

## A BOA FÉ COMO PRINCÍPIO NAS RELAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

Paulo Brasil Dill Soares\*

**Sumário:** Introdução. 1. Os Elementos Exógenos e Endógenos Atentatórios ao Princípio da *Bona Fides*. 1.1. Da Simples Desistência. 1.2. Da Contratação com Terceiro Concorrente. 2. As Negociações Concomitantes Paralelas e Conflitantes. 2.1. O Direito à Informação. 2.2. O Ato Jurídico Solene. 2.3. A Impossibilidade Jurídica ou Física do Objeto. 2.4. A Revogação das Entabulações Negociais. 2.4.1. Do Dever de Sigilo. 3. Violação do Direito e do Interesse. 3.1. Do Interesse Negativo. 3.1.1. Da validade cognitiva. 3.2. A Teoria do Interesse Negativo na Contemporaneidade. 3.3. A Liquidação da Indenização. 3.3.1. O dano emergente. 3.3.2. O Lucro Cessante e a controvérsia doutrinária. 3.4. O Nexo de Causalidade na Responsabilidade pela Ruptura Pré-contratual. Considerações Finais.

- **Resumo:** O presente artigo pretende analisar os reflexos das reestruturações por que passa o direito privado, através da publicística dos princípios consagrados na legislação civil brasileira e no direito comparado, recriando a importância do princípio da boa fé objetiva na teoria dos contratos, destacadamente, na fase preambular. Será examinado o novo perfil do princípio da *bona fides*, uma vez que os atos contratuais *lato sensu* criam para os contraentes uma confiança legítima na efetivação do negócio, caso não surja um motivo relevante para seu rompimento, gerando para aquele que negocia um dever jurídico cuja infringência enseja a sua responsabilização pelos prejuízos causados ao outro negociante.
- **Palavras chaves:** Princípio da boa fé objetiva; teoria dos contratos; negócio preliminar; responsabilidade civil.
- **Abstract:** This article aims to analyze the impacts of restructuring experienced by the private law publicistic by the principles enshrined in the Brazilian civil law and comparative law, recreating the importance of the principle of good faith in the objective theory of contracts, particularly, in preliminary stage. Will examine the new profile of the principle of *bona fides*, since the contractual acts broadly to create a legitimate contractors in the execution of the business, if there arises a relevant reason for his break, leading to one who negotiates a legal duty whose any breach gives rise to its liability for damage caused to another dealer.
- **Keywords:** Principle of good faith objective; contract theory; primary business; liability.

### Introdução

A dinâmica negocial contemporânea permite que diversos contratos sejam negociados e consumados para os mais diversos objetos lícitos. Por sua vez, os contraentes inauguram, na fase das tratativas, expectativas da efetivação contratual. Nota-se que muitas relações são rompidas injustificadamente antes da execução do contrato, acarretando para uma das partes um prejuízo econômico. A doutrina estrangeira e nacional elabora estudos sobre um exame específico no campo da responsabilidade civil: a responsabilização do contratante que no exercício abusivo de um direito, sem justo motivo, promove a ruptura das tratativas.

---

\* SOARES, Paulo Brasil Dill. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito Empresarial e Direito do Consumidor na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ/ ITR- Advogado. Membro das Comissões de Direito do Consumidor e Direito Constitucional do IAB. Autor de obras relacionadas ao Direito Falimentar e Direito do Consumidor.

Os contraentes já constituíram vínculo obrigacional existindo, portanto, direitos e obrigações a serem cumpridos por ambas as partes, e seu descumprimento acarreta a inoperância do objeto pactuado, existindo um contrato solene atribuindo obrigações de fazer ou não fazer para cada um dos pactuantes. Podendo a parte prejudicada exigir a responsabilização do inadimplente contratual, mediante a aplicação da cláusula penal compensatória previamente estipulada. A teoria da responsabilidade civil pelo exercício abusivo do direito ao rompimento das tratativas negociais encontra-se em uma área de discussão mais polêmica e antecipada à anterior, pois ainda não existe um contrato de fato, mas, expectativas de direito inseridas na relação pré-contratual e não direito adquirido. A natureza jurídica dessa modalidade de responsabilidade civil não encontra correspondência no modelo aquiliano ou contratual, mas em uma terceira via.

O exercício regular do direito de contratar compreende a alternativa de contratar ou não. Uma vez pactuado, há liberdade na fixação das cláusulas que terão vigência durante o contrato e que serão estendidas após o seu término. O contrato nasce das declarações recíprocas das vontades livremente manifestadas, sucedendo três fases distintas. A primeira delas cuida das tratativas, com a aceitação das cláusulas estipuladas pelas partes; a segunda etapa refere-se à execução do objeto contratual e a terceira e última fase é chamada de pós-contratual, onde se destaca o compromisso com a segurança da matéria pactuada. Nessas fases se observa a aplicação do princípio da boa fé objetiva.

Será fixado o momento vinculativo em que as partes manifestam o encontro de declarações de vontade, por meio de sucessivas tratativas preparatórias, através de troca de informações sobre o objeto do contrato a ser estipulado, e negociam as bases da contratação. Assim, em regra, o contrato é precedido de um estágio formativo que, dependendo da essência do objeto contratual, poderá passar por várias subfases, prolongando-se ou não no tempo.

Somente na análise do caso concreto, observando o nível de envolvimento negocial já ocorrido entre as partes, é que se pode caracterizar o abuso ou não de direito. Em princípio, a fase anterior, a de pré-contratação, poderá não configurar um vínculo jurídico entre os contratantes, não os obrigando a contraprestações recíprocas, como nos casos de indenização por gastos empreendidos na realização de projetos de viabilidade.

É oportuno lembrar que hoje o contrato preliminar é tratado pelo Código Civil de 2002, na Seção VIII, do Título V, com a rubrica "*Dos Contratos em Geral*", nos artigos 462 a 466. Para a doutrina clássica, os pactuantes não estão obrigados na fase das tratativas porque não se constituiu ainda o nexó de ligação obrigacional entre eles. Contudo, existem situações com que o rompimento das tratativas anteriores ao pré-contrato ou contrato preliminar pode gerar a responsabilização daquele que assim procede abusivamente como se verá ao longo deste artigo.

## **1. Os Elementos Exógenos e Endógenos Atentatórios ao Princípio da *Bona Fides***

Os elementos configuradores da responsabilidade civil pela ruptura pré-contratual são os seguintes: a verificação da infringência do princípio da boa fé e da existência efetiva de negociações, e, também, do dano e do nexo de causalidade, que serão temas de análise *a posteriori*. Algumas hipóteses, porém, podem ser caracterizadas através da responsabilização pela interrupção das negociações, podendo ser divididas em oito subgrupos: 1º) o contraente suspende pura e simplesmente as negociações, por ter desistido de efetivar o contrato; 2º) o pactuante rompe as tratativas para efetivar o negócio com um terceiro; 3º) o contraente negocia ao mesmo tempo com diversos concontratantes, para, em seguida constituir o negócio com apenas um deles, rompendo as tratativas com os demais; 4º) um dos contraentes efetiva proposta obrigatória ao outro, mas vem a revogá-la antes da aceitação manifestada por este; 5º) o pactuante inicia as negociações para a conclusão de um contrato, cujo objeto é impossível ou juridicamente inviável; 6º) as partes estabelecem as bases do negócio jurídico, que está sujeito à forma especial, vindo uma delas a desistir do negócio em momento anterior à sua formalização; 7º) o agente fornece ao outro contraente informações inexatas sobre o conteúdo do negócio jurídico projetado ou omite informações fundamentais para o exame da conveniência da realização do contrato, levando-o a negociar baseado em falsas premissas, situação em que o contraente se vê obrigado a encerrar as negociações, assim que tem ciência do real conteúdo do negócio, por culpa da outra parte; e 8º) um dos contraentes, quando as tratativas se encontram em fase adiantada, viola o seu dever de sigilo, inviabilizando o contrato.

### **1.1. Da Simples Desistência**

Serão analisados os casos configurativos da mera desistência dos pactuantes durante a fase das tratativas e sua devida responsabilização. A simples ruptura do contrato acontece sem a identificação dos demais elementos figurativos de natureza externa e objetiva da responsabilidade pré-contratual, não havendo nenhum fato extraordinário que motive os concontratantes a romper o negócio. O fato extraordinário pode ser compreendido como os atos praticados pelo agente durante as negociações, resultantes no dever de confiança e de certeza que os contraentes depositam na realização do contrato. A responsabilidade pela ruptura do negócio será caracterizada quando o contraente que deu ensejo a ruptura agiu sem justo motivo, isto é, não existindo razão prevista no sistema jurídico como legítima para a dissolução do negócio. Dessa forma, o pactuante que interrompe as negociações gera uma confiança extraordinária quanto à concretização do negócio. Para ocorrer a responsabilidade pela ruptura das tratativas é necessário que os contratantes tenham estabelecido discussões sobre elementos essenciais do contrato (RICHETER, 1996: 29)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Giorgio Richeter citando a decisão da Corte de Cassação n° 2.335, de 25 de fevereiro de 1992, menciona que a jurisprudência italiana tem exigido para a configuração da responsabilidade que os elementos essenciais do contrato tenham sido objeto de deliberação entre as partes, conforme se pode ver do seguinte trecho da mencionada decisão: "la parte che violi l'obbligo di comportarsi

A confiança no prosseguimento do contrato é externalizada por atos e fatos, como por exemplo, o agente conhecer e incentivar a realização pelo outro pactuante de gastos extraordinários para dar continuidade ao negócio, ou ainda, dispensando outras propostas sobre o objeto negociado (TOURNEAU, 1998: 485)<sup>2</sup>. O conhecimento prévio da realização de despesas extraordinárias pelo contraente que rompe as tratativas ou, então, a ciência de que outro pactuante está abandonando o negócio são requisitos que provaram a responsabilização pela simples desistência do contrato. O direito potestativo de romper os pactos deve ser seguido de um justo motivo, pois o direito valora os comportamentos padrões exercitados por aqueles que estão sujeitos ao seu manto. Assim, para que agente interrompa as negociações é necessário que apresente uma justificativa razoável podendo ser responsabilizado e devendo arcar com os prejuízos suportados pelo outro pactuante de boa fé, caso não exista tal justificativa.

Cabe observar, que mesmo nas hipóteses em que o agente previamente dá conhecimento que despendará de um gasto extraordinário ou que haverá desistência de outros negócios; para ensejar a responsabilização dependerá de acontecimentos que certifiquem a presença da confiança na realização do negócio (COSTA, 1994: 56)<sup>3</sup>. A responsabilização pela ruptura será devida se comprovada que um dos contraentes consultou o outro sobre a sua disposição efetiva de realizar o negócio em momento que antecedeu ao seu ato de empreender uma despesa relevante e extraordinária. É preciso que haja uma justificativa para que, posteriormente, se rompa o negócio sem haver responsabilização pelos prejuízos causados ao outro pactuante.

O julgado do Supremo Tribunal espanhol, mencionado na obra de Josep Aguado, cita decisão de um banco espanhol que oferta uma vaga em uma de suas filiais; o concorrente ao cargo, após uma série de atos pré-contratuais tem a efetiva confiança que o cargo será seu, tomando, assim, diversas providências. Posteriormente, o Banco desiste da contratação do destinatário da oferta. O Tribunal espanhol, com fulcro na teoria da *culpa in contrahendo*, julgou que a instituição

---

secondo buona fede è tenuta nei confronti dell'altra parte al risarcimento del danno, ma è altrettanto vero che, sia pure a livello di semplici trattative, è necessario che le parti abbiano preso in considerazione gli elementi essenziali del contratto che si propongono, o sperano, di stipulare, nel qual caso soltanto si configura il fondato affidamento delle parti stesse, o di taluna di esse, sulla futura conclusione del negozio."

<sup>2</sup> Philip afirmava que: "Plusieurs éléments sont pris en considération dans l'appréciation de la faute: les frais engagés, l'importance et la singularité (ou non) du contrat discuté, l'état d'avancement des négociations avant la rupture et leur durée."

<sup>3</sup> O autor português Mário Júlio de Almeida Costa afirma acerca do tema: "Figuremos, todavia, um exemplo diverso: a sociedade A mantém, desde há vários anos, o exclusivo da venda, em certa região, das viaturas automóveis produzidas pela sociedade B; antes do termo do contrato e como condição da sua renovação, a sociedade B apresenta à sociedade A determinadas exigências, que consistem na modernização das respectivas oficinas e na aquisição de um certo quantitativo de peças sobressalentes; a sociedade A não só transforma as oficinas, tendo previamente submetido o projecto à aprovação dos técnicos da sociedade B, como lhe adquire a maquinaria e as peças sobressalentes indicadas; porém, chegada a altura própria, a sociedade B recusa-se, sem motivo justificado, a renovar o contrato".

bancária deveria indenizar pelos prejuízos materiais suportados pelo ofertado, devido ao rompimento injustificado da oferta anteriormente efetivada (AGUADO, 1996: 30)<sup>4</sup>. O dever de lealdade deve presidir toda a relação entre as partes que negociam.

O mercado atual leva os contraentes a pactuarem previamente as condições do contrato e, posteriormente, a estarem sujeitos à formalização e ao exame de certos aspectos formais, contábeis, ou à realização de um inventário de bens. O preço e o objeto do negócio estão, portanto, fixados. Devendo, somente, serem verificados os aspectos formais ou não essenciais à sua celebração. Nessa situação, o recesso injustificado de uma das partes pode gerar a sua responsabilização pelos danos que causar ao outro contraente.

Nos contratos com maior grau de complexidade, incentivada por ambas as partes, surge para os contraentes deveres de conduta, dentre eles o dever de lealdade na condução das negociações (DIAS, 1994: 321). Quando um dos concontratantes comunica ao outro a sua disposição de realizar despesas extraordinárias ou afastar outros interessados no negócio, e, não havendo manifestação de confiança do outro contraente para a celebração do negócio, não se configura a hipótese de ruptura imotivada das negociações, descaracterizando o dever de indenizar a outra parte. Porém, verifica-se que foi despendido tempo e dinheiro por um dos contraentes durante o desenrolar das negociações empreendidas, por causa da confiança incutida por uma das partes na outra, deverá essa ser responsabilizada. A liberdade e a faculdade de não contratar não ficam, convém ressaltar, em hipótese nenhuma suprimidas.

Em se tratando de contratos complexos, em virtude do dever de lealdade, surgirá o dever de indenizar os prejuízos suportados pelo contratante que em negociações preliminares teve o princípio da confiança violado. Cabe nas negociações complexas mensurar a legitimidade ou não do motivo. A ruptura é efetivada com base no direito potestativo da liberdade contratual. Contudo, o exercício desse direito pode acarretar a violação de algum outro dever jurídico do seu titular, vindo a fazer surgir para ele outras conseqüências jurídicas.

## **1.2. Da Contratação com Terceiro Concorrente**

A possibilidade de dois contraentes se encontrarem em negociações e, por ventura, o negócio ser efetivado com um terceiro é grande no mundo dos grandes contratos. Deve ser analisado se a contratação com terceiro durante uma tratativa anterior ensejaria a responsabilização pela interrupção das negociações com o outro

<sup>4</sup> A decisão referida é de 16 de maio de 1988 e a referência efetivada pelo autor é RAJ 4308. Josep Aguado cita decisão em que um banco sediado na Espanha efetiva uma oferta de emprego em sua filial em Miami, nos Estados Unidos da América. O destinatário da oferta e a sua mulher tomam, então, diversas providências para a sua mudança, tais como a venda de automóveis e o pedido de demissão da mulher do seu emprego. Posteriormente, o Banco desiste da contratação do destinatário da oferta. O Tribunal espanhol, com base na doutrina da *culpa in contrahendo*, condenou o Banco a indenizar os prejuízos materiais e morais sofridos pelo casal, em razão da ruptura injustificada da oferta anteriormente efetivada.

contratante. Um exame dogmático do caso suscitado nos levaria a premissa de que durante as negociações as partes possuem um direito de preferência na realização do contrato.

O direito positivo brasileiro não faz previsão do direito de preferência durante as tratativas. Sob o enfoque legalista, - o instituto da preempção - haveria uma liberdade para os contraentes na constituição de um negócio com terceiros, mesmo se antes vinha em tratativas com outro sujeito. Mas, sob o enfoque do princípio da boa fé, o negociante durante a celebração das tratativas deve informar a outra parte, não comportando solução tão simples quanto a que foi acima dogmaticamente apresentada.

O uso da faculdade de não contratar durante as tratativas complexas causa conseqüências jurídicas diversas, isto é, o dever de reparar os danos ocasionados a outra parte, em virtude da violação do dever de lealdade que tinha relativamente a outra parte nas negociações. Assim, o dever de reparar o dano irá se caracterizar quando sem justo motivo um dos contraentes desiste de contratar. Devemos considerar, também, um fator importante que deve ser considerado quando da apuração da responsabilidade pré-contratual, o fato não é simplesmente de o concontratante ter desistido pura e simplesmente da realização do trato, mas de preferir realizar o negócio com terceiro, mesmo tendo iniciado as tratativas com outro contraente.

Tal fato, do pactuante ter promovido a ruptura do pré-contrato para vir negociar com um terceiro aduz um fator preponderante, para a averiguação da responsabilização pelo rompimento do acordo. A interrupção de um negócio para a fixação com terceiro sobre o mesmo objeto contratual leva-nos a concluir que o interesse pela realização do acordo é mantido pelo contraente, mas sem uma justificativa razoável, resolveu contratar com outrem, estranho às negociações antes realizadas. Quando da apuração da responsabilidade pela ruptura das negociações é mister que se investigue o motivo que o levou a agir dessa forma. O motivo pode ter três origens diversas. Dentre elas: 1) quando o concontratante recebe proposta mais vantajosa de terceiro; 2) o contraente opta em rescindir as negociações por razão pessoais de inimizade decorrentes de atos durante as tratativas; e, 3) por motivos pessoais, beneficiando o terceiro, o contraente interrompe as negociações.

A ruptura motivada pela melhor proposta ao contraente por terceiro é excludente para a não-responsabilidade pré-contratual. Contudo, a parte que está com a pretensão de romper as tratativas quando do oferecimento de proposta mais vantajosa deve proporcionar o direito de preferência ao contraente que entabulou as primeiras negociações, oferecendo-lhe as mesmas condições. Para que o rompimento das tratativas seja considerado justo deve-se antes aferir o grau de complexidade e a qualidade em que se encontrava o pré-contrato, principalmente no que tange às despesas contraídas decorrente das tratativas e do grau de confiança estabelecido no desenrolar do trato.

O estabelecimento do dever de confiança e da lealdade entre os contraentes durante as negociações é resultado da complexidade do contrato, apresentando

como consequência o comprometimento entre as partes. A intervenção de um terceiro ofertando uma proposta com melhores condições tem que ser informada à parte que está de boa fé com a expectativa no transcurso das tratativas, para que esta possa oferecer as mesmas condições ou então facultar o seu rompimento<sup>5</sup>. Cumpre salientar o exame da hipótese na qual haja a desavença das partes durante as negociações, diante da preferência de uma das partes de contratar com terceiro interessado. Para solucionar tal conflito é preciso investigar o grau de probabilidade de realização do acordo que os pactuantes inseriram um no outro durante a fase de tratativas, além de examinar o problema econômico-temporal, enfim, indagar as circunstâncias fáticas que impulsionam o conflito de interesses entre as partes.

Na hipótese mencionada acima, é necessário o exame das circunstâncias fáticas, averiguando-se se o rompimento decorreu da vontade deliberada de uma das partes para se eximir das fases subseqüentes do pré-negócio, com o fito de não efetuar a reparação ao outro contraente devido à interrupção imotivada das tratativas para contratar com terceiro.

Na interrupção do trato por um dos contraentes para negociar com terceiro por motivo de preferência de ordem pessoal vem ser considerados os motivos ensejadores do recesso pré-contratual, verificando-se o grau de complexidade em que se encontra a tratativa e a expectativa já incutida no outro contraente da realização do negócio. Considerando a noção de espaço-tempo e a realização de despesas efetuadas durante a negociação do acordo, sendo responsabilizado aquele que inseriu a confiança na realização do contrato e sem justo motivo o rompe.

## **2. As Negociações Concomitantes Paralelas e Conflitantes**

Atualmente, o mundo moderno dos grandes negócios leva os contratantes a estipularem acordos com vários negociantes sobre o mesmo objeto contratual. Conclui-se que essa situação, por si só, não acarreta uma responsabilização do contraente que negocia, pois não viola qualquer norma de proteção das partes, também não violando o princípio da boa fé objetiva uma vez que não se estabeleceu uma relação de exclusividade com nenhum dos contraentes<sup>6</sup>. Contudo, em dadas situações específicas, as tratativas paralelas e simultâneas podem gerar a

---

<sup>5</sup> RICHTER, Giorgio. op. cit., p.p. 55-56, cita decisão nesse sentido do Tribunal de Roma, de 24 de julho de 1965, valendo citar o seguinte trecho da referida decisão: "Ora se il proponente poteva giustamente non ritenersi legato da un'accettazione non espressa nella debita forma, se poteva vender il locate a prezzo maggiore, doveva però far presente la circostanza all'oblato e soliecitarme una offerta maggiore, ma non doveva, se si fosse comportato secondo buona fede, rompere le trattative e concludere subito dopo com il terzo." Salvatore Rasi, "La Responsabilità", op. cit., p. 514, afirma que responde por perdas e danos o contraente "che, avendo ricevuto un'offerta maggiore, l'avetta senza avvertire l'altra persona com cui stava trattando".

<sup>6</sup> TOURNEAU, Philip.p.e le. op. cit., p. 485, nesse sentido, citando decisões de Tribunais franceses: "En revanche, entamer des négociations avec plusieurs partenaires éventuels pour un seul contrat n'est pas fautif en soi, en l'absence de contrat de négociation accordant une exclusivité."

responsabilização da parte que negociava com mais de um contraente, desde que este infrinja o dever de lealdade e viole o princípio da boa fé exigido durante a fase das negociações.

Em se tratando de determinados casos, as partes podem despende gastos extraordinários devido à concretização do negócio que está sendo estabelecido durante o pré-contrato. Portanto, não é admissível que um dos pactuantes estabeleça tratativas com outrem, sem a ciência de todos de que estão sendo realizadas negociações simultâneas, portanto, sem conferir exclusividade para o outro contratante. O *ius probandi* para a constatação do conhecimento dos contraentes de que se está operando outras tratativas, que não há exclusividade, se faz com a mera comunicação verbal ou expressa, dessa forma, estará o concontratante em conformidade com o dever de lealdade advindo do princípio de boa fé. Não se faz necessário a nomeação dos demais contraentes, a simples ciência já exime da responsabilização pelo possível rompimento pré-contratual. É preciso observar se as partes ao estabelecerem as negociações firmaram exclusividade. Assim, as tratativas paralelas e as celebrações contratuais com terceiro caracterizarão o rompimento injustificado e a violação do dever de lealdade imposto pelo princípio da *bona fides*.

## **2.1. O Direito à Informação**

Um tema relevante para o direito privado é a atenção desviada para o período pré-contratual, destacadamente quanto ao dever de informar. Para a identificação da responsabilidade pela interrupção das tratativas deve-se analisar, além da desistência imotivada do negócio, se no desenrolar das negociações os contraentes possuem, dentro do comportamento-padrão de lealdade e confiança, a manifestação de informações verossímeis ou não receberam informes que os levou a erro na realização dos atos contratuais. O dever de informar constitui uma obrigação legal, baseando-se na regra secundária de conduta, cujo conteúdo consiste no dever de cooperar, desde a etapa das tratativas com quem se constitui uma relação com o sujeito que dispõe da informação.

É necessário diferenciar aquele negócio que está sendo realizado em uma situação de equiparação formal, como por exemplo, em um negócio celebrado entre profissionais em sua técnica, ciência ou arte, cada um é o "guardião de seus próprios interesses e deveres em consequência de informação que deva ter" (RIPERT, 1949: 48 et seq.). O caso exposto constitui uma exceção, pois a regra é de que as partes possuam desconhecimento sobre o objeto contratual, constituindo, assim, uma obrigação de informar, e, a abstenção desse dever constitui uma ação culposa, em sentido lato. O sujeito passivo da responsabilidade pela ruptura pré-contratual é aquele contraente que conhece a informação, e a oculta, sabendo da importância que esta tem para o interlocutor. A obrigação de informar também consiste em abster-se de informar aquilo que não se tem precisão da veracidade e que poderá levar o outro contraente a erro. O princípio da boa fé tem fundamento ético, constituindo também, um dever

jurídico, estando implícito neste princípio a lealdade contratual, e por via reflexa, o dever de informar.

É sabido que para o prosseguimento das tratativas preambulares, as partes devem prestar um número de informações para que a confiança na execução do que foi pactuado seja efetivada. Quando um dos contraentes demonstra interesse em continuar as negociações, por meio de informações não verossímeis, poderá caracterizar um dos aspectos para a responsabilização pré-contratual, pois no curso do pré-negócio demonstrou má-fé. O fundamento do dever de informar durante as tratativas está no pressuposto de que uma das partes estará em situação de desigualdade em relação aos fatos daquela relação jurídica contratual; e o sujeito profissional, notadamente, dispõe de informações e não pode ignorar a importância potencial que tem para o outro contratante do prévio conhecimento dos aludidos dados.

A omissão do cumprimento do dever de informar não será punida de forma autônoma, mas quando for decorrente da existência de um vício de consentimento. Informa-nos Jourdain que a fonte da obrigação de informar é constituída pelo desequilíbrio dos conhecimentos entre os contratantes, geralmente presumido a partir da desigualdade de competência que se encontra tipicamente em relações entre profissionais e consumidores, agravadas pelas complexidades técnicas crescentes dos produtos e serviços (JOURDAIN, *apud*, LOPEZ, 1996: 7 et seq.).

O dever de informação durante o pré-contrato estabelece uma relação de lealdade durante o sucedâneo de atos antes de se firmar o contrato. Portanto, na hipótese sob exame, cumpre lembrar que uma das partes rompe as negociações após cientificar-se de que as informações extraídas não correspondem à realidade esperada para firmar o contrato. Aquele que informou erroneamente ou omitiu uma informação será responsabilizado e deverá reparar os prejuízos sofridos por aquele contraente de boa fé.

Neste caso, haverá justo motivo para ensejar a interrupção do pré-negocial, devido à inexatidão ou omissão do direito de informação das partes. Excluirá a responsabilidade pré-contratual quando da celebração das tratativas as partes agirem com lealdade e informarem sobre o objeto e as circunstâncias impostas pela negociação. Portanto, o dever de reparar o dano surgirá não da simples hipótese do rompimento imotivado, mas se dará devido à frustração das expectativas impostas durante o trato negocial pelas informações fornecidas de modo equivocado ou irreal (AGUADO, 1996: 33). Nota-se que através dessas informações extraídas no curso negocial é que surgirá a confiança na realização do objeto contratual, gerando para a parte de boa fé prejuízos na ordem econômica com despesas extraordinárias e perda de tempo (FERRI, 1990: 801)<sup>7</sup>.

É sabido que o dever de informar tem sua origem no princípio da *bona fides* objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro, de

<sup>7</sup> Ferri nos revela que o direito de informação é reconhecido pela doutrina italiana como um direito implícito em matéria constitucional, que decorre da liberdade de manifestação do próprio pensamento, "com palavra, escritos e qualquer outro tipo de difusão", estando consagrado no art. 21, I.

conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial. A boa fé objetiva é regra de conduta dos indivíduos nas relações obrigacionais.

O dever de informar está presente nas decisões tomadas no direito das obrigações e se traduz no conhecimento prévio do teor contratual; por esse motivo, toda a informação deve ser clara. A informação adequada e veraz corresponderá a um dever contratual que enseja expectativas recíprocas para o seu aperfeiçoamento. Assim, quando um dos pactuantes informa um conteúdo que não corresponde à realidade fática, gerará a violação do dever de informar que é um dos elementos afirmadores do princípio da *bona fides*.

Cumprir lembrar que o fator exigível para a responsabilização pela violação do dever de informar é de que os dados fornecidos por um dos contraentes não correspondam à realidade, sob a ótica substancial do negócio. Contudo, se as informações disserem a respeito de fatos secundários, que não sejam importantes para o prosseguimento das negociações e a ratificação do objeto contratual pode não ter havido violação relevante.

Na ruptura pré-contratual que ocorre por causa da omissão de informações será difícil provar a responsabilidade daquele que omitiu elementos contratuais. No momento probatório será verificado se as informações eram necessárias para a conclusão do contrato, se há prova da violação do dever de informar, e por último, se o contraente realmente era detentor de tais informações e não deu voluntariamente ciência à outra parte.

No que tange ao dever de informação estabelece-se como regra geral que o contraente interessado solicite os dados necessários para a concretização do negócio. Não haverá a violação do dever de informação se estas não forem solicitadas pela parte interessada e por esse motivo, o outro contratante não repassá-las. Portanto, conclui-se que se faz necessário que o interessado no conjunto de informações as solicite, dando ciência desse direito àquele que detém os dados esperados para as fases subseqüentes do pré-acordo. Resta mencionar a posição de Jorge Sinde Monteiro, diverge da posição agora mencionada demonstrando que a regra do Direito português em seu dispositivo abaixo transcrito adotado pelo Código Civil lusitano que os conselhos, recomendações ou informações não geram o dever de indenizar quando não informados, mesmo que o fato se dê devido a culpa da parte, na modalidade de negligência (MONTEIRO, 1989: 374):

“Art. 485 (Conselhos, recomendações ou informações) 1. Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte. 2. A obrigação de indenizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar o conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua *facto punível*.”

O mesmo autor considera que o princípio da liberdade contratual faz com que os contraentes em negociação não se obriguem a fornecer informações a outra parte. Contudo, se um dos pactuantes nega-se a informar poderá a parte contrária retirar-se das tratativas sem a responsabilização pelo rompimento. O autor estabelece tal princípio como sendo a regra geral, mas admite que, excepcionalmente, poderá haver a responsabilização pelo descumprimento do princípio da boa fé; tal princípio, em certos casos, levará o contraente ao dever de prestar as informações necessárias para o prosseguimento das negociações (MONTEIRO, 1989: 383). A tese dominante na doutrina é de que, em princípio, o pactuante interessado deverá buscar as informações que julgue necessárias para a realização do negócio. Mas, se as informações solicitadas forem erradas ou omissas quanto ao objeto principal, nascerá o dever de reparar os danos sofridos pela inexactidão ou pela omissão das informações (MONTEIRO, 1989: 490).

Haverá, também, a responsabilização quando um acontecimento excepcional ocorre, sendo de importância vital para o prosseguimento do pré-contrato, e o outro contratante não o informa do fato. Isto porque o fato surgiu a partir de uma característica extraordinária, isto é, quando o outro contraente quiçá suspeitaria de sua existência, não podendo solicitar previamente informações sobre este. Não restam dúvidas que o alcance do dever de informação só será obtido a partir da análise de cada caso concreto, com a verificação da especificidade de cada circunstância, como por exemplo, a natureza do pré-contrato ou, então a qualificação de cada contraente<sup>8</sup>. Ressalta-se a hipótese em que uma das partes é um técnico a cerca do objeto negociado e que cumpre a estes prestar com mais rigor informações sobre o objeto que se encontra em negociação; outra circunstância que deve ser vislumbrada quando o montante em dinheiro e despesas é vultoso<sup>9</sup>.

Importante destacar que o dever de informar, em certas circunstâncias, é imposto por norma jurídica, como no caso das negociações em um contrato de franquia. Esse fato se dá devido ao franqueado adquirir o *know how*, comprando, assim, o direito ao uso de determinada marca já existente no mercado; por tal motivo deve ser informado do resultado dos empreendimentos idênticos anteriores, para efetivar ou não o negócio, avaliando o ramo de comércio que irá ingressar<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Em certos tipos de contrato, como o caso de seguro-saúde, as informações sobre a pessoa de uma das partes são fundamentais para o estabelecimento ou não do contrato, bem como do seu conteúdo. No contrato de seguro-saúde, mais especificamente, o segurado é obrigado a prestar informações sobre as suas condições de saúde, sob pena de não ter direito à cobertura de certas doenças.

<sup>9</sup> A questão relativa ao confronto entre o dever de informar da parte que oferece um negócio, e o dever de conhecer da parte contrária, pode ser bem exemplificada no contrato de compra e venda de objetos de arte. Normalmente, quem vende objetos dessa natureza dispõe de conhecimentos técnicos. Nem sempre, porém, isso ocorre com a parte contrária. Existe nesse caso o dever de informar? Um conhecedor de arte compra de uma pessoa humilde um quadro de um pintor famoso, que se encontrava em sua família há anos, por preço irrisório. Tinha ele o dever de informar ao vendedor sobre as qualidades do objeto do contrato de compra e venda.

<sup>10</sup> Por isso, a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, em seu artigo 3º, obriga o franqueador a disponibilizar ao franqueado, em momento anterior à realização do negócio, informações tais como

O dever de informar durante as tratativas deve ser reconhecido, podendo preceder a hipótese de que a conclusão do negócio dependeu de atos de terceiro, principalmente se o cumprimento contratual dependa de um ato administrativo emanado do poder público. Desse modo, violará o dever de informar a parte que não dá conhecimento ao outro pactuante que existe uma condição para o preenchimento do requisito contratual, podendo este estar no plano da validade ou no plano da eficácia do negócio jurídico, não dependendo somente da parte que se encontra de boa fé. Destaca-se nessa questão é a legitimidade ou não da omissão da informação essencial para o prosseguimento das negociações.

## 2.2. O Ato Jurídico Solene

A validade de certos negócios jurídicos está vinculada a requisitos de formalidade. Em dadas circunstâncias, os contraentes estabelecem condições para a realização do negócio, por vezes, ficando o acordo para ser estabelecido *a posteriori*. O ponto conflitante existente durante as tratativas se dá no momento que as partes estabelecerão as condições e as formalidades do pré-contrato de modo a conformar seus interesses aos moldes estabelecidos pela lei, levando uma das partes a desistir do negócio.

Para a validade de negócios jurídicos solenes é necessária a declaração de vontade determinada pelo modelo normativo. Portanto, se os contraentes não preencherem os requisitos de formalidade exigidos pelo ordenamento jurídico, o contrato não será considerado válido. Assim, as partes podem interromper as tratativas antes do preenchimento do requisito de formalidade exigido em lei<sup>11</sup>. Cumpre lembrar que a possibilidade de desistência antes da efetivação do negócio não exime aquele que ensejou o rompimento pré-contratual de ressarcir os prejuízos suportados pelo outro contratante.

Em decisão da Corte de Nápoles sobre a demanda em que os contraentes ajustaram um negócio de compra e venda de bem imóvel de forma verbal, posteriormente, um dos pactuantes desistiu sem justo motivo do pré-contrato. O entendimento do Tribunal foi no sentido de que os contraentes haviam firmado o negócio, inculcando nas partes a confiança na realização do contrato, sendo responsabilizado aquele que rompeu sem justificativa o acordo (RICHTER, 1996: 30)<sup>12</sup>.

o balanço e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios; declaração detalhada da franquia; declaração geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado; indicação precisa de todas as pendências jurídicas em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladas e titulares de marca, patentes e direitos autorais, relativos à operação, e seus sufranqueados, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento desta.

<sup>11</sup> Convém ressaltar que a hipótese aqui aventada é a de as partes chegarem verbalmente a um acordo e designarem o dia para a realização da escritura pública de compra e venda. Caso as partes realizem um contrato preliminar ou ajustem as arras, a questão deixa de estar inserida no campo da responsabilidade pré-contratual e passa a ser examinada no campo da responsabilidade pelo descumprimento do contrato entre elas previamente estabelecido.

<sup>12</sup> A decisão do Tribunal de Nápoles de 30 de abril de 1984, tem o seguinte trecho transcrito pelo autor: "la giurisprudenza ha affermato che anche il raggiungimento di un completo accordo non ancora espresso nelle forme di legge può avere rilevanza ai fini della responsabilità precontrattuale se determina un più fondato affidamento delle parti nella conclusione del contratto."

O mesmo autor cita outra decisão da Corte de Livorno, sendo a tese ratificada pelo Tribunal de Cassação, que entendeu pela responsabilização do contraente que ilegitimamente interrompe as tratativas, mesmo sendo o negócio ajustado apenas verbalmente para aquisição de um navio (MENEZES CORDEIRO, 1997: 31)<sup>13</sup>. A Corte italiana considerou no caso a anuência verbal dos pactuantes como fonte geradora do dever de confiança na realização do objeto negocial (RASI, 1974: 514)<sup>14</sup>. A ruptura das tratativas legítima é motivo para acarretar a responsabilização pelos danos suportados pela parte contrária.

A parte que suportou os prejuízos pela desistência do outro contraente prova que o negócio já se encontrava acertado, caberá a responsabilidade pela desistência ilegítima. No término das tratativas, o consenso dos contraentes sobre as condições do pré-contrato cria o dever de confiança, gerando uma expectativa legítima quanto à realização do contrato, sendo interrompido o negócio sem justificativa nascerá o dever de indenizar pelos prejuízos causados à parte contrária.

O professor Martinho Garcez Neto em exame de um case proferiu um parecer considerando a associação entre dois sujeitos visando à exploração de uma permissão de banca de jornal; após o acordo um dos envolvidos venceu o procedimento licitatório de exploração daquela atividade (GARCEZ NETO, 1989: 170 et seq.). Quando da execução da atividade a outra parte recusou manter o trato anterior, constituindo a sociedade.

O Tribunal proferiu um julgado entendendo não haver qualquer espécie de responsabilidade, sendo indevida a indenização pleiteada pelo autor. Na fundamentação caracterizou-se não haver a formalização do pré-contrato, não surgindo o dever de lealdade entre os contraentes, descaracterizando a obrigação de fazer. O referido autor, em opinião diversa do Tribunal entende que não é preciso que as partes firmem um pré-contrato para que surjam entre elas deveres na fase das negociações, dispondo no sentido do deferimento de indenização com base no “interesse negativo”<sup>15</sup>.

O interesse legítimo do contraente que arcou com os prejuízos devido à ruptura desmotivada foi violado, porque a fase das tratativas já havia se encerrado podendo ocorrer fatos que sejam imprevisíveis da vontade das partes. Assim, sobre o pactuante que não dá prosseguimento as tratativas recairá o dever de indenizar os prejuízos sofridos, caso não seja provado motivo justo.

---

<sup>13</sup> A decisão do Tribunal de Livorno é de 30 de abril de 1986, sendo confirmada pela decisão nº 2.973, de 12 de março de 1993, da Corte de Cassação.

<sup>14</sup> RASI, Salvatore A. La responsabilità precontrattuale. *Rivista di Diritto Civile*, ano XX, Padova: CEDAM, 1974, p. 514, afirma que responde por perdas e danos “la parte che, nel caso del contratto avente per oggetto un bene immobile per il quale sia necessaria la forma scritta, receda dalle trattative già definite in ogni particolare quando manchi solo l’ap.p.osizione delle firme dei contraenti sui documenti già predisposti”.

<sup>15</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. op. cit., p. 176: “A doutrina mais eminente sempre entendeu que a teoria do interesse negativo é aplicável não apenas aos contratos concluídos, mas também à interrupção dolosa ou culposa das trattative ou pourparlers, bem como ao descumprimento dos contratos preliminares.”

### **2.3. A Impossibilidade Jurídica ou Física do Objeto**

A impossibilidade jurídica ou física do objeto durante o pré-contrato ou a incapacidade de direito e a ilegitimidade geram um vício que pode ser descoberto pelas partes somente depois de ser celebrado o contrato. Contudo, os vícios citados podem ser descobertos pelas partes ou pelo contraente prejudicado ainda na fase das tratativas.

Quando o vício for detectado durante as negociações o pactuante que não ensejou o vício poderá legitimamente rescindir as negociações, sendo cabível a responsabilização pelos prejuízos suportados. O direito de ressarcimento para as hipóteses expostas está vinculado à condição da parte não ter tido ciência da existência do vício durante as tratativas. Mas, se as partes sabiam do vício e mesmo assim deram prosseguimento às negociações, se descaracterizará a responsabilização pelos danos sofridos, pois foram assumidas os riscos inerentes ao que foi tratado durante o pré-contrato.

A responsabilidade por vício da impossibilidade física ou jurídica do objeto é definida como a diligência normal exigida do contraente prejudicado durante as negociações, considerando as condições pessoais nas quais se indique se o agente que suportou os danos não desconfiava que o acordo estivesse viciado.

A ciência da parte prejudicada deve residir no fato de que o vício decorreu da formação do negócio, tendo a outra parte violada a boa fé objetiva e o dever de lealdade, mas se desconhecia o vício não existe a possibilidade de ser responsabilizada.

### **2.4. A Revogação das Entabulações Negociais**

O Código Civil de 1916, em seu art. 1.080 (na redação atual do art. 427 do C.C.), fazia a previsão da obrigação imposta ao proponente pela entabulação de negócios jurídicos. O art. 1.081 (conforme dispõe o art. 428 do Código Civil de 2002) determinava as hipóteses em que o peticitante poderá revogar a proposta. Os pontos duvidosos questionados ao intérprete são efeitos que produzirão a revogação de tal proposta obrigatória. A expressão “proposta obrigatória” prevista em lei concede ao seu destinatário tutela específica para exercer o seu direito de contratar, caso o peticitante a revogue antes do prazo concedido ao outro proponente e em momento anterior à declaração de aceitação. Quando o proponente adere à proposta leva à constituição definitiva do contrato, produzindo os efeitos esperados<sup>16</sup>. O legislador contemporâneo inovou dispondo que a oferta ao público equivale à proposta desde que contenha os requisitos essenciais ao contrato, ressalvando se o contrário resultar dos usos ou circunstâncias do caso concreto. Pode-se revogar a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada (art. 429 e seu parágrafo único do Código Civil de 2002).

<sup>16</sup> No mesmo sentido, no direito espanhol, García Rubio, ob. cit., p. 144: “Por consiguiente, si, durante el periodo de irrevocabilidad recae la aceptación, el contrato se perfecciona aun cuando haya un intento de revocación por parte del oferente.”

Os efeitos da proposta obrigatória afirmando que “a obrigação que surge da oferta não tem o efeito próprio de vincular o ofertante ao futuro contrato, se a retirada da oferta se dá antes da aceitação” (AZEVEDO, s.d.: 83). O fundamento é justificado porque a proposta obrigatória não é uma obrigação de fazer, isto é, não vincula a contratação entre o ofertante e a outra parte por meio de uma execução específica, resta a responsabilização pelos prejuízos suportados pelo proponente durante as tratativas.

Destaca-se que a especificidade da ruptura das negociações e sua devida responsabilidade, é colocada a partir do momento em que a parte que não ensejou a ruptura está dispensada de demonstrar a infringência ao princípio da boa fé. Neste caso, a parte prejudicada deve apenas comprovar a nexa causal e os prejuízos suportados, pois por força de lei haverá a inversão do *ônus probandi*. A responsabilidade do proponente que não cumpre a proposta obrigatória é presumida, cabendo ao mesmo demonstrar que não deu causa a ruptura e, portanto, não ser responsabilizado. A indagação que se deve fazer reside se o dever de reparar o dano estaria disciplinado na norma jurídica por meio da responsabilidade aquiliana, contratual ou pré-contratual.

A existência de negociações pré-contratuais desfigura a possibilidade de se submeter ao rompimento das tratativas à responsabilidade aquiliana ou extracontratual. O ponto de indagação reside no fato de ser aplicada a responsabilidade contratual ou pré-contratual. Da análise da hipótese em tela, deve-se evidenciar que ainda não ficou configurada uma relação jurídica contratual por meio da qual as partes constituem uma obrigação de efetivar uma prestação. Assim, será aplicado o regime da responsabilidade pré-negocial, pois o ofertante tem o direito de ter o contrato estabelecido mediante o que foi tratado durante as negociações. A tutela repartira surgirá quando a parte faltar com o dever de lealdade, violando o princípio de boa fé objetiva, frustrando o direito que foi negociado anteriormente (BESSONE, 1997: 125 et seq.)<sup>17</sup>.

O art. 430 do atual Código Civil mantém previsão expressa sobre a responsabilidade pré-contratual quanto à inexistência da formação do contrato. Dispondo que a partir do momento que o polícitante fixa o prazo de aceitação, chegando até o termo estabelecido deve comunicar imediatamente à parte contrária a desconstituição da formação do contrato, sob pena de arcar com as perdas e danos inerentes à ruptura do pré-contrato.

---

<sup>17</sup> Darcy Bessone considera que: “Jhering, baseando também na vontade a explicação da responsabilidade do ofertante, sustentou que quem toma a iniciativa de entrar em relações de negócio com outrem, fazendo-lhe uma oferta de contratar, obriga-se, precisamente por isso, a responder, perante o destinatário, pelas faltas que cometer na formação do contrato proposto. Se a proposta vier a ser aceita, a revogação anterior impedirá o acordo de vontades sobre o objeto do contrato, mas não sobre a responsabilidade do proponente, porque a aceitação conferir-lhe-á o caráter de falta, cometida na formação do contrato. A responsabilidade, normalmente derivada do contrato, estaria ligada à proposta, cuja revogação se operaria contra a vontade do destinatário. Seria modalidade de culpa in contrahendo.”

### 2.4.1. Do Dever de Sigilo

Determinados contratos devem ser estabelecidos, suas cláusulas e condições, em sigilo devido a sua complexidade e sua sistemática. O dever de sigilo nesses casos quando violado gera danos em pequenas proporções, pois incide sobre o conhecimento de terceiros, sobre informações a que apenas os contratantes teriam acesso. Em outras hipóteses, o dever de sigilo durante as tratativas é condição para o próprio estabelecimento do contrato.

O dever de sigilo em certos contratos é condição para a formação do próprio contrato e sua violação cria o dever de responsabilizar pelos prejuízos suportados pela parte contrária. Nesse caso, a inviabilidade do contrato se dá em virtude de uma ação de um dos contratantes que violou o dever de sigilo durante as tratativas. A parte lesada pode obter da contraparte o ressarcimento pelos prejuízos experimentados.

## 3. Violação do Direito e do Interesse

O dano ao titular do direito ou do interesse de repará-lo é o elemento indispensável para a configuração da responsabilidade pela ruptura das tratativas, tal como em toda a espécie de responsabilidade civil. O ponto conflitante quanto à responsabilidade pré-contratual pela interrupção das tratativas consiste em se saber que tipos de danos devem ser indenizados pelo responsável.

### 3.1. Do Interesse Negativo

Através da teoria do "interesse negativo", Rudolph Von Jhering, o primeiro pensador que elaborou uma teoria sobre a responsabilidade civil pré-contratual, limitou o dano indenizável na *culpa in contrahendo*, o que chamou de *Negatives Interesse* (JHERING, 1969: 15 et seq.). Ao se deparar com a hipótese do contrato nulo e a sua devida responsabilidade civil, Jhering destacou que aquele que ensejou a ruptura não está obrigado a dar a prestação prometida, já que o contrato nulo não faz surgir a obrigação de cumprir a prestação ajustada entre os contraentes.

A responsabilização pela estipulação do contrato nulo findará quando aquele que deu causa recuperar o *status quo ante*. Jhering indicava que o interesse do outro contraente na execução do contrato não será o mesmo. Uma vez que esse mesmo contrato é nulo, afirmando uma expectativa que não corresponda à realidade, isto é, o dever de reparar os prejuízos suportados pelo pactuante não estará fundamentado em um interesse positivo na execução do contrato, mas no interesse negativo, que consistia no interesse em não concluí-lo<sup>18</sup>. Entendendo-se, atualmente, que os deveres violados não são principais, que só se concretizam quando da efetividade do acordo, mas os deveres secundários que em certos casos se concretizam com o vínculo pré-contratual, esses deveres podem ser de cooperação,

<sup>18</sup> No que se refere ao direito espanhol, v. a observação de García Rublo. op. cit., p. 239: "La doctrina española acepta con práctica generalidad la idea de que la sanción relativa a la responsabilidad precontractual se corresponde con el interés contractual negativo."

de não-contradição, de lealdade, de correção de informação, enfim, deveres de confiança no *iter* negocial.

Jhering faz uma distinção entre o interesse positivo e o interesse negativo, nesse caso o prejuízo suportado faria nascer o direito à indenização podendo ser tanto perdas positivas quanto negativas através da ausência de ganhos. Os prejuízos que a parte experimentou podem ser de natureza material, quando esta realiza despesas para a execução do contrato ou contrata com terceiro; devido à contratação de um negócio nulo, a responsabilização recairá em perdas e danos e os lucros cessantes, sem deixar de ser considerado como ressarcimento do interesse negativo.

O Código Civil alemão recepcionou a teoria do interesse negativo e a indenização por um contrato nulo de Jhering nos §§ 122<sup>19</sup>, 179<sup>20</sup>, 307<sup>21</sup> e 309; nos dispositivos mencionados é inadmissível a responsabilidade pelo interesse positivo. A legislação grega no art. 198 do Código Civil e a italiana nos arts. 1.338, 1.339 e 1.398 do Código Civil não apresentam redação expressa sobre o interesse negativo e a limitação da indenização por este nas hipóteses de negócio jurídico nulo, contudo com uma exegese extensiva o intérprete pode extrair tal efeito. No direito brasileiro, a teoria do interesse negativo vem sendo aceita pela maior parte da doutrina (ESPÍNOLA, 1908: 49)<sup>22</sup>.

### 3.1.1. Da validade cognitiva

**A teoria do interesse negativo deve ser analisada sob o enfoque da limitação do dever de reparar os danos sofridos pelo contraente que negocia um contrato nulo e a sua admissibilidade para a ruptura pré-contratual sem justo motivo<sup>23</sup>. A tese da culpa *in contrahendo* não coteja todas as situações jurídicas que versem sobre o dever de indenizar a partir do interesse negativo. Poderá a parte prejudicada pretender a indenização relativa pelo cumprimento do negócio, doutrina aceita pelo direito alemão.**

<sup>19</sup> A passagem em comentário é a seguinte: "(...) não havendo dever de indenizar a quantia relativa ao interesse que a outra parte ou o terceiro tinham na validade da declaração".

<sup>20</sup> A passagem que aqui interessa é a seguinte: "(...) somente fica responsável pelo pagamento dos danos que a outra parte sofreu, em razão de ter confiado na existência do mandato, estando desobrigado do pagamento de indenização da quantia relativa ao interesse que a outra parte tinha na validade do contrato".

<sup>21</sup> A parte em discussão é a seguinte: "(...) é responsável pela indenização dos danos que a outra parte tenha sofrido, por ter confiado na validade do contrato, sem responsabilidade pela quantia relativa a interesse da parte na execução do contrato".

<sup>22</sup> Eduardo Espínola afirma: "O interesse negativo consiste nas vantagens que teria o outro contraente e nas despesas que evitaria se não tivera sido levado a contrair o contrato inválido; por outras palavras: a parte culpada não terá que satisfazer o que a outra parte obteria com a execução do contrato, mas apenas a diferença que se nota no patrimônio desta por ter confiado na eficácia do contrato."

<sup>23</sup> A teoria do interesse negativo ficou, por muito tempo, vinculada à responsabilidade pré-contratual. Constitui, porém, entendimento majoritário atual, o de que há outras hipóteses, fora da responsabilidade pré-contratual, em que a indenização deve ser deferida com base no interesse negativo, como ocorre, por exemplo, em algumas situações de resolução de contrato já estabelecido entre as partes.

A solução obtida no direito italiano não pode ser adequada ao caso brasileiro, uma vez que o disposto no art. 1.082 do diploma civil não limita expressamente a indenização dos danos ao interesse negativo, admitindo que o polícitante devesse avisar a outra parte que a sua aceitação chegou fora do prazo por ele estabelecido, “sob pena de responder por perdas e danos”. A doutrina brasileira para caracterizar a responsabilidade pelo rompimento das tratativas não se socorre da analogia, faz com que se chegue à conclusão, no entanto, de que a teoria do interesse negativo é perfeitamente adequada (GOMES, 1997: 61)<sup>24</sup>. Durante as negociações ainda não existe um contrato estabelecido, as partes não adquiriram direito a obter uma prestação. São as expectativas da conclusão do contrato que são frustradas com a ruptura das negociações. Não havendo a possibilidade da responsabilização pelas vantagens que ofertarão o contrato que se fosse estipulado iria trazer aos contraentes.

O bem jurídico protegido quando se opera a ruptura imotivada das negociações é o dever de confiança depositado na execução do contrato. A responsabilidade pela interrupção sem justo motivo das negociações compreende os danos que foram suportados pela parte de boa fé, que depositou a confiança na conclusão do contrato. A doutrina do interesse negativo na estipulação de um negócio nulo no sistema brasileiro admite a responsabilidade pela ruptura pré-contratual para a hipótese suscitada.

Em parecer questionando a extensão do dever de indenizar em virtude do rompimento das tratativas, a doutrina já opinou pela procedência da inclusão do dano emergente no *quantum* da indenização<sup>25</sup>. Em decisão de 22 de dezembro de 1959, proferida pela Corte Suprema brasileira determinou-se a inaplicabilidade da teoria do interesse negativo no sistema brasileiro, ao proferir em Recurso Extraordinário, sendo Ministro relator Villas Boas, onde se extrai a seguinte ementa:

*“CULPA IN CONTRAHENDO — Conceito. A verificação de responsabilidade dela derivada se faz pela soma dos prejuízos efetivos, diretamente emanados da sua ocorrência, excluídos os lucros cessantes e outras parcelas não compreendidas no denominado “interesse negativo”. Recurso não conhecido, sem embargo do provimento do agravo para a subida dos autos.”*<sup>26</sup>

<sup>24</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 61: “O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela teoria da culpa “in contrahendo”. Aquele que é ilaqueado em sua boa fé, frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem direito à reparação dos prejuízos sofridos, isto é, ao interesse contratual negativo — negativvertrag interest —, de acordo com a explicação de Jhering.”

<sup>25</sup> O candidato a locatário de um imóvel e o seu proprietário quando mantêm negociações para o estabelecimento de contrato de locação. O candidato à locação realizou despesas para a adaptação do imóvel. Posteriormente, o proprietário desistiu do contrato. A sentença de mérito que julgou o caso concedeu ao contraente prejudicado pela desistência do contrato indenização pelos prejuízos que lhe foram causados e determinou a fixação do *quantum debeatur* em procedimento de liquidação de sentença por artigos. Ao iniciar a liquidação por artigos, o autor da ação solicitou indenização pelas despesas que realizou, acrescidas de honorários de sucumbência, bem como todo o lucro líquido que receberia no prazo de 5 (cinco) anos pela exploração do negócio de farmácia no imóvel que pretendia alugar.

<sup>26</sup> RTJ 137, p. 278.

### 3.2. A Teoria do Interesse Negativo na Contemporaneidade

Atualmente, a doutrina alemã vem traçando propostas de reformulação quanto à teoria do interesse negativo de Jhering e da responsabilidade pela ruptura das tratativas de contrato nulo; determinados doutrinadores renomearam a doutrina do interesse negativo denominando como indenização pelos prejuízos imotivados derivados da confiança (*Vertrauensschaden*), abolindo a velha fórmula da composição dos danos relativos ao interesse negativo (MOTA PINTO, 1996: 179 et seq.).

Excepcionalmente se por culpa de um dos contraentes o negócio não é estabelecido, como observa Larenz, tal hipótese ocorre quando o contraente comprova que o pacto seria executado regularmente, se o outro contraente não tivesse violado o dever de boa fé, admitindo neste caso, a reparação do interesse positivo ou do interesse no cumprimento do negócio (*Erfüllungsinteresse*)<sup>27</sup>. Posição doutrinária seguida também pela doutrina italiana<sup>28</sup>.

O *Bundesgerichtshof* (BGH) possui decisões citadas por Wolfgang Küpper entendendo que haveria a concessão do dever de reparar o interesse positivo quando não fosse aperfeiçoado o negócio, em virtude da sua não-estipulação na forma prevista na lei, quando os termos do contrato estejam acertados pelas as partes e ocorrer séria infringência do dever de lealdade (*schwerer Treuepflichtverletzung*). Em sentido contrário, entende-se que não haveria indenização do interesse positivo quando se trata das hipóteses de ruptura das tratativas, não havendo verdadeiramente uma responsabilidade pré-contratual, mas sim a infringência de um dever prévio de celebração do contrato (COSTA, 1994: 75)<sup>29</sup>.

O ponto de conflito quanto à indenização do interesse positivo em caso de

<sup>27</sup> LARENZ, Karl. op. cit., p. 113: "Wenn dagegen das schuldhafte Verhalten des einen Partners gerade dazu geführt hat, dass der beabsichtige Vertrag nicht zustandegekommen ist, dann kann der andere verlangen, so gestellt zu werden, als sei der Vertrag zustandegekommen, d.h. sem Erfüllungsinteresse." Nesse caso, porém, a indenização está limitada, segundo Larenz, ao valor do cumprimento do contrato, conforme a passagem que segue a anterior, já citada, "verbis": "Er kann dann aber nicht verlangen, besser gestellt zu werden, als er im Falle des Zustandekommens des Vertrages gestanden hätte." No mesmo sentido, Heinrichs in Palandt Kommentar, op. cit., p. 340, no comentário 6Db ao § 276 BGB, citando a seguinte decisão do Bundesgerichtshof: BGH BB 74, 1.040."

<sup>28</sup> RICHTER, Giorgio. op. cit., p. 111: "Nella nuova impostazione così data allo studio dell'interesse negativo, si è altresì evidenziato come non potrebbe porsi, a fondamento della limitazione quantitativa, il disposto dell'art. 1.338 C.C. ove effettivamente il risarcimento è limitato al danno che la parte há risentito per avere confidato nella validità del contratto, atteso che trattasi di norma speciale da cui, pertanto, non può certo desumersi, in via generale, che, in caso di violazione della regola di buona fede, il risarcimento del danno debba essere limitato all'interesse contrattuale negativo."

<sup>29</sup> Mario Júlio de Almeida Costa afirma: "E poderosa a tese segundo a qual pode, excepcionalmente, se a conduta culposa da parte consistir na violação do dever de conclusão do negócio, a sua responsabilidade tender para a cobertura do interesse positivo (ou de cumprimento). Em tais situações, contudo, o problema da ruptura dos preliminares carece de suficiente autonomia, tornando-se duvidosa a existência de verdadeira responsabilidade pré-contratual com esse fundamento. E que falta a liberdade de negociar ou não. Mais explicitamente: o centro de gravidade da obrigação de ressarcimento não reside aqui na ruptura das negociações em si mesmas, mas na violação do dever prévio de celebração do contrato."

responsabilidade pelo rompimento das tratativas é solucionado quando se verifica a finalidade dessa medida. Desse modo, a compensação daquele que suportou os danos pela frustração da efetiva realização do contrato. Enfim, o bem jurídico protegido é a confiança dos contraentes quanto à celebração do contrato que não foi executado. Larenz considera que a indenização decorrente do interesse positivo, por exemplo, seria no caso do negócio já haver sido acordado, dependendo, somente, de requisitos de forma especial, quando uma das partes formula a outra proposta obrigatória e posteriormente promove o rompimento das negociações, tornando inviável a realização do contrato com terceiro. Reparados serão os danos sofridos pelo contraente que teve a confiança violada pela parte contrária. Em determinados casos excepcionais os prejuízos a serem ressarcidos serão aqueles que a parte obterá se o contrato fosse celebrado. Deve-se, contudo, comprovar a violação dos deveres de lealdade e correção pelo pactuante que interrompe as tratativas, impedindo que a outra parte possa realizar o contrato com terceiro<sup>30</sup>.

### 3.3. A Liquidação da Indenização

O *quantum* indenizatório é outro ponto polêmico quando se trata do interesse negativo, se determinar se o valor indenizado seria ou não superior ao que a parte receberia na realização válida do negócio. Jhering apregoa que a limitação à indenização do interesse negativo quer significar uma indenização menor ou igual à do interesse positivo. Podendo ser, às vezes, superior ao que se obteria com a celebração do acordo válido.

Na interpretação do disposto nos §§ 122, 179 e 307 do BGB, o pensamento doutrinário alemão entende que a indenização pelo interesse negativo estaria limitada ao valor do interesse do contraente no negócio realizado por vício de nulidade, apesar de tais normas nada mencionarem expressamente a esse respeito. A doutrina alemã converge ao abordar esse ponto; para parte da doutrina o dever de indenizar configura-se quando existe a violação do dever de confiança (*Vertrauensinteresse*), limitando-se ao que o contraente receberia com a realização do contrato, tendo como fundamento legal o disposto nos §§ 122, 179 e 307, criando uma regra geral a ser aplicada a todos os casos semelhantes. Dessa forma, aquele que ingressa na fase das tratativas e possui sua confiança na execução do contrato frustrada não terá o direito de ter os prejuízos ressarcidos em valor superior ao que receberia caso o negócio se estabelecesse. Contudo, a doutrina majoritária alemã afirma que a indenização pelas perdas decorrentes da confiança (*Vertrauensschaden*) pode ser superior ao valor do interesse que teria no próprio contrato. No mesmo entendimento, assenta-se a doutrina italiana atual (CUPIS, 1946: 175). Entendemos que o dever de

---

<sup>30</sup> Exemplo dessa situação se encontra em um caso julgado pela 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que a quebra da confiança que uma indústria incutiu em um agricultor, de que compraria a sua safra de tomates, acabou por acarretar a perda dessa safra, já que o agricultor não conseguiu vendê-la para terceiro. A indústria foi condenada, em decisão incensurável, a indenizar o agricultor pela parte da safra que ele não conseguiu vender.

indenizar não pode ficar limitado ao que efetivamente as partes lograriam com a efetivação do contrato. Isto porque a responsabilidade pela ruptura pré-contratual encontra sua fundamentação no dever de confiança e de lealdade decorrente do princípio da boa fé e a interrupção imotivada das negociações quebra a confiança na estipulação do contrato e na legitimidade para tal ruptura. Enfim, não se pode efetivamente ficar limitado ao valor do interesse no contrato projetado. O valor projetado do contrato não se torna instrumento necessário e preciso para indicar o limite para a indenização a ser conferida à parte prejudicada, pois os interesses prejudicados podem ser inclusive superiores ao do próprio contrato que estava em fase de formação.

No que tange à dimensão dos custos da pré-quebra, a doutrina majoritária entende que o desempenho específico é no geral limitado a bens únicos para esta categoria de objetos. E que as partes negociaram espontaneamente um recurso de desempenho específico, caso não existisse regra geral. A avaliação do promitente a respeito do desempenho específico dependerá da probabilidade que ele terá para quebrar o contrato: se for igual a zero o desempenho específico não será problema, e para ele será indiferente o desempenho específico ou os prejuízos. O promitente somente desejará quebrar o contrato se isto o deixar em melhor situação. Isto exige a oferta de um novo preço, digamos, que exceda o preço constante do contrato em mais do que o valor do prejuízo. Assim, a probabilidade deve ser uma função de probabilidade de que a melhor oferta se materialize.

A questão é em que proporção o método da reparação colocaria o promissário na posição que ele teria caso o contrato fosse cumprido. Para um único bem, sem mercado estabelecido, a avaliação desse valor para o promissário pode ser difícil. A questão é essencialmente: "O que é a perda da oferta para o promissário como resultado da quebra do contrato?". É igualmente muito difícil para um Tribunal avaliar essa questão julgando o valor dos prejuízos, portanto, os prejuízos podem não compensar devidamente o promissário. Assim, para os bens únicos, argumenta-se que o promissário preferiria o desempenho específico.

No caso dos bens não-únicos, é mais fácil estabelecermos o valor. Por conseguinte, uma subcompensação é menos provável, e o promissário fica indiferente. Em resumo, a doutrina observa que, para bens únicos, o promitente fica indiferente entre os recursos, enquanto o promissário prefere o desempenho específico. Portanto, seria escolhido o desempenho específico. Para bens não-únicos, o promitente prefere os prejuízos, enquanto o promissário fica indiferente; portanto, seriam escolhidos os prejuízos. Assim, a disponibilidade restrita do desempenho específico é eficiente, porque corresponde ao que as partes escolheriam se fossem livres para negociar, mas evita os custos de transação envolvidos na negociação.

### **3.3.1. O dano emergente**

A interrupção imotivada das tratativas enseja a existência da indenização de danos emergentes podendo ter como natureza os prejuízos suportados pela parte que despendeu gastos no curso das negociações, como por exemplo, viagens,

assistência jurídica e técnica, despesas notariais, despesas com documentação, despesas de locação de imóveis, automóveis e equipamentos e despesas com obras em geral. Outra categoria de gastos que derivem do rompimento e que possibilitem a configuração dos danos emergentes são as despesas da imobilização de capital, que será aplicado no negócio aventado. O tempo despendido ou a execução de um trabalho que não seja efetivamente útil são elementos que se forem eleitos se tornam passíveis de serem pleiteados como danos emergentes, caso se opere a ruptura das tratativas (CAPPELLARI, 1995: 39)<sup>31</sup>.

Uma questão que cria polêmica na doutrina e na jurisprudência é o fato do dever de indenizabilidade dos danos emergentes de natureza não-patrimonial na etapa das negociações contratuais. O art. 5º, inciso X da Carta Maior de 1988 determina a indenização decorrente de violação do bem jurídico moral, por um ato ilícito de outrem. Enfim, cabe a parte que suportou a violação do dever de lealdade e de confiança derivados do princípio da boa fé objetiva, durante as negociações pleitear indenização por danos morais suportados.

No deferimento do pedido de indenização pelo rompimento das negociações contratuais deve ser investigado se houve motivo justo ou não, pois o direito de romper o pré-contrato tem como natureza jurídica um direito potestativo dos contratantes<sup>32</sup>. Assim, quando uma das partes utiliza abusivamente o dever de confiança é que está configurado o dever de indenizar. Haverá o dano moral para ser indenizado a partir de um dano material, devido à frustração da parte que experimenta a ruptura do pré-acordo sem justificativa.

### **3.3.2. O Lucro Cessante e a controvérsia doutrinária**

Os lucros cessantes se constituem num importante ponto de controvérsia doutrinária quanto ao dever de indenizá-los quando da interrupção das tratativas contratuais. A doutrina minoritária representada por Roberto H. Brebbia não admite tal hipótese (1985: 108 et seq.)<sup>33</sup>, porém a corrente majoritária defendida por Philippe

<sup>31</sup> Récio Cappelari considera que: "Também dá ensejo ao ressarcimento a perda de tempo e trabalho na fase pré-negocial, uma vez que se tenha criado fundada aparência de sua real conclusão e, por conseqüência, tenha-se estabelecido confiança nesta expectativa de contrato, a qual é, após, repentina e injustificadamente denegada. Portanto, pode-se concluir que, mesmo inexistindo despesas strictu sensu, ou seja, gastos efetuados, ainda assim pode configurar-se a responsabilidade pré-contratual, decorrente da perda de tempo e trabalho, o que, verbi gratia, pode ser indenizado pela verificação do quantum de honorários comumente pagos ao profissional; além da perda de oportunidade de contratar com outrem, entre outras hipóteses a serem averiguadas em cada caso concreto".

<sup>32</sup> Mário Júlio de Almeida Costa apresenta um exemplo em que caberia a indenização por danos morais, em virtude da ruptura de negociações contratuais: A entra em negociações com o pintor B, para que este retrate sua mãe, C, pessoa idosa e doente. Em virtude das expectativas que B lhe cria, A rejeita uma proposta de D, igualmente artista qualificado, mas, B acaba por romper ilegitimamente essas negociações, deixando A sem possibilidade de, em tempo útil, contratar outro pintor antes da morte de C. Na hipótese, o dano não patrimonial refere-se ao desgosto de A por não mais conseguir um retrato de sua mãe pintado ao vivo.

<sup>33</sup> Roberto Brebbia considera que: "En el caso de da fio producido en ei período de las tratativas anteriores a la póliticación, ei damnificado sólo tiene derecho a demandar o reembolso de los gastos

Le Tourneau admite que os lucros cessantes integrem a indenização pela ruptura das tratativas (1998: 489).

As perdas e danos de negócio com terceiros é o caso mais freqüente que caracteriza os lucros cessantes, quando se realiza tratativas concomitantes e simultâneas com terceiro, devendo se fazer um conjunto probatório baseado em objetivas e efetivas provas. Também, enseja a hipótese de lucros cessantes quando não há investimentos de capitais, separados para utilização no contrato em andamento<sup>34</sup>. O caso da indenização pela impossibilidade de realizar outras negociações com terceiros, devido ao fato de se estar em fase de tratativas cumpre lembrar que ao intérprete cabe analisar criteriosamente cada situação em especial, visto que não é possível aplicar-se uma regra geral, e sim examinar cada caso concreto; porque deverá ser dado o direito de preferência ao contraente que já se encontra em negociação, atribuindo ao outro pactuante a possibilidade de ter as mesmas oportunidades que foram ofertadas pelo terceiro em negociação. Contudo, em certos casos a confiança obtida quanto à realização do contrato faz com que o contraente recuse outras propostas de negócio no curso das tratativas.

Se o pactuante que estava estabelecendo negociações e rompe sem justo motivo, a contraparte terá o direito de ser ressarcida inclusive pelos danos e lucros cessantes (NANNI, 1988: 73 et seq.), pois foi violado o dever de lealdade contratual e a boa fé objetiva quanto à estipulação do contrato e perdida outras oportunidades que lhe apareceram. A Corte de Cassação italiana em determinada decisão de um caso entendeu que as partes têm o dever de se comportar de boa fé durante as negociações.

Quando um dos pactuantes incute a confiança na realização do contrato e, depois rompe as negociações sem justo motivo ter-se-á a hipótese da responsabilidade *in contrahendo*, cabendo reparar os danos e inclusive a perda de outras possibilidades de tratos que foram impostos à parte prejudicada pelo rompimento das negociações<sup>35</sup>.

ocasionados con motivo de las negociaciones pero no la ganancia dejada de percibir (lucro cesante), porque entre esta ultima y el hecho ilícito no existe una relación de causalidad adecuada". Mais adiante prossegue o mesmo autor: "Tal fué el criterio adoptado en el único caso judicial registrado en el derecho argentino en que se consagrara expresamente el principio de la responsabilidad emergente de la ruptura de las tratativas preliminares de contrato. En este interesante hecho se hizo lugar únicamente al reembolso de los hechos efectuados con motivo de las negociaciones, representados en la especie por los sueldos e indemnizaciones pagadas a empleados tomados por la parte actora a raíz del entabiamiento de tratativas mantenidas con una importante empresa comercial con el fin de concertar un contrato de agencia."

<sup>34</sup> Há dissensão na doutrina sobre os juros de capital não investido por fato de outrem integrar o conceito de dano emergente ou lucros cessantes.

<sup>35</sup> NANNI, Luca. ob. cit., p. 76: "Il contratto va interpretato ed eseguito secondo buona fede. L'attività delle parti in causa per giungere al contratto di lavoro si è arrestata nella fase preparatoria, senza dar luogo ad una stipuazione vincolativa, per l'inosservanza dei doveri di comportarsi secondo buona fede da parte dell'azienda, che, avendo dato, coi suo originario contegno, alle controparti fondata ragione di fare affidamento sulla conclusione del contratto, ha interrotto senza giusto motivo il proseguimento della procedura di assunzione, dando luogo a responsabilità per culpa in contrahendo con conseguenze obbligo di risarcire il danno derivante ai lavoratori dal fatto di aver perduto occasione reale di concludere con altri lo stesso contratto mandato a monte".

### 3.4. O Nexa de Causalidade na Responsabilidade pela Ruptura Pré-contratual

A caracterização da responsabilidade pela ruptura pré-contratual terá como requisito final a existência de um nexa de causalidade (CAVALLIERI FILHO, 2008: 46)<sup>36</sup> da ação ou omissão perpetrada pelo agente que ocasionou o dano ao outro. O aplicador do direito encontra um problema ao examinar a presença do requisito do nexa causal, por não ser uma questão meramente intuitiva<sup>37</sup>. No direito brasileiro a gênese da sustentação da tese de que o nexa causal encontrava seu fundamento jurídico no disposto no art. 159 do Código Civil de 1916, e na atualidade com a redação dada pelos artigos 186 e 187. O Código Civil de 1916 possuía uma regra geral prevista no art. 1.060, no que se refere à responsabilidade contratual, evidenciando a existência e configuração do nexa causal. Com o emprego dessa norma procurou-se evitar a indenização decorrente da prática de omissões e atos ilícitos para serem inseridos no *quantum debeat*, do dano que não tenham relação direta com os aqueles, evitando-se a responsabilização pelo dano indireto. Na atual redação do art. 403, o legislador ressaltou: "(...) sem prejuízo do disposto na lei processual".

A regra legal encontra-se inserida na parte da responsabilidade contratual, é oportuno lembrar a viabilidade de sua aplicação em toda a responsabilidade civil, inclusive no que se refere à responsabilidade pela ruptura pré-contratual, pois se trata de uma simples disposição topográfica que não prevalece sobre a exegese sistemática, lógica e teleológica.

Um critério genérico será adotado para a fixação dos danos emergentes que podem ser incluídos na indenização, investigando se o dano suportado pela parte prejudicada teria ocorrido se as tratativas não tivessem se iniciado e não houvesse a sua ruptura ilegítima. Se do exame constatar-se que os prejuízos ocorreriam mesmo não sendo iniciada as tratativas e posteriormente rompidas, não há de se cogitar o dever de indenizar a parte prejudicada. Caberá a indenização caso haja a confiança na realização do negócio jurídico, excluindo-se despesas, anteriores ou posteriores, não ligadas direta ou indiretamente à violação do princípio da lealdade e da confiança, mesmo que os danos sejam decorrentes de vantagens experimentadas pela parte que rompeu as tratativas. Podemos concluir que não será objeto do dever de indenizar os danos suportados pela parte de boa fé que não ensejou a ruptura das tratativas, se esta se operou antes de se estabelecer a confiança de que se firmaria o objeto do negócio. Os prejuízos passíveis de serem ressarcidos são aqueles originários da violação direta e imediata da confiança que o pactuante depositou na estipulação do negócio. Não há de se falar em indenizar os custos de todo o acordo, mas as despesas decorrentes da conduta violadora do dever de lealdade negocial. A Corte

---

<sup>36</sup> Cavallieri considera que "(...) o nexa de causalidade é elemento indispensável em qualquer espécie de responsabilidade civil. Pode haver responsabilidade sem culpa, como teremos oportunidade de ver quando estudarmos a responsabilidade objetiva, mas não pode haver responsabilidade sem nexa causal."

<sup>37</sup> CAVALLIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p. 46: "O conceito de nexa causal não é jurídico; decorre das leis natu-rais. E o vínculo, a ligação ou relação de causa entre a conduta e o resultado."

de Cassação italiana<sup>38</sup>, ao examinar um case do dever de reparar pelo rompimento das negociações, teve a oportunidade de fixar judicialmente o critério que se está aqui defendendo<sup>39</sup>. Os prejuízos materiais decorrentes direta e imediatamente do rompimento das negociações. Enquanto os danos morais poderão decorrer do perdimento da credibilidade que a interrupção das tratativas cria no pactuante que experimente a violação do dever de lealdade e de confiança. Em se tratando de lucros cessantes, existem dificuldades para a verificação do requisito do nexu causal. Uma questão pacífica é a responsabilidade derivada dos lucros cessantes devido à interrupção das negociações, em que via de regra é pedido o ressarcimento pela impossibilidade de concretizar outros tratos.

A teoria da causalidade adequada exige que o dano alegado pela vítima seja de tal natureza, que, caso o evento que o causou não ocorresse, tal dano não se verificaria. Devendo-se comprovar que se o negócio não estivesse em andamento teria o contraente a possibilidade de contratar com terceiro. O dever de reparar os lucros cessantes pela ruptura pré-contratual deve ser comprovado já que não está descartada a hipótese de ter havido a contratação com terceiros.

### **Considerações Finais**

*Como destacado ao longo desse artigo, as relações jurídicas obrigacionais que se encontram o espectro do princípio da boa fé objetiva, que insere um comportamento padrão entre os atores privados que estão em fase negocial para aceitação da proposta.*

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

A lei poderia ter tutelado a fase das negociações contratuais e estabelecido o dever da parte que encerra as negociações, de indenizar as despesas em que incorreu a parte contrária. A lei, no entanto, não tem disposição dessa natureza. Assim, as negociações só poderão ter uma certeza: a da incerteza da utilidade das despesas efetuadas.

---

<sup>38</sup> Ementa da decisão proferida pela Corte de Cassação italiana: "Na culpa in contrahendo, o dano ressarcível não se relaciona à frustrada conclusão do contrato, mas às conseqüências diretas do comportamento ilícito; se, portanto, no desenvolvimento das tratativas, a conduta do contraente é considerada legítima em um primeiro momento, e somente no momento posterior, considerada culposa, o dano ressarcível é somente aquele que pode ser ligado a este segundo período".

<sup>39</sup> Decisão de 23 de abril de 1947, transcrita por Giorgio Richter, op. cit., p. 109: "Nella culpa in contrahendo, il danno risarcibile non è in relazione alla mancata conclusione del contratto, ma in relazione alle conseguenze dirette del comportamento illecito; se, pertanto, nello svolgimento delle trattative, la condotta del contraente è stata legittima in un primo tempo, e solo in tempo successivo è divenuta colposa, il danno risarcibile è quello soltanto che può essere ricollegato a questo secondo periodo."

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

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

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

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

Foi necessário, portanto, que se reconhecesse a existência de deveres jurídicos especiais para os contraentes durante a fase das negociações contratuais, para que se pudessem efetivar certas exigências de comportamento durante esse período. Dentre esses deveres, avulta o que exige que os contraentes ajam com lealdade e correção.

### **Referências Bibliográficas Consultadas**

AGUADO, Josep L. *El deber de información en la formación de los contratos*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3.

- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- BREBBIA, Roberto H. *Responsabilidad precontractual: evolución de la doctrina – ensayo de un sistema de responsabilidad precontractual en el derecho argentino – derecho comparado*. Rosario: Victor P. de Zavalía, 1985.
- CABANA, Lopez. La información en los contratos de consumo. *Derechos del consumidor*. Juris, 1996.
- CAPPELARI, Récio. *Responsabilidade pré-contratual (aplicabilidade ao direito brasileiro)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994.
- CUPIS, Adriano de. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1946.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. v. II, t. I, Salvador: Litho-typ Encadernações Reis, 1908, nota 49.
- FERRI, G. Diritto all'informazione e diritto all'oblio. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXVI, 1ª parte, Padova, 1990.
- GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade in contrahendo. Prática da Responsabilidade Civil*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- JHERING, Rudolph Von. *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten verttügen*. Verlag Gehlen: Bad Homburg, 1969.
- MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade pré-negocial pela não-conclusão dos Contratos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, supl. XIV, Coimbra, 1996.
- NANNI, Luca. *La buona fede contrattuale*. Padova: CEDAM, 1988.
- RASI, Salvatore A. La responsabilità precontrattuale. *Rivista di Diritto Civile*, ano XX, Padova: CEDAM, 1974.
- RICHETER, Giorgio Stella. *La responsabilità precontrattuale*. Torino: Utet Libreria, 1996.

RIPERT, G. *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris: LGDJ, 1949.

TOURNEAU, Philippe. La rupture des négociations. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, n° 3, juillet/septembre, Paris: Dalloz, 1998.