilidade civil pelo fato do produto, analisando a emergência da sociedade de risco e o seu impacto sobre o sistema brasileiro de responsabilidade civil pelos acidentes de consumo. Em seus estudos, Mateus Bicalho de Melo Chavinho investigou a teoria da aparência, sendo este um importante instituto doutrinário, tendo a finalidade de proteger a boa-fé e a confiança das pessoas nas relações jurídicas privadas.

As autoras Maria Cláudia Mércio Cachapuz e Mariana Viale Pereira analisaram a estrutura dos enunciados que traduzem a ilicitude no Código Civil, inclusive em perspectiva histórica, reconhecendo que o artigo 187 amplia a causa geradora de obrigações. Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto e Kelly Cristina Canela analisaram as questões concernentes à figura da responsabilidade pré-contratual, também conhecida como "culpa in contrahendo", no ordenamento jurídico brasileiro, em cotejo com outros ordenamentos, sobretudo o português. Jose Eduardo de Moraes e Priscila Luciene Santos de Lima fizeram um estudo, com o fim de elucidar a relação entre o grau de facilidade negocial e o custo transacional, apontando as serventias notariais e de registro como as instituições centrais dessa discussão.

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata pesquisaram sobre os fenômenos da aquisição e da transmissão das obrigações, sendo este tema essencial para a plena compreensão do funcionamento do tráfego jurídico. Igor de Lucena Mascarenhas e Fernando Antônio De Vasconcelos trataram das inovações decorrentes da regulamentação de novos institutos do direito, tendo como foco as lacunas legislativas e o risco sistêmico, mais precisamente o direito à indenização no contrato de seguro de vida em casos de eutanásia. Já Ana Luiza Figueira Porto e Roberto Alves de Oliveira Filho propuseram em seu trabalho fazer uma breve análise histórica sobre a evolução do mercado e da maneira em que os contratos o acompanharam, focando no surgimento das redes contratuais.

Cristiano Aparecido Quinaia e Tiago Ramires Domezi estudaram também o Estatuto da Pessoa com Deficiência, caracterizando-o como instrumento de transformação social. Já Iilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins fizeram uma releitura dos princípios da função social e da preservação da empresa, enquanto atividade destinada à produção e circulação de bens e serviços que tem de atender aos interesses coletivos. Marina Carneiro Matos Sillmann abordou a temática da curatela e da tomada de decisão, apurando se tais institutos são adequados para a proteção e promoção dos interesses da pessoa com deficiência psíquica.

Francieli Micheletto e Felipe de Poli de Siqueira pesquisaram sobre as redes contratuais no contexto das transformações da sociedade e do direito, representando clara expressão da função social dos contratos, trazida pelo Código Civil. Luis Gustavo Miranda de Oliveira avaliou, em seu trabalho, a Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach of Contract) que propõe a possibilidade de resolução contratual por iniciativa da parte devedora e a sua aplicabilidade. Aline Klayse dos Santos Fonseca e Pastora do Socorro Teixeira Leal focaram, em seu artigo, na ressignificação dos pressupostos tradicionais da Responsabilidade Civil para a consolidação de uma Responsabilidade por Danos comprometida com a prevenção. Já abordando mais uma vez o Estatuto da Pessoa com deficiência, Nilson Tadeu Reis Campos Silva fez uma análise das consequências do impasse legislativo criado pela edição do Estatuto da Pessoa com deficiência e do novo Código de Processo Civil.

Sobre a temática acerca do fim do casamento, Renata Barbosa de Almeida e Aline Santos Pedrosa Maia Barbosa analisam as providências de rateio patrimonial, sendo objeto de dúvida a comunicabilidade e partilha de quotas sociais. Luciano Zordan Piva e Gerson Luiz Carlos Branco pesquisaram acerca da insuficiência da legislação falimentar (Lei no. 11.101 de 2005) em incentivar o empresário a voltar ao mercado. Para tanto, em seu artigo, analisaram como o sistema falimentar norte-americano lida com semelhante temática. E, por último, Murilo Ramalho Procópio e Fernanda Teixeira Saches estudaram o instituto da indenização punitiva, a partir do referencial teórico do Direito como integridade, desenvolvido por Ronald Dworkin.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima

Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO BRASIL E EM PORTUGAL

ANALYSIS OF PRECONTRACTUAL LIABILITY IN BRAZIL AND IN PORTUGAL

Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto ¹
Kelly Cristina Canela ²

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar as questões concernentes à figura da responsabilidade pré-contratual, também conhecida como "culpa in contrahendo", no ordenamento jurídico brasileiro, em cotejo com outros ordenamentos, sobretudo Portugal, a fim de se estabelecer similitudes e divergências em sua aplicação pelos tribunais e seu estudo pela doutrina desses países. Para tanto será utilizado o método comparativo, tendo em vista que a temática é bem desenvolvida tanto na doutrina quanto na jurisprudência portuguesa, enquanto no Brasil os estudos carecem de maior aprofundamento e sistematização.

Palavras-chave: Responsabilidade pré-contratual, "culpa in contrahendo", Direito comparado

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to examine questions concerning the figure of the pre-contractual liability, also known as "culpa in contrahendo", in the Brazilian legal systems, in comparison with other legal systems, particularly Portugal, in order to establish similarities and differences regarding the court's application and the doctrine studies of those countries. For this it will be used the comparative method, considering that the theme is well developed both in doctrine and in Portuguese jurisprudence, while in Brazil the studies require further deepening and systematization.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Precontractual liability, "culpa in contrahendo", Comparative law

¹ Mestrando em Direito pela Unesp. Editor da Revista de Estudos Jurídicos da Unesp.

² Doutora em Direito pela USP. Mestre pela Universidade de Roma Tor Vergata. Professora do Departamento de Direito Privado da Unesp.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar algumas questões concernentes à figura da responsabilidade pré-contratual, também conhecida como *culpa in contrahendo*, nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de países europeus, notadamente de Portugal, a fim de se estabelecer similitudes e divergências em sua aplicação pelos tribunais e seu estudo pela doutrina desses países. Para tanto, será feita uma breve referência sobre a disciplina legal deste instituto nos ordenamentos jurídicos alemão e italiano em razão da importante contribuição que tais países trouxeram para o estudo da responsabilidade pré-contratual.

Dessa forma, a análise será desenvolvida através do aspecto comparativo entre a jurisprudência e doutrina brasileira e portuguesa, objetivando-se enfatizar a aplicabilidade do instituto da *culpa in contrahendo* nos dois países. Preliminarmente, há que se notar que ambos os ordenamentos fazem parte da mesma família jurídica – romano-germânica – afastando, numa primeira análise, dificuldades que são encontradas quando se compara duas famílias jurídicas distintas. Neste diapasão, buscar-se-á compreender influências interpretativas e soluções dadas no caso concreto encaminhadas no Brasil e nos referidos países.

Ademais, tem-se notado que a discussão acerca do tema já se encontra desenvolvida na Europa, enquanto no Brasil os estudos são introdutórios, carecendo de maiores reflexões, aprofundamentos e consolidação.

A comparação de sistemas jurídicos se apresenta, portanto, como uma eficaz ferramenta para a ampliação da cultura jurídica acerca do instituto da *culpa in contrahendo*, possibilitando a exploração de novas soluções dentro da seara contratual brasileira.

1. O MÉTODO COMPARATIVO EM DIREITO PRIVADO

Estabelecendo-se que o método de investigação será o comparativo, é necessário tecer algumas observações preliminares acerca do direito comparado, sobretudo na seara do direito contratual.

A utilização de soluções jurídicas encontradas além das fronteiras da jurisdição de um país vem atraindo crescente interesse. Isso ocorre porque, apesar de um país padecer de um problema jurídico, muitas vezes não se aprovam leis que possam dirimir as controvérsias suscitadas. Assim, o judiciário é chamado a resolver certos problemas ainda não regradados legislativamente. E, nessa tarefa, abre-se a possibilidade de buscar argumentos persuasivos em outros ordenamentos jurídicos. (SMITS, 2008, p.518)

Incertezas jurídicas são capazes de movimentar o judiciário na busca de soluções advindas do direito estrangeiro. Ao colocar os contratos como foco de estudo, percebe-se que, no caso brasileiro, há certa discussão acerca da responsabilidade pré-contratual, sobretudo por conta da redação do art. 422 do Código Civil, que não esclarece alguns pontos fundamentais. Desse modo, surgem indagações que o judiciário deve estar pronto para responder.

Apesar de alguns juristas – notadamente estadunidenses (SMITS, 2008). – não entenderem apropriado utilizar o direito comparado para interpretar a lei local, mas apropriado para escrevê-la, não se pode desprezar a relevância e a influência desempenhada pela comparação com outros sistemas jurídicos no caso da responsabilidade pré-contratual.

Além disso, salienta-se que os contratos têm sido objeto destacado na análise comparativa, especialmente por algumas razões: i) Contratos se destacam pela relevância econômica; ii) Contratos compõem campo fértil para analisar similitudes e diferenças entre *common law* e *civil law*; iii) Dos contratos se extraem múltiplas relações jurídicas (negociação, litígios etc.). (FARNSWORTH., 2008)

No presente trabalho, buscar-se-á realizar a tarefa de microcomparação, isto é, comparar institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes. Assim, pretende-se evidenciar o atual estágio de desenvolvimento do instituto da *culpa in contrahendo* no direito brasileiro e no direito português, confrontando as soluções mais adequadas oferecidas às necessidades atuais do direito interno e internacional. Buscar-se-á investigar as origens dos tratamentos legislativos e doutrinários destes países e a compatibilidade ou não destes ordenamentos, o que é muito relevante para a prática comercial entre estes países ligados historicamente, inclusive no âmbito jurídico.

2. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Inicialmente, importa notar o princípio da liberdade da forma como maneira de uma declaração de vontade produzir efeitos no universo jurídico. Isso se deve à perspectiva jusnaturalista que exalta a vontade e seu poder criador, percebendo nas formas uma maneira de limitar a liberdade (ROPPO, 2009, p.97). Assim, entende a doutrina contratual clássica que a liberdade não pode ser obstaculizada pela forma.

Entretanto, por vezes a utilização de uma forma específica é imperativo legal, de modo que a sua inobservância acarreta prejuízos à declaração factual da vontade, uma vez que pode ser entendida como nula, anulável ou inexistente no âmbito jurídico. A exigência de uma forma específica para declaração da vontade tem como objetivo salvaguardar o interesse

público, além de servir como eficiente mecanismo de proteção ao direito expressado pelas partes, tornando certo o fato da conclusão e o teor das cláusulas que o formam (ROPPO, 2009, p.100). Visa-se evitar controvérsias e possíveis litígios advindos dessas controvérsias. Assim, mesmo que, por vezes haja liberdade/faculdade de se adotar uma forma específica da contratação, as vantagens de se empregar uma forma – sobretudo a escrita – deixa o negócio celebrado mais claro e insusceptível a discussões.

Feita essa breve análise, importa explicar que a teoria da responsabilidade pré-contratual surgiu com Rudolf von Jhering no direito alemão. O referido jurista buscou argumentos nas fontes do direito romano para responsabilizar a parte culpada pela frustração de expectativa gerada em uma relação negocial ou pré-contratual, cuja expressão se percebe “na inobservância da necessária diligência por quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato” (MOURA VICENTE, 2001, p. 242). Assim, já na negociação dos termos do contrato, o comportamento errante de uma das partes geraria o dever de indenizar à contraparte.

A negociação é o momento que antecede o contrato, em que são estabelecidos os corolários da obrigação a ser cumprida tendo como finalidade alcançar o equilíbrio que tutela o interesse dos envolvidos. Atingido o equilíbrio ocorre a conclusão do contrato, e não ocorrendo o equilíbrio não ocorre a conclusão. Neste momento de negociação pode-se dizer que surge a possibilidade de indenização decorrente da quebra injustificada e arbitrária das tratativas.

Esse dever de indenizar visa proteger os deveres preliminares, evitando que uma postura antissocial desenvolvida por uma das partes gere prejuízos à contraparte. Conforme se verá nos tópicos a seguir muito se discute se o dever de indenizar decorre de uma responsabilidade contratual ou extracontratual.

Importa frisar que a responsabilidade pré-contratual não decorre da violação de pré-contrato. O pré-contrato, regido a partir do art.462 do Código Civil, é negócio jurídico, cujo inadimplemento resulta em típica responsabilidade contratual. (SERPA LOPES apud FRITZ, 2011, p.153)

O que se propõe é analisar como vem sendo entendido o período anterior a uma vinculação formal, que resultaria no contrato. Perquire-se, portanto, a responsabilidade que rodeia o período das negociações.

Conforme explica MENEZES CORDEIRO (2011, pp. 547-553), há três grupos de casos da *culpa in contrahendo*, quais sejam: a) dever de proteção dos negociantes na fase preliminar, isto é, as partes devem evitar condutas que possam causar prejuízos pessoais ou

patrimoniais, diretos ou indiretos à outra parte; b) dever de esclarecimento/informação, ou seja, espera-se que as partes forneçam informações necessárias que possam ser relevantes para a conclusão do contrato; c) dever de lealdade entre as futuras partes, o que impede a criação de obstáculos injustificáveis à conclusão do contrato, bem como a vedação de comportamentos que induzam a outra parte em erro.

Esta sistemática desenvolvida por Jhering e aperfeiçoada pela jurisprudência alemã e, sobretudo pela doutrina italiana, é embasada na boa-fé objetiva que deve orientar os negócios jurídicos, de modo que sejam cumpridos de maneira honesta e proba, afastando o individualismo excessivo que permeava a maioria das legislações civis europeias.

Importante mencionar que a responsabilidade pré-contratual não encontrou o mesmo desenvolvimento nos países de *common law*. Isso por conta da concepção de que as partes se vinculam apenas pelo contrato. O que se encontra antes do contrato é alheio à esfera de responsabilidade das partes. Essa postura advém da proteção ao princípio da liberdade contratual, de modo que somente há vinculação quando esta é a vontade inequivocamente expressada pelas partes. Todavia, conforme alerta MOURA VICENTE (2001, p.275), “a perspectiva tradicional é hoje reconhecida como insatisfatória face à complexidade crescente do processo negocial e aos novos problemas que ele suscita”. Nesse sentido, desenvolvem-se mecanismos outros, como a *misrepresentation* e o *promissory estoppel* como remédios contra posturas desonestas.

3. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NA ALEMANHA E ITÁLIA

A fim de se ter um panorama do tratamento legislativo conferido à responsabilidade contratual, decidiu-se por evidenciar as legislações dos países que mais desenvolveram a temática da *culpa in contrahendo*.

O direito alemão, a despeito de prever expressamente a responsabilidade pré-contratual apenas a partir da reforma do Código alemão de 2001, desenvolveu e expandiu as ideias iniciadas por Jhering. Conforme se verifica a partir dos escritos de Karina Nunes Fritz (2011), a *culpa in contrahendo* possui âmbito normativo mais extenso, sendo atribuído às fases anteriores às negociações, momento em que as partes se encontram em mero contato negocial.

Segundo a autora, isso ocorre em função de o conceito obrigacional na Alemanha ser mais amplo que no Brasil, de modo que a relação obrigacional não fica restrita como um

vínculo jurídico em função do qual “o credor tem o direito de exigir o cumprimento de um dever de prestação do devedor” (FRITZ, 2011, p. 155). Há, na Alemanha, o entendimento que existem relações obrigacionais sem o dever de prestação, justificando, então a ampla aplicação da responsabilidade pré-contratual.

Esse fato pode ser percebido a partir da leitura do §311 do Código Civil Alemão (BGB):

Obrigações criadas por negócios jurídicos e obrigações similares a negócios jurídicos

(1) A fim de criar uma obrigação por um negócio jurídico e para alterar o conteúdo de uma obrigação, um contrato entre as partes é necessário, salvo disposto em contrário pela lei.

(2) Uma obrigação com deveres relativos à seção 241 (2) também passa a existir com

1. O início das negociações contratuais

2. A preparação de contrato em que uma parte, considerando uma relação contratual em potencial, confere à outra parte a possibilidade de atuar sobre seus direitos, interesses jurídicos e outros interesses, ou confia-lhe os mesmos, ou

3. Contatos negociais similares.

(3) Uma obrigação com deveres decorrentes do §241, alínea 2, pode surgir em relação a pessoas que não estão intencionadas a fazer parte de um contrato Tal obrigação passa a existir especialmente quando o terceiro toma para si confiança considerável e, assim, influencia significativamente as negociações pré-contratuais ou a conclusão do contrato. (Tradução nossa) ¹

Já a legislação italiana traz a perspectiva da responsabilidade pré-contratual no art. 1337 do seu Código Civil, com redação datada de 1942:

Tratativas e responsabilidade pré-contratual

As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé. (Tradução nossa) ²

¹ Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions

(1) In order to create an obligation by legal transaction and to alter the contents of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by statute.

(2) An obligation with duties under section 241 (2) also comes into existence by

1. the commencement of contract negotiations

2. the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or

3. similar business contacts.

(3) An obligation with duties under section 241 (2) may also come into existence in relation to persons who are not themselves intended to be parties to the contract. Such an obligation comes into existence in particular if the third party, by laying claim to being given a particularly high degree of trust, substantially influences the pre-contract negotiations or the entering into of the contract.

² Art. 1337 Trattative e responsabilità precontrattuale

Nota-se que na Itália há previsão legal que protege as partes no momento das tratativas do contrato.

4. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL EM PORTUGAL

A legislação civil portuguesa trilha caminho semelhante ao italiano em seu art.227:

(Culpa na formação dos contratos)

1. Quem negoceia 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.

Acertadamente, o legislador português estabeleceu expressamente o marco regulatório da *culpa in contrahendo*, não deixando a cargo da jurisprudência ou da doutrina preencher o seu significado, como ocorre no Brasil.

Conforme ensina MOURA VICENTE (2001, p.262), a legislação portuguesa recebeu influência do Código Civil italiano, que desenvolveu a teoria de Jhering.

Nota-se, todavia, que se deixou a cargo da interpretação casuística as hipóteses que gerariam o dever de indenizar pela ruptura das negociações. Dessa forma, tendo por base um desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva (dever de informar, dever de lealdade e dever de proteção), observadas as peculiaridades do caso, pode gerar a obrigação ao causador de indenizar a parte que suportou os prejuízos advindos dessa conduta. MENEZES CORDEIRO (2011, p.582) assinala que os deveres de proteção têm como decorrência evitar danos à contraparte, seja à sua pessoa, seja a seus bens, seja danos indiretos. Além disso, chama atenção para os deveres de informação, de modo que as partes têm que prestar esclarecimentos necessários à honesta conclusão do contrato. Por fim, explica que os deveres de lealdade vinculam os negociadores, afastando-os de comportamentos que desviem de uma negociação correta e honesta. Nesse diapasão, cumpre esclarecer que se incluem os deveres de sigilo, de cuidado e de atuação consequente.

Importa destacar, ainda conforme MENEZES CORDEIRO (2011, p.584), que a *culpa in contrahendo* portuguesa funciona com independência face ao futuro contrato, de

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

modo que o contrato interessa tão somente para saber como se decorreram as negociações preliminares. Ademais, esclarece o autor que a responsabilidade da *culpa in contrahendo* portuguesa ocorre por ofensa aos deveres de comportamento pautados na boa-fé.

Conforme Moura Vicente (2014), em análise à jurisprudência portuguesa, nota-se que, para ocorrer *culpa in contrahendo* deve-se analisar a ocorrência de: a) fato ilícito; b) culpa; c) dano; d) nexo de causalidade.

Na explicação do referido autor, há destaque para o dever de informar no âmbito dos atos ilícitos, tendo a corte portuguesa esclarecido que uma das partes tem o dever de informar quando souber que a outra parte desconhece determinada qualidade ou circunstância relevante para a conclusão do negócio. Além disso, as partes devem observar o dever de lealdade, decorrente da boa-fé objetiva. Por fim, o último pilar relativo aos fatos ilícitos na jurisprudência portuguesa diz respeito ao rompimento intencional das negociações que normalmente se conduziriam para um resultado positivo, ou situações em que tenha sido criada convicção razoável de que o contrato se concluiria, mas que sofre arbitrário rompimento.

Acerca da culpa, esclarece que o tribunal utiliza-se da aferição conforme a responsabilidade civil em geral, sendo mitigada ou maximizada conforme análise do caso concreto. De acordo com sua análise, a jurisprudência portuguesa mistura elementos da responsabilidade contratual com elementos da responsabilidade extracontratual, concluindo que, em Portugal, o regime da responsabilidade pré-contratual é híbrido. (MOURA VICENTE, 2014, p.11).

Sobre o dano, explica-se que o entendimento majoritário da jurisprudência vai no sentido de ressarcir os interesses negativos, isto é, danos emergentes e lucros cessantes, hipóteses que se afiguram por conta da não conclusão do contrato.

Finalmente, para que seja caracterizada a *culpa in contrahendo*, deve-se demonstrar o nexo de causalidade entre o fato gerador da lesão e o dano sofrido. Assim, essa questão também será analisada no caso concreto.

5. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO BRASIL

A responsabilidade pré-contratual não possui previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro. Sua aplicação decorre de uma interpretação conjunta de valores constitucionais com o art. 422 do Código Civil. Esse artigo se traduz na cláusula geral de boa-

fé, que exige atenção aos princípios da probidade e da boa-fé aos contratantes “na conclusão do contrato como em sua execução”.

Inicialmente, importa analisar um ponto controvertido, objeto de críticas na doutrina civilista brasileira, qual seja, a distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual – também chamada de aquiliana.

Das lições de Silvio Rodrigues (2003, p.9), extrai-se que há uma corrente que entende que as duas responsabilidades são da mesma natureza, não havendo sentido discipliná-las separadamente. O autor concorda inicialmente, ao afirmar que vários pressupostos são comuns aos dois tipos de responsabilidade, como, por exemplo, “a existência do dano, a culpa do agente e a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima ou pelo outro contratante”. Todavia, entende ser conveniente a distinção, pois ela se justifica amplamente (RODRIGUES, 2003, p.10). Exemplifica citando o tratamento diferenciado em matéria de prova na responsabilidade contratual e na responsabilidade extracontratual, além de chamar atenção para diferentes tratamentos concedidos ao menor púbere que se vincula a contrato.

O ponto central, que giza a fronteira entre os dois tipos de responsabilidade, pode ser considerado o fato de a indenização na responsabilidade contratual ser um substitutivo da prestação contratada, enquanto na responsabilidade extracontratual a indenização substitui aquilo que se calcula tenha sido o prejuízo da vítima do ato ilícito (RODRIGUES, 2003, p.9).

Orlando Gomes (2006, p.180), em posição parecida, esclarece que a responsabilidade contratual resta caracterizada pela preexistência da relação obrigacional, ao passo que na responsabilidade extracontratual a obrigação de indenizar é conteúdo imediato de obrigação imposta pela lei.

Fato é que o Código Civil de 2002 adotou a distinção, regrando a responsabilidade extracontratual nos artigos 186 e 927, e a responsabilidade contratual no art. 389, consagrando o entendimento de que há, sim, distinções entre esses tipos de responsabilidade.

Superada essa discussão, passa-se à caracterização da responsabilidade pré-contratual no ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração que a frustração do negócio jurídico ocorre em momento anterior a uma vinculação formal.

Caio Mário da Silva Pereira (2011, p.314) alerta para a discussão acirrada que existe na doutrina acerca da natureza da responsabilidade oriunda da *culpa in contrahendo*. O referido autor se filia à corrente de que a responsabilidade pré-contratual tem caráter extracontratual sob o argumento que não se estaria violando uma convenção entre as partes,

mas, sim, um dever genérico de não prejudicar. Acredita, portanto, que a ocorrência da *culpa in contrahendo* resulta numa violação a norma genérica e não ao contrato.

Já Antonio Junqueira de Azevedo (2011, pp.615-624) desfere severas críticas à previsão legislativa do art. 422 do Código Civil de 2002, que fundamenta a responsabilidade pré-contratual. Nas palavras do autor, “o artigo é insuficiente, deficiente e, além de tudo, revela que está num paradigma anterior aos tempos nos quais estamos vivendo”. Quanto à insuficiência, explica que o artigo se limita ao período concentrado entre a conclusão e a execução do contrato, deixando sem previsão o momento pré-contratual. Além disso, alega que o artigo padece de deficiência ao premiar apenas a ideia de ajudar na interpretação do contrato (*adjuvandi*) e não as ideias de suprir falhas do contrato (*supplendi*) e corrigir algo que não se afigura como justo (*corrigendi*). Por fim, atesta que é um artigo baseado na lógica do “paradigma do juiz”, isto é, trata-se de um conceito vazio do ponto de vista axiológico, necessitando de um preenchimento por parte do juiz, o que vai contra a tendência contemporânea que é justamente uma espécie de “autossuficiência” das partes.

Visando corrigir as falhas apontadas pelo eminente jurista, procedeu-se à tentativa de mudança legislativa do art. 422 através do Projeto de Lei (PL) n. 6960 de 2002, proposto pelo Deputado Federal Ricardo Fiuza. Pretendia-se nesse PL a alteração substancial de vários artigos do Código Civil de 2002, inclusive do art. 422. O ponto de interesse para o estudo é a ampliação da aplicação da boa-fé, estendendo-se aos momentos pré e pós-contratuais. A proposta era de que o referido artigo passasse a vigorar nos seguintes termos:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.

A fim de evidenciar as mudanças propostas, evidencia-se o art. 422 vigente:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Todavia, apesar de acolher as críticas do Prof. Junqueira de Azevedo, o PL 6960/02 não logrou êxito, tendo sido arquivado em 2008.

Na doutrina civilista moderna, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2015, p.115) discordam das razões de Junqueira de Azevedo ao alegarem que os deveres de conduta relacionados à boa-fé no período de negociações preliminares estão implícitos no art. 422. Defendem que se trata de uma norma de textura aberta, induzindo os operadores ao seu preenchimento.

Há que se notar, porém, que, a despeito de não haver previsão legislativa expressa acerca da responsabilidade pré-contratual, a jurisprudência e a doutrina vêm suprimindo essa lacuna, notadamente através das Jornadas de Direito Civil encabeçadas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF).

Estes enunciados, que têm como finalidade orientar a aplicação do Direito Civil, representam a influência dos escritos da doutrina e da jurisprudência, consolidando uma posição de conduta diante do caso concreto. Nesse sentido, o art. 422 foi objeto de discussão em vários encontros, sendo editados os seguintes enunciados:

Enunciado 24 do CJF: 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.

Enunciado 25 do CJF: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

Enunciado 170 do CJF: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

Não se poderia deixar de atentar para o fato de que o próprio Prof. Antonio Junqueira de Azevedo foi um dos coordenadores da comissão de trabalho que aprovou os referidos enunciados, evidenciando a sua desaprovação pela redação do art. 422 do Código Civil e configurando uma postura ativa em sua reinterpretação.

Cristiano Zanetti (2005, p. 2), no mesmo sentido de Antonio Junqueira de Azevedo, chama atenção para o fato de o legislador brasileiro ter negligenciado os casos de ruptura das negociações, mas esclarece que o Código Civil fornece instrumentos que permitem determinar a responsabilidade pelos danos causados pelos problemas advindos da relação pré-contratual.

Em síntese, para o referido autor, a extensão da cláusula geral de boa-fé ao período das negociações não decorre do art. 422 do Código Civil (ZANETTI, 2005, p.55). Argumenta que, se assim fosse, se estaria atribuindo eficácia ao “não-ser”, uma vez que ainda não há contrato no momento da sua negociação. Atribui, portanto, eficácia ao art. 187 do Código

Civil, que trata do ato ilícito cometido por titular de direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé. Assim, a esfera da responsabilidade pré-contratual não seria abrangida pelo disposto no art. 422, mas sim pelo art. 187 que trata dos atos jurídicos.

Esta posição encontra semelhanças com a opinião, exposta alhures, de Caio Mário da Silva Pereira, mas vai de encontro com os postulados iniciais de Jhering (2008, p.2), que afastava a aplicação dos princípios da “culpa extracontratual”. Para o jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris, citado por Nelson Nery e Rosa Nery (2013, p.643), a responsabilidade pré-contratual se caracteriza como figura intermediária entre o contrato e o ato ilícito extracontratual.

Arrematando sua opinião acerca do caráter extracontratual da ruptura das negociações, Zanetti (2005, p.209) explica que o direito brasileiro, ao reconhecer o princípio da autonomia privada, acaba por proteger a liberdade de deixar de celebrar o contrato, concluindo-se que há um direito de não concluir o contrato por parte daquele que está negociando.

Pontes de Miranda (2005, p.437) também entende pela não aplicação de responsabilidade contratual, uma vez que afirma não haver pré-eficácia do contrato em relação ao descumprimento das tratativas preliminares, de modo que não se há cogitar infração de dever oriundo de negócio jurídico.

Todavia, em explicação mais abrangente, esclarece Dario Moura Vicente (2004, p.03) que, por conta de o art. 422 não expressar a responsabilidade pré-contratual, o intérprete é remetido às regras gerais de responsabilidade civil contratual e extracontratual (art. 389 e art. 927), extraindo a necessidade da ocorrência de quatro hipóteses para configuração da *culpa in contrahendo*: a) ato ilícito; b) culpa; c) dano indenizável e d) nexo causal.

Antonio Chaves (2011, p.245), por sua vez, entende que para haver responsabilidade pré-contratual, além da culpa, dano e nexo de causalidade, é necessário haver consentimento às negociações em vez de ato ilícito.

Esse último posicionamento encontra aplicação no Superior Tribunal de Justiça brasileiro, conforme se extrai do REsp 1.051.065, julgado em 21/02/2013, pelo Ministro Villas Bôas Cueva (Publicado no DJe em 27/02/2013), em que se verifica o art. 422 como base para aplicação da boa-fé e seus deveres anexos, exigindo, no caso concreto, o preenchimento da ocorrência de: i) consentimento prévio e mútuo no início das tratativas; ii) afronta à boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo das tratativas; iii) existência de prejuízo e iv) relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido.

Todavia, esse posicionamento do STJ que, de certa forma consolida as hipóteses de ocorrência de responsabilidade pré-contratual ainda não gerou vultoso número de demandas para que se verificasse a sua aplicabilidade. Dessa maneira, não é possível dizer se esta teorização não foi recebida pelos juízes ou se são os advogados que não se apercebem da possibilidade de responsabilização pré-contratual.

Diante desse embate de posicionamentos, pode-se extrair que a responsabilidade pré-contratual brasileira é embasada em um dever contratual de boa-fé (art. 422 do Código Civil), mas é, também abrangida pela aplicação da responsabilidade extracontratual (prevista nos artigos 186, 197 e 927 do Código Civil). O seu cotejamento com a autonomia privada coloca as soluções brasileiras em posição única, uma vez que se confundem elementos contratuais e extracontratuais.

CONCLUSÕES

Diante da breve análise feita foi possível notar que a espécie de responsabilidade em tela exigiu, nos países europeus analisados, um longo período de elaboração doutrinária e jurisprudencial até a sua consolidação expressa nos códigos civis. Todavia, observamos que este tema é ainda muito controvertido no direito brasileiro, exigindo ainda dos juristas um maior aprofundamento.

Nota-se que o legislador brasileiro não explicitou a *culpa in contrahendo* no Código Civil assim como fizeram os legisladores europeus. Esse fato contribui para o baixo desenvolvimento dos estudos e aplicação acerca da responsabilização pela ruptura das negociações no Brasil. Este fato amplia a controvérsia acerca da aplicação do instituto, gerando insegurança jurídica.

Apesar de a doutrina clássica entender que a responsabilidade pré-contratual esteja inserida no âmbito da responsabilidade extracontratual, restou evidenciado que na Alemanha o tema é enfrentado como responsabilidade contratual. Este amplo posicionamento de doutrinadores brasileiros talvez se deva à amplitude da responsabilidade extracontratual, de modo a englobar mais facilmente os fatos de ruptura negocial.

Todavia, alguns precedentes judiciais mostram o que parece o começo de um distanciamento entre doutrina e jurisprudência, ao menos no que tange a responsabilidade pré-contratual. Nota-se que as cortes brasileiras têm adotado uma solução semelhante à sistemática adotada por Portugal, uma vez que ambos os sistemas exigem a ocorrência de culpa, a materialização de um dano e o nexo de causalidade entre o dano e o evento danoso.

Isso ocorre, talvez, por conta da proximidade legislativa entre os dois países, identidade linguística e fatores históricos comuns. Dessa maneira, fixam-se as bases para o enquadramento na responsabilização contratual em vez da responsabilização aquiliana.

Importa notar que a boa-fé objetiva embasa a lógica do sistema brasileiro e dos sistemas europeus aqui retratados, de modo a facilitar o intercâmbio de soluções desenvolvidas pelos tribunais desses países.

Dessa maneira, apesar de não ter o regramento explicitado pela legislação, a jurisprudência brasileira se ocupou de dar a solução adequada às hipóteses de responsabilidade pré-contratual. E os estudos e aplicações portugueses aparecem como importante fonte comparativa, de onde se inspiram as soluções brasileiras.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Introdução ao direito comparado**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CHAVES, Antonio. Responsabilidade pré-contratual. In: **DOCTRINAS Essenciais de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 245-257. Vol. 2.

COUTO E SILVA, Clóvis. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARNSWORTH, E. Allan. Comparative Contract Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 899-935.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. In: **DOCTRINAS Essenciais Obrigações e Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 149-198. Vol. 4.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

MOURA VICENTE, Dário. **A culpa na formação dos contratos em Angola e em Portugal**. 2014. Disponível em: <<http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Vicente-Dario-A-culpa-na-formacao-dos-contratos-em-Angola-e-Portugal.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2015.

_____. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 18, pp. 03 - 20, abr./jun., 2004.

_____. **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil comentado**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil: Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PONTES DE MIRANDA,. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2005. Tomo XXXVIII.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SMITS, Jan. Comparative Law and its influence on national legal systems. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 513-538.

VON JHERING, Rudolf. **Culpa in contrahendo**: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Coimbra: Almedina, 2008. Tradução de Paulo Mota Pinto.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.