

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JULIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

FELIPE ASSIS DE CASTRO ALVES NAKAMOTO

**A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: ANÁLISE JURÍDICA DO
ROMPIMENTO DAS NEGOCIAÇÕES NO BRASIL, NA ALEMANHA E NA
INGLATERRA**

FRANCA

2017

FELIPE ASSIS DE CASTRO ALVES NAKAMOTO

**A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: ANÁLISE JURÍDICA DO
ROMPIMENTO DAS NEGOCIAÇÕES NO BRASIL, NA ALEMANHA E NA
INGLATERRA**

**Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista
“Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a
obtenção do título de Mestre em Direito. Área de
concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos
da Cidadania**

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Kelly Cristina Canela

FRANCA

2017

Nakamoto, Felipe Assis de Castro Alves.

A Responsabilidade pré-contratual: análise jurídica do rompimento das negociações no Brasil, na Alemanha e na Inglaterra / Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto. – Franca : [s.n.], 2017.
120 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.
Orientadora: Kelly Cristina Canela.

1. Direito comparado. 2. Responsabilidade pré-contratual.
3. Boa-fé objetiva. I. Título.

CDD – 342.144

FELIPE ASSIS DE CASTRO ALVES NAKAMOTO

**A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: ANÁLISE JURÍDICA DO
ROMPIMENTO DAS NEGOCIAÇÕES NO BRASIL, NA ALEMANHA E NA
INGLATERRA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Prof.^a Dr.^a Kelly Cristina Canela

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, ____ de _____ de 2017.

Dedico este trabalho à minha avó Delma, por ter passado tardes e noites me acompanhando na produção do texto.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Renata e Fernando, por sempre me apoiarem e incentivarem a buscar mais conhecimento;

Às minha avós Delma e Elza por todo o suporte e paciência ao longo deste trabalho;

À Susie, que está sempre ao meu lado, tornando únicos e especiais os momentos que compartilhamos;

Aos amigos Igor, Rodrigo, Maurício e Matheus, pelas risadas e ensinamentos que compartilhamos desde a graduação.

Aos amigos mestres Carol Carlucci, Felipe Rodrigues e Átila, cujas dicas e ajudas tornaram a experiência do mestrado mais tranquila e eficiente.

Aos amigos que fiz em Londres, especialmente à Ana e ao Zé, que eram um pedaço de casa quando estive longe dela.

À minha orientadora Profa. Kelly, que muitas oportunidades me proporcionou na jornada unespiana.

À UNESP, pelo convívio por mais de sete anos. Espero um dia poder colaborar de alguma forma para que seu ambiente seja sempre amistoso e inspirador.

Por fim, o meu agradecimento eterno a Maria, que passa na frente, abrindo o caminho e atenuando as dificuldades.

*Passou a diligência pela estrada, e foi-se;
E a estrada não ficou mais bela, nem sequer mais feia.
Assim é a ação humana pelo mundo fora.
Nada tiramos e nada pomos; passamos e esquecemos;
E o sol é sempre pontual todos os dias.
(Alberto Caeiro)*

NAKAMOTO, Felipe Assis de Castro Alves. **A Responsabilidade Pré-Contratual: análise jurídica do rompimento das negociações no Brasil, na Alemanha e na Inglaterra.** 2017. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as consequências jurídicas da responsabilidade pré-contratual, sobretudo aquelas decorrentes da ruptura de negociações. Para tanto, empregou-se a metodologia comparada, uma vez que a figura da responsabilidade pré-contratual é oriunda da Alemanha e lá também encontrou grande desenvolvimento. Como ponto de contraste, elegeu-se a análise do sistema jurídico inglês que, por conta de sua peculiaridade sistemática – *common law* – e por razões filosófico-econômicas não prevê a responsabilização por danos decorrentes do período negocial em uma figura unitária, tal como ocorre na Alemanha. No Brasil, a discussão centra-se na natureza jurídica e na divergência suscitada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, fato de dificulta seu entendimento e impõe a superação de alguns conceitos clássicos, de modo a conformar o mundo jurídico à adequada proteção das relações sociais. Dessa forma, estribado na boa-fé objetiva, o Brasil desenvolve uma responsabilização pré-contratual distinta da Alemanha, com muitos traços de responsabilidade extracontratual. Espera-se, portanto, colaborar com o debate acerca de tão tumultuada figura que é a responsabilidade pré-contratual brasileira.

Palavras-chave: responsabilidade pré-contratual. boa-fé objetiva. direito comparado.

NAKAMOTO, Felipe Assis de Castro Alves. **A Responsabilidade Pré-Contratual: análise jurídica do rompimento das negociações no Brasil, na Alemanha e na Inglaterra.** 2017. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2017.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the legal consequences of precontractual liability, especially those resulting from the rupture of negotiations. For this, the use of comparative methodology was employed, since the idea of precontractual responsibility comes from Germany and there found great development. As a point of contrast, we chose to analyze the English legal system which, because of its systematic peculiarity - common law - and for philosophical-economic reasons does not have a unitary remedy for damages stemming from liability on the negotiations period, such as occurs in Germany. In Brazil, the discussion focuses on the legal nature and divergence raised by both doctrine and jurisprudence, which makes difficult to understand the concept of precontractual liability and imposes the duty to overcome some classic concepts, in order to adapt the legal world to the adequate protection of social relations. Thus, based on objective good faith, Brazil develops a precontractual liability distinct from Germany, with many traits of extra-contractual liability. It is hoped, therefore, to cooperate with the debate about such a tumultuous solution which is the Brazilian precontractual liability.

Keywords: precontractual liability. objective good faith. comparative law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL	20
1.1 Teorizações de Rudolf von Jhering	24
1.2 O desenvolvimento do conceito de <i>culpa in contrahendo</i>	26
1.3 Panorama legislativo	28
1.4 A unificação e uniformização do direito privado	32
CAPÍTULO 2 – O DIREITO ALEMÃO E A RESPONSABILIDADE PRÉ- CONTRATUAL	39
2.1 Observações gerais sobre o direito alemão.....	39
2.2 O desenvolvimento da responsabilidade pré-contratual pela doutrina e jurisprudência alemã.....	41
2.3 A boa-fé e o direito alemão	46
CAPÍTULO 3 – O DIREITO INGLÊS E A RESPONSABILIDADE PRÉ- CONTRATUAL	50
3.1 Observações gerais acerca do direito inglês	50
3.2 O direito contratual inglês	53
3.3 O desprestígio da boa-fé no direito inglês	55
3.4 O período negocial, a ruptura e a responsabilização	59
3.4.1 O caso <i>Walford v Miles</i> e a desproteção das partes durante a negociação .	60
3.4.2 <i>Consideration</i> : elemento essencial para formação do contrato	61
3.4.3 A não obrigatoriedade de informar a contraparte	63
3.4.4 <i>Promissory estoppel</i> e a proteção negocial.....	64
CAPÍTULO 4 – A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO	68
4.1 A vinculação entre as partes	69
4.2 Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual.....	74

4.3 A violação da boa-fé como fundamento da responsabilização pré-contratual	79
4.3.1 <i>A boa-fé como cláusula geral</i>	81
4.3.2 <i>A boa-fé contratual</i>	84
4.4 Efeitos da natureza jurídica das negociações	92
4.4.1 <i>Ônus da prova</i>	93
4.4.2 <i>Prescrição</i>	94
4.4.3 <i>Capacidade do agente</i>	96
4.4.4 <i>Competência</i>	96
4.4.5 <i>Juros</i>	97
4.4.6 <i>Reparação de danos</i>	98
4.5 Consequências da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual ..	100
4.6 O posicionamento dos tribunais	102
4.6.1 <i>Informações falsas</i>	103
4.6.2 <i>Ruptura negocial arbitrária</i>	104
4.6.3 <i>O dever de boa-fé na fase negocial</i>	107
4.6.4 <i>Limites à responsabilização pré-contratual</i>	108
CONCLUSÕES	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117

INTRODUÇÃO

A contemporaneidade, pautada pela liquidez¹ e fugacidade das relações, fez emergir figuras jurídicas que buscam preencher os anseios impostos pela sociedade globalizada. A partir do grande avanço comercial e tecnológico, novas soluções dentro do campo contratual foram propostas objetivando a otimização e proteção das partes de um negócio e das relações econômicas. Dentre outros assuntos, vem ganhando espaço no Brasil a discussão sobre a responsabilidade pré-contratual – também chamada de *culpa in contrahendo* –, sobretudo por conta de ser uma figura jurídica desenvolvida teoricamente, cuja aplicação prática não é uniforme e pode gerar sérios reflexos nas relações comerciais, sejam elas nacionais ou internacionais. Vale dizer, um mesmo caso pode gerar resultados opostos conforme a legislação aplicável, o que gera insegurança jurídica e pode impactar negativamente o tráfego jurídico-comercial, uma vez que amplia os custos transacionais.²

Em termos gerais, a responsabilidade pré-contratual é gênero cuja espécie típica é a ruptura negocial, isto é, a frustração de uma negociação em momento anterior à formalização de um contrato. Note-se que se trata, comumente, de um momento sem formalidades, mas que pode gerar legítimas expectativas sobre o objeto negociado. Todavia, outras modalidades de responsabilidade pré-contratual que podem ser elencadas são a omissão de informações relevantes à conclusão do contrato, e o induzimento a erro, dando falsas declarações acerca do objeto do contrato.

Dessa maneira, deve-se buscar respostas jurídicas para casos em que o momento negocial, isto é, antes da assinatura do contrato, ocasiona danos a uma das partes. Essas respostas, possibilitadas através do estudo comparativo, oferecem soluções coerentes com a ideologia do ordenamento jurídico que se insere, podendo assumir duas características: ou se imputa de modo equilibrado o ônus da ruptura a uma das partes, mesmo que não haja contrato em sentido estrito, protegendo a parte lesada; ou não se responsabiliza a parte que ensejou o dano, justificando a ausência de proteção jurídica em momento anterior ao contrato,

¹ Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Expressão cunhada pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, que descreve a modernidade como uma era marcada por característica como efemeridade e instantaneidade das relações e expectativas dentro da sociedade.

² Cf. COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica**. vol.4, n. 16, nov. 1937, p.386-405. O desenvolvimento do termo “custos transacionais” é atribuído ao economista norte-americano Ronald Coase, que discute sobre a “Teoria da Firma”. Em seus trabalhos, ele discute os fundamentos e razões das relações da empresa com o mercado. Na obra “Nature of the Firm”, por exemplo, Coase chama a atenção para os custos de organizar a produção, notadamente o custo de negociar. Os contratos são elencados como um custo das empresas, de modo que acaba por afetar o valor do produto no mercado.

protegendo-se, assim, a barganha. O primeiro viés pode ser encontrado no ordenamento jurídico alemão, enquanto o segundo viés é derivado do direito inglês.

O momento negocial, então, sem aparente consequência jurídica, gera efeitos diversos a depender da jurisdição: pode tanto vincular as partes de modo a resultar no dever de indenização quanto desconsiderar esse período como fonte obrigacional. Frise-se que, tanto a natureza da responsabilidade quanto a extensão indenizatória são assuntos debatidos entre os doutrinadores estrangeiros, porém sem o aprofundamento necessário no Brasil. Diante desse cenário, sobressai-se o interesse na teorização brasileira da responsabilidade pré-contratual, a fim de se discutir seu alcance, hipóteses e reflexos. Apesar de não se ter um robusto corpo de estudos e julgamentos a respeito do tema, encontra-se aplicação da responsabilidade pré-contratual de maneira crescente nos tribunais. Isso é salutar pois abre nova perspectiva de proteção jurídica àqueles que sofrem algum dano decorrente de negociações.

Nesse aspecto, por conta da pouca teorização brasileira sobre o assunto, aponta-se o interesse em utilizar a metodologia comparativa, cotejando a abordagem realizada no direito estrangeiro, uma vez que a responsabilidade pré-contratual assume diferentes características e gera diversas consequências entre as legislações de origem romano-germânica e as de origem anglo-saxã, notadamente o direito alemão de um lado e o direito inglês de outro. Na Inglaterra, por exemplo, as cortes são extremamente cautelosas em aceitar a vinculação dos negociantes, ao passo que na Alemanha essa concepção não enfrenta tanta resistência. Todavia, é de suma importância esclarecer que essa divergência guarda relação com as concepções filosóficas e econômicas dos dois países, além de peculiaridades de seus sistemas jurídicos. Neste trabalho buscaremos evidenciar e contrastar os aspectos jurídicos que culminam (ou não) na responsabilidade pré-contratual.

No Brasil, a incipiente teorização e aplicação do instituto merece ser analisada, de modo a se observar qual legislação estrangeira mais se coaduna com o direito pátrio, possibilitando-se adotar postura crítica acerca das idiosincrasias do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, é importante estabelecer como a responsabilidade pré-contratual é aplicada e entendida pelos tribunais brasileiros, de modo a se extrair as congruências e incongruências jurisprudenciais. Assim, a sistematização do assunto pode colaborar para uma melhor análise dessa figura jurídica, conferindo coesão às decisões, com vistas à uniformização e maior segurança jurídica. Consequentemente isso geraria maior certeza às partes que entram em uma negociação, diminuindo, inclusive, os custos transacionais.

Deve-se, portanto, analisar a questão sob um prisma interpretativo que leve em conta o equilíbrio de aspectos sociais e econômicos, mormente por conta da cláusula geral de boa-fé inserida no art. 422 Código Civil de 2002, que gera deveres de consideração nas negociações. Por conta disso, o presente trabalho se propõe a analisar a construção teórica da responsabilidade pré-contratual no Brasil em cotejo com sua aplicação em outros países, além de perquirir sobre os reflexos gerados no âmbito jurídico.

Além disso, é importante estabelecer correlações entre as linhas seguidas pelos países objetos de estudo e o impacto das decisões envolvendo responsabilidade pré-contratual na esfera econômica. Isto porque tende-se a imaginar, numa primeira análise, que a aplicação extrema e desmedida da responsabilidade pré-contratual pode levar a um encarecimento dos contratos, num movimento de buscar minimizar as perdas entre os possíveis contratantes, repassando aos destinatários finais. Numa segunda análise, esse cenário radical pode ocasionar, também, o colapso das negociações e a drástica redução das relações comerciais, visto que a mera sondagem poderia vincular as partes.

Buscar-se-á estabelecer as balizas de sua aplicação no direito estrangeiro, bem como mapear sua situação no direito brasileiro, de modo a servir para o avanço dos estudos da matéria.

Justifica-se, portanto, a escolha da temática, pelo relevante aspecto social, econômico e jurídico que desempenha na sociedade brasileira e global. Por se tratar de uma figura jurídica que exerce função semelhante e tutela o mesmo tipo de problema em diversas legislações, permite o uso do direito comparado.

No presente estudo, então, a metodologia comparativa deve se estabelecer tanto na macrocomparação – comparar o espírito e o estilo de diferentes sistemas jurídicos como a *common law* e a *civil law* – quanto na microcomparação, isto é, com relação ao instituto jurídico da responsabilidade pré-contratual. O estudo comparado ganha maior relevância à medida em que se discute a unificação do direito privado (no contexto europeu), ou quando se vislumbra o recrudescimento da aplicação da teoria da responsabilidade pré-contratual na jurisdição brasileira, impondo o estudo de suas características, hipóteses de incidência, fundamentos, natureza jurídica etc., a fim que se possa fornecer substrato lógico e teórico à aplicação judicial do instituto..

Conforme ensinam Zweigert e Kötz, o direito comparado desempenha importante papel nos projetos de unificação internacional do Direito.³ O uso da comparação pode contribuir

³ ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p.24.

não só como ferramenta de construção legislativa, mas também para indicar caminhos que levem a unificação e uniformização de institutos privados, eliminando diferenças e gerando maior segurança jurídica. E a pertinência desse método para o presente estudo pode ser notada no campo do direito internacional privado, especialmente nos contratos internacionais, sobretudo por conta de um crescimento irrefreável em direção ao comércio internacional de bens e serviços, não sendo raros os conflitos sobre a lei aplicável à relação negocial.

O estudo da responsabilidade pré-contratual gera interesse por conta das múltiplas abordagens que o tema comporta. Por ser uma figura de gênese teórica e arrimada no direito romano, permite o uso do método histórico. Assim, é possível investigar sua origem na Alemanha de Jhering e constatar o seu desprendimento da teorização inicial, sua expansão e seu desenvolvimento na Itália de Faggella e na França de Saleilles. Além de se traçar as principais semelhanças e diferenças que o instituto adquiriu ao longo do tempo.

Por conta de seu caráter transnacional e pelo interesse gerado pela novidade do assunto, possibilita-se o uso do direito comparado. Neste ponto, importante notar que, em dado momento, o direito comparado se mescla com a perspectiva histórica, perfazendo o método histórico comparado.

Também o direito comparado serve para mostrar soluções encontradas por diferentes legislações, não devendo se olvidar das particularidades de cada sistema. Não é de se desprezar, no entanto, soluções encontradas em sistemas muito diversos entre si. A intenção é, em verdade, encontrar maneiras para aplicar boas soluções encontradas no direito estrangeiro.

O jurista norte-americano Farnsworth ensina que há, dentro do direito comparado, quatro principais modelos de comparação. O primeiro deles, é o método aplicado por Schlesinger na Universidade de Cornell nos EUA e, mais tarde ampliado no contexto europeu dentro da Universidade de Trento. Trata-se do *common core* ou núcleo comum do direito contratual.⁴ O objetivo do *common core* é encontrar os traços de semelhança na esfera contratual.

Já o segundo grupo dá um passo além do *common core*.⁵ Apesar de seguir os mesmos princípios, propõe a unificação e harmonização das regras contratuais. Essa perspectiva ganhou destaque através de Erns Rabel que viu suas ideias florescerem na CISG (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*) e no PECL (*Principles of*

⁴ 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. p.902.

⁵ Ibid., p.903

European Contract Law), legislações de caráter internacional que serão analisadas no capítulo inicial do presente trabalho.

O terceiro grupo corresponde aos *legal transplants*, isto é, transplantes legislativos feitos entre países, analisando-se a influência da criação jurídica entre variados países.⁶ Por fim, Farnsworth explica ser o quarto grupo um residual, cujo objetivo é analisar de uma maneira generalizada as semelhanças e diferenças entre jurisdições e institutos jurídicos, evidenciando como problemas semelhantes são enfrentados de maneiras diferentes e como soluções parecidas, por vezes, resultam em resultados discrepantes.⁷

Dentro dessa lógica, chama-se atenção a aplicação da abordagem funcionalista, isto é, o método de não se analisar apenas o direito plasmado nas legislações, mas buscar o direito vivo, aquele que é concretizado nos tribunais e na vida social. Em outras palavras, observando como as jurisdições resolvem problemas originados na fase das negociações de um contrato é possível identificar a função da responsabilidade pré-contratual de maneira mais evidente.

Ao tratar do método do direito comparado, Moura Vicente explica que para analisar o critério funcional parte-se “de um problema social e procura-se determinar quais as formas pelas quais esse problema é resolvido em diferentes sistemas jurídicos”.⁸ O centro do estudo deve ser, então, como certas questões são enfrentadas por diversas jurisdições. Nesse diapasão, o autor reconhece a hipótese de figuras jurídicas diversas desempenharem a mesma função social e conduzir, nem que seja em parte, a um resultado semelhante.⁹ Elenca o *promissory estoppel* da *common law* como um equivalente funcional da *culpa in contrahendo* alemã.¹⁰

O funcionalismo parte do pressuposto que as mais diversas jurisdições enfrentam os mesmos problemas e os solucionam de maneiras diferentes, porém, obtendo resultados semelhantes.¹¹ Sua utilidade fica mais evidente se se esclarecer a pergunta que move a presente pesquisa: qual a resposta jurídica para o desfazimento de negociações?

A partir dessa indagação e firme no método funcionalista, a investigação se debruçará acerca das semelhanças e diferenças, bem como os pressupostos, requisitos e efeitos da responsabilidade pré-contratual em três jurisdições distintas entre si: a brasileira, a alemã e a

⁶ 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. p.904.

⁷ Ibid.

⁸ MOURA VICENTE, Dario. **Direito Comparado**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2014. p.39.

⁹ Ibid., p. 40.

¹⁰ Ibid.

¹¹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p.34.

inglesa. Importante frisar, ainda, que num aspecto macrocomparativo, ainda se estará diante da contraposição de dois sistemas jurídicos diversos, quais sejam, a *common law* inglesa e a *civil law* brasileira e alemã.

Essa abordagem, contudo, não é isenta de críticas dentro do Direito Comparado. Dentre as inconsistências do método funcionalista, é apontada a dificuldade em se estabelecer cientificamente a função objetiva de uma norma, isto é, o estudo é fundamentalmente influenciado por seu pesquisador, não conseguindo guardar uma necessária distância para se alcançar a “neutralidade” que o método reclama para si.¹² Além disso, há severas críticas acerca do *praesumptio similitudinis*, pois seria uma simplificação de que os resultados práticos em jurisdições diversas são os mesmos, desconsiderando inúmeras variantes.¹³

Contudo, apesar dos apontamentos negativos, há que se reconhecer a virtude de o funcionalismo centrar seu foco nos efeitos e nos eventos e não na letra fria da lei ou nas estruturas estáticas do judiciário.¹⁴ Assim, leva-se em conta os efeitos práticos do instituto jurídico analisado, servindo como base coerente de estudo.

Para tanto, a análise de casos também se mostra como interessante ferramenta de estudo, permitindo entender como o direito é aplicado e como o mesmo caso pode comportar inúmeras soluções.

Nesse toada, o método dialético também importará em relevante instrumento de pesquisa, expondo-se visões contrárias acerca da responsabilidade pré-contratual, sobretudo por ser um tema que não encontra pacificação doutrinária e jurisprudencial. Pretende-se evidenciar essas distensões e os motivos que as causam, sobretudo no direito inglês.

Espera-se poder conjugar todos os elementos de maneira coerente, de modo que se possa compilar e sistematizar grande bibliografia relativa ao tema e produzir um trabalho científico com um mínimo de rigor.

Ao final pretende-se formar uma visão crítica sobre o papel desempenhado pela doutrina e pela jurisprudência no Brasil e nos países eleitos para a comparação, extraíndo-se lições e alternativas.

O âmbito do estudo deve se desenvolver majoritariamente na área de direito civil, englobando aspectos obrigacionais e de responsabilidade civil. Em menores proporções,

¹² CARTWRIGHT, John; HESSELINK, Martijn Willem (Orgs.). **Precontractual liability in European private law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p.4.

¹³ Ibid., p.5

¹⁴ DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 189-212. p.199.

espera-se tratar de temas relacionados ao direito internacional privado e alguns aspectos de direito empresarial. Isto porque, apesar de as teorizações da figura da *culpa in contrahendo* se centrarem no direito civil, seus reflexos mais agudos podem ser percebidos na esfera do comércio internacional.

Entende-se o risco da empreitada, sobretudo pelo fato de ser o direito comparado uma vertente pouco explorada e estudada em nosso país. Todavia, a temática comporta esse tipo de análise, já tendo sido enfrentada por competentes autores.

Observa-se que nas citações à legislação ou à doutrina estrangeira, onde não se encontrava uma fonte oficial em português, optamos pela tradução livre, evidenciando o excerto original em rodapé.

Estabelecendo-se que o principal 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.¹⁵

Incertezas jurídicas são capazes de movimentar o judiciário local 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.

Críticos não entenderem apropriado utilizar o direito comparado para interpretar a lei local. Exemplo dessa corrente é o *Justice* da *Supreme Court* dos EUA, Antonin Scalia, que defende serem os juízes servos de seu povo, devendo aplicar a lei que esse povo entendeu apropriada, afastando influências internacionais.¹⁶

No entanto, não se pode desprezar a relevância e a influência desempenhada pela comparação entre sistemas jurídicos no caso da responsabilidade pré-contratual, notadamente

¹⁵ 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. 518.

¹⁶ Ibid., p.529.

por ser um instituto “transnacional”, tendo nascido na Alemanha, e desenvolvido por autores franceses e italianos, como Saleilles e Faggella.¹⁷

Além disso, salienta-se que os contratos têm sido objeto de intensa 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.).¹⁸

No presente trabalho, buscar-se-á comparar institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes, de modo a evidenciar o atual estágio de desenvolvimento do instituto da responsabilidade pré-contratual no Brasil, na Alemanha e na Inglaterra, 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 entre ordenamentos, o que é muito relevante para a prática comercial entre estes países ligados historicamente, inclusive no âmbito jurídico.

¹⁷ MOURA VICENTE, Dário **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2001. p.260

¹⁸ 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.

CAPÍTULO 1 - A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Uma pessoa anuncia que está vendendo sua casa. Um interessado se apresenta, dando início às negociações. É marcada uma vistoria ao imóvel pelo possível comprador. Todavia, ao chegar na casa, o possível comprador se depara com a casa já vendida para uma terceira pessoa, de modo que sua viagem foi em vão.¹

Suponha-se que o possível comprador fez uma longa e dispendiosa viagem para negociar os termos do negócio. O vendedor negligencia uma importante informação que interfere diretamente na esfera jurídica do candidato a comprador, frustrando a celebração de um negócio jurídico e, além disso, ocasionando despesas desnecessárias.

Por um lado, pode-se argumentar que essa situação é inerente ao momento negocial, em que não há nenhuma formalidade a ser observada e nenhum vínculo formado entre as partes, de modo que qualquer frustração é ínsita à natureza da negociação. Se houve gastos, estes deveriam ter sido computados pelo candidato. Por outro lado, há que se analisar a situação da parte lesada que, além de ver frustrada a celebração de uma compra, gastou dinheiro com a viagem e teve seu tempo desperdiçado. Tal situação pode ser entendida como injusta e, dessa forma, rechaçada por ordenamentos jurídicos.

Caso o vendedor tivesse corretamente informado, o possível vendedor se absteria de incorrer em tal viagem, poupando-o de diversos dissabores. Assim, faz sentido estabelecer até que ponto uma indenização é devida. É necessário analisar os argumentos ora expostos e balanceá-los, compreender seus limites e confrontá-los com os limites impostos pelo regramento jurídico.

É nesse tipo de situação que surgem diversos imbróglis jurídicos como as fronteiras da liberdade contratual e o dever de atuar com observância à boa-fé; o tipo de informação passada pelo negociante, a confiança e a expectativa gerada, se essa expectativa é fundada ou não; se surge um dever de indenizar ou se essa imposição afetaria a sanidade econômica, fazendo das negociações uma área de risco.

Antes de se enfrentar propriamente o tema da responsabilidade pré-contratual, 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

¹ Cf. KESSLER, Friedrich; FINE, Edith. *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*. **Harvard Law Review**. vol. 77, n. 3, Jan., 1964, p. 401-449. p.5.

poder criador, percebendo nas formas uma maneira de limitar a liberdade.² 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.³ Visa-se evitar controvérsias e possíveis litígios advindos dessas relações. Assim, mesmo que, por vezes, haja liberdade ou faculdade em se adotar uma forma específica da contratação, as vantagens de se empregar uma forma determinada – sobretudo a escrita – deixa o negócio celebrado mais claro e insuscetível a discussões, imprimindo caráter de certeza e reforçando a segurança da relação intersubjetiva.

Enzo Roppo enumera três grandes funções do formalismo contratual, quais sejam: evita-se a tomada de decisões precipitadas, impondo momento de reflexão e ponderação sobre o que está sendo contratado; torna certo o teor das cláusulas e o fato de sua conclusão; e dá publicidade a terceiros estranhos à relação, mas que podem ser diretamente afetados por ela.⁴

Todavia, o objeto do presente estudo – o momento pré-contratual – não se reveste, em regra, de formalismos típicos da esfera contratual, figurando como uma área de certa incerteza e, conseqüentemente, insegurança jurídica. Ora, a legislação brasileira vigente não oferece uma resposta clara e a jurisprudência não é unívoca no sentido de imputar determinada responsabilidade a uma das partes por desfazimento negocial. Portanto, deve-se questionar: por que é interessante definir o ônus da responsabilidade pré-contratual? Qual parte deve suportar esse ônus? Quais as diferenças de se imputar os regimes contratuais (obrigacionais) ou extracontratuais (delituais) à responsabilidade pré-contratual? A legislação, a jurisprudência e a doutrina oferecem respostas coerentes? A aplicação da responsabilidade pré-contratual gera implicações no comércio? Qual é o tratamento conferido no direito estrangeiro?

Essas questões iniciais e exemplificativas – outras podem e devem surgir ao longo do estudo – servem de gatilho para as primeiras linhas de reflexão, de modo que todo o exposto converge na tentativa de respondê-las.

Dito isso, passa-se a uma breve e panorâmica conceituação de elementos, que devem ser mais bem discutidos nos tópicos a seguir.

² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.97.

³ Ibid., p.100.

⁴ Ibid., p.102.

A negociação é o momento que antecede o contrato, ou seja, é a fase em que são estabelecidos os corolários da obrigação a ser cumprida tendo como finalidade alcançar o equilíbrio entre os interesses dos envolvidos. Atingido o equilíbrio, ocorre a conclusão do contrato, isto é, há o consentimento mútuo de que se buscará cumprir determinada obrigação. E, caso não ocorra esse equilíbrio ou não haja consentimento, não há que se falar em conclusão contratual. O momento de interesse para o estudo, portanto, afigura-se nesta última hipótese, uma vez que pode surgir o dever de indenização decorrente da quebra injustificada e/ou 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 e a discussão dessa natureza está intimamente relacionada com os efeitos a serem experimentados pelas partes.

É interessante, aqui, lembrar das lições de Clóvis do Couto e Silva que entende ser a obrigação um processo, isto é, um conjunto dinâmico de fases que “surtem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência” com o objetivo de satisfazer os interesses das partes, ou seja, que o devedor faça o pagamento ao credor e que este entregue, faça ou se abstenha de fazer algo de interesse do devedor.⁵ A obrigação não é modalidade que serve somente ao credor, não havendo hierarquia entre os polos da obrigação. Desse modo, ao credor também surgem deveres de conduta em face do devedor, visando proteger o harmonioso relacionamento entre ambos. Assim, indaga-se se o momento negocial não pode ser entendido como uma dessas fases por que passa a obrigação, merecendo tutela jurídica.

Importante sublinhar que neste momento negocial não há uma regra para que sejam formalizados documentos. Isso leva a uma necessária distinção sobre figuras jurídicas que podem existir – ou coexistir – durante o período anterior ao contrato, isto é, a diferença entre contrato preliminar (pré-contrato) e negociações pré-contratuais.

Além disso, a complexidade do negócio a ser empreendido ou as peculiaridades de opção de uma das partes podem arrastar as tratativas por longos períodos, dando razão para a distinção do momento negocial pré-contratual de outras figuras características das negociações, como o contrato preliminar.

⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.20.

O contrato preliminar pode ser entendido como um contrato “menor” que integra uma das etapas da cadeia de estágios tendentes à formação de um contrato definitivo. Ou seja, o contrato preliminar é um contrato, com efeitos jurídicos próprios e com elementos característicos, cujo objeto é a celebração de um contrato futuro. Como assinala o art. 462 do Código Civil Brasileiro, “o contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”.

A grande utilidade desse contrato preliminar pode ser resumida na possibilidade de concluir o contrato definitivo em um momento futuro, mas sem a necessidade de iniciar imediatamente a sua execução.⁶

O objeto dessa obrigação é a assinatura de um contrato definitivo em momento futuro. Conforme aponta Cristiano Zanetti, há várias razões para se firmar essa modalidade de contrato, como a falta de documentos necessários à conclusão do contrato definitivo, a inexistência atual da coisa a ser vendida ou negociada, a falta de disponibilidade de numerário para adimplir a obrigação, ou até a complexidade negocial que pode envolver várias verificações e diligências, como ocorrem nas fusões e aquisições societárias, por exemplo.⁷

Nota-se, portanto, que o contrato preliminar é previsto na legislação civil e a sua função é a de resguardar uma negociação, protegendo o contrato futuro. Caso haja inobservância a responsabilidade imputada gera efeitos contratuais contratuais, uma vez que é pacífica a sua natureza obrigacional. A responsabilidade pré-contratual, por sua vez, não decorre da violação de contrato preliminar. Em outras palavras, violar o contrato preliminar é o mesmo que violar um contrato qualquer, enquanto a responsabilidade pré-contratual decorre da violação de deveres de conduta que afetem as expectativas da contraparte.

A responsabilidade pré-contratual, modalidade desenvolvida por Jhering e aperfeiçoada pela jurisprudência alemã, tem como fundamento a boa-fé objetiva. Com a expansão da ideia que os negócios jurídicos devem se pautar na honestidade e probidade das partes, afastou-se o individualismo excessivo que permeava a maioria das legislações civis europeias e se abriu um horizonte de maior cooperação entre as partes. A responsabilidade pré-contratual é exemplo disso, uma vez que espera certas posturas de coerência e lealdade negocial entre os futuros contratantes.

Menezes Cordeiro evidencia essa postura ao agrupar os casos de responsabilidade pré-contratual em três grupos de casos, a saber: O primeiro é o dever de proteção dos negociantes

⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p.103.

⁷ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p.25.

na fase preliminar, isto é, as partes devem evitar condutas que possam causar prejuízos pessoais ou patrimoniais, diretos ou indiretos à outra parte. O segundo é o dever de esclarecimento e informação, ou seja, espera-se que as partes forneçam informações necessárias que possam ser relevantes para a conclusão do contrato. Por fim, o terceiro grupo compreende o 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.⁸

No entanto, outro rumo foi empreendido em países de *common law*. Lá a responsabilidade pré-contratual não encontrou o mesmo desenvolvimento nos países de *civil law*. Isso por conta da sedimentada 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 se considera a vinculação quando esta é a vontade inequivocamente expressada pelas partes. Todavia, conforme alerta o jurista Menezes Cordeiro, “a perspectiva tradicional é hoje reconhecida como insatisfatória face à complexidade crescente do processo negocial e aos novos problemas que ele suscita”.⁹ Nesse sentido, desenvolveram-se mecanismos outros, como a *misrepresentation* e o *promissory estoppel* como remédios contra posturas desonestas na fase negocial. Em nome da proteção da autonomia das partes e da liberdade contratual a *common law* – notadamente o direito inglês – soluciona condutas “injustas” de maneira diferente da *civil law*.

Essa tensão entre os sistemas jurídicos é salutar pois mostra várias alternativas e fundamentações para a solução de problemas semelhantes. Cabe ao direito comparado compreender e decodificar tanto os sistemas jurídicos quanto as soluções apresentadas, a fim de traçar linhas de compatibilidade e incompatibilidade entre as jurisdições.

1.1 Teorizações de Rudolf von Jhering

A teoria da *culpa in contrahendo* surgiu dos postulados de Rudolf von Jhering no livro “*Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*”.¹⁰ Ao se deparar com situações que infligiam excessivos gastos a uma das partes de uma negociação – seja por falha na comunicação ou por engano – o jurista alemão se questionou

⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p.547-553.

⁹ Ibid., p.275.

¹⁰ VON JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Coimbra: Almedina, 2008.

sobre a parte que deveria suportar essas despesas inutilmente efetuadas: se a parte que se expressou errado ou se a parte que entendeu errado. Tendo em vista que ainda não houve formação do contrato, não se poderia falar na aplicação da culpa contratual, vez que não é possível violar o que não existe. Também não seria possível o enquadramento na hipótese de culpa extracontratual.¹¹ Isso por conta de várias peculiaridades do direito alemão acerca da responsabilidade civil, como, por exemplo, a tipicidade dos ilícitos civis, que não confere proteção generalizada aos interesses patrimoniais.¹² Esta situação será melhor desenvolvida ao longo do trabalho, mas aqui cabe apenas notar que o direito alemão não previa soluções adequadas às hipóteses formuladas por Jhering, levando-o a criar um modelo único para poder lidar com situações que reputava “injustas”.

Detectada, assim, uma sensível lacuna no direito alemão e, buscando reparar uma situação que julgava injusta, Jhering encontra argumentos nas fontes do direito romano para responsabilizar a parte culpada pela frustração de expectativa gerada em uma relação negocial. Reputa-se à venda de um *res extra commercium* e à venda de herança o suporte teórico inicial da *culpa in contrahendo*¹³, cuja expressão se percebe “na inobservância da necessária diligência por quem negocea com outrem para a conclusão de um contrato”.¹⁴ Assim, já na negociação dos termos do contrato, o comportamento errante de uma das partes geraria o dever de indenizar a contraparte. Um contrato inválido, portanto, passaria a gerar o dever de indenizar àquele que foi prejudicado pela invalidade.

A jurista portuguesa Ana Prata sintetiza que Jhering perquire apenas a responsabilidade decorrente da celebração de um contrato inválido, cuja invalidade decorre de culpa de uma das partes. E isso representa uma fração da realidade abrangida pela responsabilidade pré-contratual. Assim, não se atribui a Jhering uma ideia geral da responsabilidade por comportamento culposos na formação dos contratos.¹⁵

Jhering inicialmente tentou teorizar uma responsabilidade extracontratual para as questões concernentes na fase das negociações. Todavia, diante da rigidez do sistema delitivo

¹¹ VON JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Coimbra: Almedina, 2008. p.2.

¹² ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p.49.

¹³ VON JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Coimbra: Almedina, 2008. p.6.

¹⁴ MOURA VICENTE, Dário **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2001. p.242.

¹⁵ PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2002. p.11.

alemão, não logrou êxito.¹⁶ Posteriormente, surgiu com a ideia de uma obrigação, imposta por lei, de não lesar economicamente os interesses da contraparte de uma negociação, cabendo o pedido de danos em caso de descumprimento. Não se requeria a presença de culpa para a caracterização da *culpa in contrahendo*, de modo que se preferiu a responsabilidade objetiva. Em outras palavras, a parte que deu causa ao rompimento, independente de culpa, responderá pelos danos sofridos. A quantificação dos danos deve ser limitada de tal modo que não coloque a parte prejudicada em melhor posição se o contrato continuasse válido.¹⁷

A ampliação do conceito da *culpa in contrahendo* é de responsabilidade em grande parte de atuação das cortes alemãs, mas também de juristas que refletiam e escreviam acerca do tema ao longo do século XX. O sucesso da teoria aportou em países como a Itália, onde há previsão expressa da responsabilização em momento anterior à conclusão do contrato. E assim, ganhou fôlego e novas interpretações e aplicações.

Contemporaneamente é possível dizer que esta teoria, comumente referida como responsabilidade pré-contratual, abrange várias hipóteses, sendo a ruptura das negociações o ponto mais discutido e, talvez, a área em que encontra maior aplicação.

1.2 O desenvolvimento do conceito de *culpa in contrahendo*

Em linhas gerais a ideia de *culpa in contrahendo* é fruto das teorizações de Jhering, que se preocupava em proteger àqueles que entravam em um contrato nulo. A jurisprudência alemã se encarregou de incorporar, disseminar e expandir essa ideia, preenchendo vácuos legislativos, sobretudo para situações em que a responsabilidade delitual não oferecia respostas satisfatórias.

Assim, com base na construção caso-a-caso, a teoria da *culpa-in-contrahendo* passou a ser melhor compreendida como uma relação baseada na confiança. Markesinis nota dificuldade em apontar um único elemento que abranja todas as situações de *culpa in contrahendo*, à exceção de que a responsabilidade é originada pela conduta de uma parte antes da formação do contrato.¹⁸ Além disso, o autor esclarece que a jurisprudência alemã se desenvolveu tendo em vista a preocupação de não ferir de morte a liberdade contratual. Caso se aplicasse um dever de indenizar unicamente pela ruptura das negociações se estaria

¹⁶ MARKESINIS, B. S. et al, **The German law of contract: a comparative treatise**, 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 94.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid., p. 93.

contrariando a lógica do direito contratual, que é a de proteger a vontade lícita das partes . Dessa maneira, aponta que a base da responsabilidade não pode ser simplesmente a quebra das negociações contratuais.¹⁹

Com isso em vista o tribunal alemão BGH (*Bundesgerichtshof*) estabeleceu, em sua jurisprudência, três condições para configuração do dever de indenizar decorrente da ruptura negocial: A primeira é que uma parte deve levar a contraparte a crer que o contrato seria concluído; A segunda condição requer que a parte tenha incorrido em gastos visando a conclusão do contrato. A terceira condição consiste na a quebra imotivada da negociação pela outra parte.²⁰ É possível, ainda, adicionar um quarto elemento, apontado por Karina Fritz, também com base na jurisprudência do BGH, cujo teor seria a verificação de acordo sobre pontos essenciais do objeto contratual, de modo a ensejar a confiança de que o contrato seria concluído.²¹

Diante disso, a doutrina alemã levantou algumas interessantes considerações. A preocupação com a liberdade contratual é evidente pois se uma das partes descontinuar a negociação ela terá que arcar com os danos sofridos pela contraparte. Até que ponto, então, é eficiente exercer essa liberdade contratual se ela poderá custar muito caro a uma das partes? Não seria paradoxal ter confiança na formação do contrato se, ao mesmo tempo, as partes são livres para sair das negociações? Em caso de piora nas perspectivas econômicas do negócio a ser concluído, é autorizado o abandono das negociações?²²

Por vezes, impor a responsabilidade à parte que frustrou as negociações teria o mesmo valor econômico que se levar o contrato a cabo. O valor que se paga a título de indenização pode ser igual ao valor que se gastaria para concluir o contrato. Assim, é coerente entender que a responsabilidade emerge quando, analisada a circunstância subjacente, percebe-se que uma parte levou a outra a acreditar firmemente que o negócio seria concluído, violando uma conduta de eticidade no comportamento, de modo que se incorresse em gastos e, posteriormente, sem motivos ou razões, não se concluísse o negócio.

¹⁹ MARKESINIS, B. S. et al, **The German law of contract: a comparative treatise**, 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 100.

²⁰ Ibid.

²¹ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 295.

²² MARKESINIS, B. S. et al, **The German law of contract: a comparative treatise**, 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 101.

Tal situação é considerada por algumas jurisdições como uma anomalia que merece ser combatida e, portanto, possui embasamento legal. Dessa forma, a seguir se analisará, brevemente, como Itália e Portugal lidam com essa situação.

1.3 Panorama legislativo

O presente trabalho se dispõe a comparar a situação jurídica da ruptura negocial na Alemanha e na Inglaterra pois acredita serem países que se diferenciam de maneira acentuada quando se trata de responsabilidade pré-contratual. De um lado, na Alemanha, há grande sistematização e proteção às partes em situações de uma negociação. De outro lado, a filosofia econômica liberal inglesa estende sua área de influência às negociações e trata a barganha com grande ênfase, de modo a propagandear mais a sua proteção do que a proteção das próprias partes do negócio. Essas peculiaridades serão analisadas oportunamente. Por ora, cabe apenas realizar observações gerais acerca da responsabilidade pré-contratual em outras jurisdições.

A fim de se ter um panorama do tratamento legislativo conferido à responsabilidade pré-contratual, decidiu-se por analisar, brevemente, as legislações dos países que abordam a temática da *culpa in contrahendo*, como Itália e Portugal.

Nesse diapasão, cumpre notar que os referidos países, além de dividirem a mesma origem jurídica (romano-germânica), conferiram importante desenvolvimento e consolidação da figura da *culpa in contrahendo*, influenciando outros países como o Brasil. Ademais, diferentemente do Brasil, o tema da responsabilidade pré-contratual é bem discutido e com amplo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial. Todavia, apenas abordaremos características gerais, pois seu estudo não é objeto do trabalho.

Ao se analisar o direito italiano, é possível encontrar a responsabilidade pré-contratual evidenciada no texto da lei civil, que traz o instituto nos artigos 1.337 e 1.338 do seu Código Civil, com redação datada de 1942:

Art. 1.337 Tratativas e responsabilidade pré-contratual

As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem comportar-se segundo a boa-fé.²³

Art. 1.338 Conhecimento de razões para invalidade

A parte que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, não informa a contraparte é considerada responsável a

²³ Art. 1337 Trattative e responsabilità precontrattuale. Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

ressarcir o dano sofridos por esta parte, uma vez que confiou, sem sua culpa, na validade do contrato.²⁴

Na Itália há, portanto, previsão expressa que protege as partes no momento das tratativas do contrato. O legislador espera que o comportamento na fase negocial seja de acordo com a boa-fé. Da análise dos artigos é possível inferir a conformidade com a definição de culpa contratual, mas imputa responsabilidade de ordem delitual. Ao distinguir entre o requerimento de atuar sem culpa e o requerimento de se comportar segundo a boa-fé o Código Civil italiano manteve sua integridade, protegendo as situações negociais – onde ainda não há um contrato *stricto sensu* – mas nem por isso pode ficar sem proteção jurídica.²⁵

Das lições de Moura Vicente, nota-se que há dois momentos que induzem a aplicação da responsabilidade pré-contratual. A violação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva na fase de formação do contrato; a ruptura das negociações que antecediam um contrato; e a celebração de um contrato inválido.²⁶ A hipótese de responsabilização por rompimento das negociações é reputada às ideias de Faggella, para quem as negociações consistem em um acordo que autorizaria o dispêndio de valores buscando a sua conclusão. Todavia, essas despesas deveriam ser indenizadas caso a negociação fosse injustificadamente interrompida.²⁷

Para Faggella, a própria entrada em negociação já consistiria um acordo tácito até que fosse alcançada a harmonização ou dissenso dos interesses dos negociadores. Esse acordo, apoiado na confiança mútua das partes, é derivado, então, do acordo em iniciar as negociações.²⁸

Conforme observado por Farnsworth, foi Saleilles, na França, quem avançou na ideia de que as partes de uma negociação devem atuar pautadas pela boa-fé e, além disso, não devem romper as negociações de maneira arbitrária e, caso o fizessem, deveriam arcar com os danos oriundos da confiança gerada.²⁹

²⁴ Art. 1.338. La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.

²⁵ BEN-DROR, Yoav. The perennial ambiguity of culpa in contrahendo. **The American Journal of Legal History**, v.27, p.142-198, 1983, p.189.

²⁶ MOURA VICENTE, Dário. **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2001. p.260.

²⁷ Ibid.

²⁸ PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2002. p.13.

²⁹ FARNSWORTH, E. Allan. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. **Columbia Law Review**. vol. 87, n.2, mar.1987, p. 217-294

Apesar disso, não se pode dizer que na França haja uma teoria da responsabilidade pré-contratual, não sendo recepcionada legislativamente.³⁰

A legislação portuguesa foi fundamentalmente influenciada pelo Código Civil italiano, que, por sua vez, desenvolveu e expandiu a teoria de Jhering.³¹ Dessa forma, trilhando caminho semelhante ao italiano, o Código Civil português expressa, em seu art. 227, a posição legislativa acerca da responsabilidade pré-contratual:

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.

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.

Portugal optou, pois, por tornar indiscutível a aplicação da responsabilização por atos ocorridos no período de negociação de um contrato, podendo a responsabilidade ser derivada de uma conduta culposa que viole a boa-fé ou atrelada de um ato ilícito ocorrido durante a negociação.³²

Nota-se, todavia, que se deixou a cargo da interpretação casuística as hipóteses que gerariam o dever de indenizar pela responsabilidade pré-contratual. Dessa forma, tendo por base um desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva (dever de informar, dever de lealdade e dever de proteção) e observadas as peculiaridades do caso, pode surgir ao causador um dever de indenizar a parte que suportou os prejuízos advindos dessa conduta.

Menezes Cordeiro assinala que os deveres de proteção têm como decorrência evitar danos à contraparte, seja à sua pessoa, seja a seus bens, seja danos indiretos.³³ 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

³⁰ KESSLER, Friedrich; FINE, Edith. *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*. **Harvard Law Review**. vol. 77, n. 3, Jan., 1964), p. 401-449. p. 406.

³¹ MOURA VICENTE, Dário. Op. cit., p.262.

³² PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2002. p.23.

³³ MENEZES CORDEIRO, António. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p.582.

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, que a *culpa in contrahendo* portuguesa funciona com independência face ao futuro contrato, de modo que o contrato interessa tão somente para saber como se decorreram as negociações preliminares.³⁴ Ademais, esclarece o autor que a responsabilidade da *culpa in contrahendo* portuguesa ocorre por ofensa aos deveres de comportamento pautados na boa-fé.

Ana Prata incrementa essa ideia aduzindo que a razão da responsabilidade pré-contratual portuguesa se funda na proteção da confiança e na lealdade do comportamento, sobretudo quando dessa confiança resultar posturas que podem gerar danos aos negociantes.³⁵

Conforme Dario Moura Vicente, em análise à jurisprudência portuguesa, nota-se que, para ocorrer *culpa in contrahendo* deve-se analisar a ocorrência de: a) ato ilícito; b) culpa; c) dano; d) nexo de causalidade.³⁶

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, a fim de que a decisão seja feita com base no que se chamou de “vontade esclarecida”.³⁷ Além disso, as partes devem observar o dever de lealdade, vale dizer, manter em sigilo informação sensível obtida durante as negociações, 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.³⁸

Acerca da culpa, esclarece que o tribunal se utiliza 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

³⁴ MENEZES CORDEIRO, António. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p.584.

³⁵ PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2002. p.25.

³⁶ 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. passim.

³⁷ Ibid., p.7

³⁸ Ibid., p.8.

responsabilidade contratual com elementos da responsabilidade extracontratual, concluindo que, em Portugal, o regime da responsabilidade pré-contratual é híbrido.³⁹

Sobre o dano, explica-se que o entendimento majoritário da jurisprudência vai no sentido de ressarcir os interesses negativos, isto é, hipóteses que se afiguram por conta da não conclusão do contrato.⁴⁰

Finalmente, para que seja caracterizada a responsabilidade pré-contratual, 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.

Em conclusão, Moura Vicente acredita que a aplicação de efeitos contratuais não é corolário necessário decorrente da responsabilização pré-contratual. Para o renomado jurista português, “o julgador não se encontra vinculado a aplicar exclusivamente as regras de qualquer das vertentes da responsabilidade civil. Há, pelo contrário, que ponderar em cada caso qual o regime aplicável, atentos aos valores e interesses em jogo”.⁴¹

Pela breve análise é possível inferir que tanto Portugal quanto Itália receberam e incorporaram as ideias nascidas na Alemanha. Coube à Itália conferir um tratamento diverso do alemão, abrindo maiores perspectivas de aplicação, não restringindo apenas aos casos previstos por Jhering acerca da invalidade de contratos. A influência italiana aportou em Portugal que também imprime responsabilização por danos gerados na fase negocial.

1.4 A unificação e uniformização do direito privado

A grande diferença no tratamento de questões de direito privado entre os países do mundo, notadamente em questões relativas ao direito contratual, leva a resultados díspares, não oferecendo uniformidade de tratamento. Esse panorama conduziu doutrinadores e legisladores a ideias de uniformização e até unificação do direito privado. Talvez as propostas mais conhecidas e que tiveram grande repercussão foram as europeias que, dentro de um contexto de unificação econômica e monetária, passaram a traçar metas de unificações legislativas.

Isso tudo tem o fito de facilitar o comércio internacional – este que se torna cada vez mais presente no mundo globalizado – trazendo mais segurança para os negociantes e

³⁹ 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., p.11.

⁴⁰ Ibid., p.9.

⁴¹ MOURA VICENTE, Dário **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2001. p.273.

garantindo maior estabilidade jurídica. Desse modo, a única preocupação deveria ser o lado econômico da barganha, uma vez que o jurídico não traria maiores sobressaltos. Essa unificação poderia, inclusive, resultar em diminuição significativa de custos transacionais, ampliando o mercado de empresas e comerciantes menores, que não possuem meios para lidar com várias legislações diferentes. Portanto, a unificação e uniformização do direito teria essa virtude de facilitar o comércio e aproximar mercados. Além disso, o cenário europeu é peculiar pois congrega imensa diversidade cultural entre os Estados-membros e até dentro deles.⁴²

Por outra perspectiva, tal atitude não levaria em conta as idiossincrasias de cada local, desconsiderando aspectos importantes como histórico, cultura e até social. É necessário ter em mente que, até dentro do bloco mais desenvolvido em termos de união – a União Europeia – são grandes as diferenças econômicas e sociais entre Alemanha e Grécia, por exemplo. Ademais, questiona-se como superar os obstáculos impostos por sistemas diferentes e que aparentemente não se mistura, como a *common law* inglesa e o restante do direito continental.

Em 1974, Otto Kahn-Freund se preocupava com o modo com que se projetavam as unificações jurídicas, alertando para obstáculos econômicos, culturais e políticos, citando a recusa da Inglaterra em assinar as Convenções de Genebra de 1980 e 1981 como um exemplo disso.⁴³

Há que se ressaltar que não são poucos os esforços, sobretudo de acadêmicos europeus, para que se logre alguma medida unificadora. Diante desse cenário, cresce em importância o estudo e a utilização do método comparativo de pesquisa, de modo a compreender jurisdições de maneira completa e encontrar pontos de intersecção entre diferentes sistemas jurídicos. A partir dessa perspectiva, possibilita-se a demarcação das leis nacionais e projetam-se as reais possibilidades de incorporação de um corpo legislativo único.

Dentro da perspectiva europeia, antes de se discutir a questão de uma legislação para todos governar, cabe mencionar o papel das Regulações e Diretivas que emanam do poder central europeu em Bruxelas, além da Corte Europeia de Direitos Humanos em Estrasburgo. As primeiras figuras têm como objetivo regular questões específicas, não envolvendo sistemas inteiros, mas sim, legislação pontual. Já a Corte Europeia exerce importante atuação na efetivação e uniformização da aplicação do direito europeu. Nesse aspecto, talvez o Reino

⁴² HESSELINK, Martijn. O efeito horizontal dos direitos sociais no direito contratual europeu. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**. v. 17, n. 26, ago./ dez. 2013. Disponível em <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/842/1162>. Acesso em 21 de maio de 2017.

⁴³ KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. **The Modern Law Review**. vol. 37, n. 1, Jan. 1974. p. 1-27. p. 3-4.

Unido e, por consequência o direito inglês seja um bom exemplo das profundas mudanças com o advento de legislações europeias. No caso inglês, até o sistema jurídico sofreu sensíveis alterações para se adequar ao *ethos* europeu. Expressão disso é a *Constitutional Reform Act* de 2005, que separou, formal e materialmente as funções executivas, legislativas e judiciárias.

Retomando a questão da unificação do direito privado, cita-se o PECL (*Principles of European Contract Law*), projeto idealizado pela iniciativa privada e dirigida pelo dinamarquês Ole Lando. De acordo com sua própria previsão, o PECL se destinava a ser aplicada como regra geral para os contratos europeus, sendo necessário o consentimento das partes para que fosse a lei aplicável.⁴⁴ A respeito da responsabilidade pré-contratual, o PECL previa o seguinte:

ARTIGO 2:301 – NEGOCIAÇÕES CONTRÁRIAS À BOA-FÉ

- (1) As partes são livres para negociar e não se responsabilizam pela não conclusão do acordo.
- (2) A parte, entretanto, quando negociou ou rompeu as negociações de maneira contrária à boa-fé e do tráfego negocial justo é responsável por danos causados à contraparte.
- (3) É contrário à boa-fé e ao tráfego negocial justo, em particular, uma parte entrar em ou continuar negociações sem a verdadeira intenção de chegar a um acordo com a contraparte.⁴⁵

De maneira sintética e objetiva, a previsão esclarece e delimita o campo de atuação da responsabilidade contratual, enfatizando a importância da boa-fé objetiva mas sem limitar de maneira indesejável a liberdade das partes.

Fora do contexto da União Europeia, menciona-se a UNIDROIT e seus Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais, cujo foco é, não apenas servir como um instrumento de referência interpretativa e legislativa para contratos internacionais, mas também ser um modelo para legisladores nacionais e internacionais. Quanto à responsabilidade pré-contratual adotou posição semelhante à do PECL:

ARTIGO 2.1.15 (NEGOCIAÇÕES COM MÁ-FÉ)

- (1) As partes são livres para negociar e não são responsáveis por falha na conclusão do acordo.
- (2) No entanto, a parte que negocia ou rompe as negociações com má-fé é responsável pelos danos causados à contraparte.

⁴⁴ PECL, Artigo 1:101

⁴⁵ ARTICLE 2:301 - NEGOTIATIONS CONTRARY TO GOOD FAITH: (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.; (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.; (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

(3) Configura – se a ma-fé se uma parte entrar em ou continuar a negociar quando não pretende chegar a um acordo com a contraparte.⁴⁶

A semelhança entre os dois regramentos não é por acaso, haja vista que vários dos participantes do PECL também integraram a UNIDROIT, todavia, cabe enfatizar que os dois regramentos se diferenciam sensivelmente em outros aspectos.⁴⁷

Não obstante, esses regramentos propõem o fomento da boa-fé nas relações comerciais, de modo que o PECL tem na aplicação da boa-fé uma de suas finalidades.⁴⁸

Frise-se que esses dois corpos legislativos compõem as regras chamadas *soft law*, isto é, são meras balizas, que dependem de consentimento mútuo para que sejam aplicadas, não tendo força executiva, pois não chanceladas por Estados.

Todavia, tais projetos deram fôlego às discussões institucionais e políticas dentro da Europa, resultando na proposta de um “Quadro Comum de Referência” (*Common Frame of Reference* - CFR), cujo escopo seria conferir maior coerência entre as múltiplas legislações e atender as necessidades do mercado, oferecendo soluções com vistas à dinamicidade econômica, mas enfatizava que serviria como “regra modelo”, e não como um “Código Civil Europeu”.⁴⁹

Para servir de base ao CFR, foi proposto o “Esboço do Quadro Comum de Referência” (*Draft Common Frame of Reference* – DCFR), cuja participação ativa de acadêmicos europeus conferiria a base teórica de um modelo legislativo europeu. Portanto, o DCFR se trata de uma legislação nascida e desenvolvida dentro do espaço acadêmico, com inúmeros artigos e reflexões acerca de suas disposições, e de seus efeitos. Seu escopo é, além da harmonização do direito privado, a proposição de soluções que poderiam conferir caráter mais dinâmico e coerente às relações comerciais privadas. Assim, funciona como um protótipo de Código Civil Europeu e serve como referência a legisladores, podendo, inclusive, servir de baliza para contratos e decisões judiciais.⁵⁰

⁴⁶ ARTICLE 2.1.15 (NEGOTIATIONS IN BAD FAITH): (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.; (2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.; (3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

⁴⁷ BEALE, H. G. (Org.), **Cases, materials and text on contract law**. 2. ed. Oxford: Hart, 2010. p. 6.

⁴⁸ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 117.

⁴⁹ BEALE, H. G. (Org.), **Cases, materials and text on contract law**. 2. ed. Oxford: Hart, 2010. p. 11.

⁵⁰ Conforme relatado por Lorna Richardson em <http://www.journalonline.co.uk/Magazine/59-1/1013494.aspx>. Acesso em 25 de agosto de 2017.

Além disso, a consulta ao DCFR, pode ter dois propósitos interessantes. Como foi elaborado com vistas à harmonização, é possível que algumas soluções lá apontadas sejam eficientes se aplicadas em determinadas jurisdições que padecem de lacuna na lei, de modo que a utilização do DCFR pode auxiliar no preenchimento dos vácuos legislativos. Some-se a isso a relevante ferramenta de estudo que se tornou o DCFR, sendo estudado e debatido em universidades, com vistas a compreender a inter-relação de soluções e sistemas jurídicos diversos.

Legrand criticou ferozmente a possibilidade de um Código Civil Europeu, dizendo ser impraticável, chamando a empreitada de utopia, uma vez que não acredita que formas normativas desenvolvidas historicamente podem dar lugar à uma unificação, desprezando diferentes perspectivas.⁵¹

Um renomado grupo de juristas alemães também criticou um Código Civil único alegando que as abordagens não convincentes, além de regras mal ajustadas e inconsistentes, podendo levar ao que chamaram de “erosão da autonomia privada”, especialmente por dar caráter muito rígido a institutos como o da boa-fé.⁵²

No que diz respeito à responsabilidade pré-contratual, o DCFR propõe o seguinte:

II. - 3:301: Negociações contrárias à boa-fé e ao tráfego negocial justo

- (1) A parte é livre para negociar e não é responsável por não concluir o acordo.
- (2) A parte que se envolve numa negociação tem o dever de negociar de acordo com a boa-fé e as regras de tráfego negocial justo e não romper as negociações de maneira contrária à boa-fé e ao tráfego negocial justo. Esse dever não pode ser excluído ou limitado por contrato.
- (3) A parte que viola o dever é responsável por quaisquer danos causados à contraparte, decorrentes da violação.
- (4) É contrário à boa-fé e ao tráfego negocial justo, em particular, a parte entrar ou continuar negociando sem real intenção de se atingir a conclusão do acordo com a contraparte.⁵³

⁵¹ LEGRAND, Pierre. Against a European Civil Code. **The Modern Law Review**, v. 60, n. 1, p. 44–63, 1997. p. 60.

⁵² EIDENMÜLLER, Horst et al. The Common Frame of Reference for European Private Law—Policy Choices and Codification Problems. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 4, p. 659–708, 2008. p. 706.

⁵³ 3:301: Negotiations contrary to good faith and fair dealing: (1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.; (2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract.; (3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.; (4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.

Paula Giliker analisa em detalhes essa previsão, explicando que são duas as suas intenções: a) uma de caráter geral, estabelecendo um modelo geral de regra acerca da responsabilidade pré-contratual; e b) outra de caráter específico, apontando para o aperfeiçoamento da legislação europeia acerca dos deveres das partes na fase pré-contratual.⁵⁴ Não há identidade completa, mesmo em sistemas da mesma família jurídica, da figura da *culpa in contrahendo*, vale dizer, o tratamento alemão não é o mesmo do tratamento de outros países da *civil law*. Dessa forma, o DCFR tem o mérito de apresentar uma proposta moderada com relação à responsabilidade pré-contratual, impondo mínimos ajustes aos países para realizar sua aplicação. Todavia, esclarece que a falta de consenso acerca do que é boa-fé objetiva dentro da Europa pode ser um obstáculo difícil de transpor, mesmo com uma previsão do DCFR acerca do assunto.⁵⁵

Enquanto o parágrafo (1) não representa uma ameaça nem mesmo para a *common law* inglesa, que é o sistema mais refratário à ideia de responsabilização na fase negocial, os demais parágrafos representam certo grau de limitação na liberdade contratual.

O parágrafo (2) do II.-3:301 carrega a ideia de desenvolver as negociações de maneira clara, isto é, não enganar a contraparte, afastando atitudes maliciosas. Além de evitar custos desarrazoados, imprime maior transparência à negociação e impede a especulação e o acesso a informações sensíveis, que não se obteria de outra forma.

Como dito acima, mesmo com a previsão acerca da boa-fé, Giliker é cética acerca da uniformidade de tratamento pelos diversos países que possam vir a aplicar o DCFR. O tratamento dado à boa-fé pelo DCFR é o seguinte:

I. – 1:103: Boa-fé e tráfego negocial justo

- (1) A expressão “boa-fé e tráfego negocial justo” referem a padrões de conduta caracterizados pela honestidade, abertura e consideração aos interesses da contraparte de uma transação ou relacionamento em questão.
- (2) É, particularmente, contrário à boa-fé e ao tráfego negocial justo a parte agir de maneira inconsistente com suas declarações iniciais ou sua conduta quando a outra parte tenha nelas confiado, com razão, representando seu detrimento.⁵⁶

⁵⁴ GILIKER, Paula. The Draft Common Frame of Reference and European contract law: moving from the ‘academic’ to the ‘political’. In: DEVENNEY, James; KENNY, Mel B. (Orgs.), **The transformation of European private law: harmonisation, consolidation, codification or chaos?** Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 32–33.

⁵⁵ Ibid., p. 37.

⁵⁶ I. – 1:103: Good faith and fair dealing: (1) The expression “good faith and fair dealing” refers to a standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question.; (2) It is, in particular, contrary to good faith and

Como assinala Fritz, a despeito das discussões acerca da harmonização do direito privado, importa notar a atenção dada às relações negociais, conferindo proteção jurídica, principalmente com base na boa-fé das partes, para as hipóteses de rompimento imotivado das negociações.⁵⁷ As suas limitações e expansões ficam a cargo do julgador, que deverá analisar individualmente os casos a fim de se aferir o contexto e, assim, poder compreender quais atitudes e momentos negociais ensejariam uma responsabilização amparada na boa-fé.

No projeto europeu, importa destacar, também, o *Common Core Project*, idealizado por Mauro Bussani e Ugo Mattei, cuja finalidade é fazer um diagnóstico confiável do direito privado europeu, servindo como base neutra, diferenciando-se dos demais grupos analisados previamente. O objetivo dessa abordagem é identificar os graus de semelhança jurídica entre países, objetivando o desenvolvimento de normas que possam ser usadas em várias jurisdições, respeitando as peculiaridades de cada jurisdição.⁵⁸

No livro a respeito da responsabilidade pré-contratual, a abordagem envereda para a análise da funcionalidade do instituto em diferentes jurisdições. Assim, amparado em situações hipotéticas, juristas dos países europeus relatam como seria a solução jurídica para cada caso. Assim, é interessante notar como diferentes sistemas resolvem o mesmo problema social. Por vezes de maneira semelhante, outras de modos totalmente distintos. Ademais, tendo em vista as teorias comparativas de Rodolfo Sacco, busca-se analisar não apenas o caso em si, ou a lei em si, mas também as razões subjacentes da formação legal, como o contexto em que se insere, descrevendo questões econômicas, sociais, políticas, enfim, o direito vivo.⁵⁹

O desenvolvimento do tema na Europa em muito ajuda o Brasil. Isso porque lá a doutrina da responsabilidade pré-contratual nasceu e se desenvolveu, nada mais interessante que observar os seus desdobramentos a fim de ter parâmetros para verificar a situação brasileira.

fair dealing for a party to act inconsistently with that party's prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party's detriment.

⁵⁷ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 82.

⁵⁸ DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 189-212. p.204.

⁵⁹ CARTWRIGHT, John; HESSELINK, Martijn Willem (Orgs.). **Precontractual liability in European private law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 3.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO ALEMÃO E A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

2.1 Observações gerais sobre o direito alemão

O Código Civil alemão, conhecido mais pelo acrônimo BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), nasceu na alvorada do século XX, dentro do contexto da recente unificação alemã e do auge do liberalismo econômico, com desenvolvimento do comércio urbano e industrial. Zitelmann observou que o BGB em vez de antecipar o futuro preferiu consolidar as conquistas do passado.¹ A unificação jurídica se concretizou como um imperativo da expansão comercial e do contexto de modernização da Alemanha, como a urbanização, uso de máquinas e aumento de produção.²

Consequência disso é percebida ao se analisar os destinatários do Código: o empresário rico, o proprietário de terras e os oficiais, isto é, pessoas que se beneficiavam da maior liberdade possível e a proteção adequada a seus patrimônios.³ Além disso, no que tange à linguagem do Código, ela é dirigida aos profissionais do direito e não ao cidadão comum. Sua linguagem abstrata foge à realidade do cotidiano de não juristas, mas é aclamado pelo seu rigor e precisão.⁴

Considera-se que o BGB nasceu tardiamente, uma vez que a codificação alemã surgiu após a francesa, austríaca e prussiana.⁵ O Código Civil francês, por exemplo, por seu pioneirismo e virtude em representar a solidificação de instituições perante um período de ebulição econômica, social e política, influenciou diversas nações europeias a seguirem o mesmo caminho, deixando a Alemanha em posição desconfortável dentro do continente, com uma grande confusão legislativa.⁶

Na história recente, a Alemanha foi atriz principal de eventos que alteraram e abalaram profundamente as concepções políticas, sociais, econômicas e jurídicas. Diante disso, Zweigert e Kötz questionam como o BGB conseguiu passar incólume às crises, catástrofes, agruras e

¹ ZITELMANN apud ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, **Introduction to comparative law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 144.

² Ibid., p. 326.

³ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, **Introduction to comparative law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 144.

⁴ Ibid.

⁵ ZIMMERMANN, Reinhard; SCHMIDT, Jan Peter. O Código Civil Alemão e o Desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol.12, jul./set. 2017, p.317-357. p.320.

⁶ Ibid., p.321.

mudanças que acometeram os teutônicos.⁷ Sobretudo ao se notar que as grandes alterações feitas no BGB ocorreram apenas recentemente, tendo o seu texto original permanecido quase intacto por mais de cem anos.⁸

O BGB, como exposto, é um documento de inspiração burguesa, que parte do pressuposto da igualdade formal das partes. No entanto, as cláusulas gerais, sobretudo o §242, que concerne o dever de boa-fé na seara contratual, atuaram como importantes ferramentas para adaptar o direito dos contratos à cambiante posição social, econômica e moral.⁹ A manutenção da estrutura geral do BGB durante esse período conturbado é vitória a ser atribuída aos tribunais, cuja atuação em adequar o texto normativo à realidade vivida conseguiu mantê-lo socialmente vivo.¹⁰

Demais disso, o BGB possui a virtude de não ser “doutrinário em espírito ou em perspectiva”, não delimitando ou definindo conceitos fundamentais, deixando essa tarefa a cargo da discussão acadêmica.¹¹ Não se fez uma legislação datada, mas sim abstrata e moldável, mas sem perder o seu caráter de seriedade e estabilidade. Ao não detalhar demasiadamente a lei, permite-se que um grande número de situações se encaixe na norma abstrata, dando primazia, portanto, ao método dedutivo de aplicação da lei.

Após mais de 100 anos de vigência do BGB, houve uma significativa reforma no direito obrigacional. Essa reforma, chamada de modernização do direito das obrigações levou em conta Diretivas da União Europeia que necessitavam ser incorporadas ao ordenamento jurídico, notadamente sobre comércio eletrônico, relações de consumo e mora.¹² Também, a modernização era um imperativo para integrar várias leis especiais ao BGB, incorporar certos tipos de relações contratuais e reformar tipos de obrigações já tratadas no Código.¹³ Além disso, foi incorporado no texto Código a previsão da responsabilidade pré-contratual ou *culpa in*

⁷ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, **Introduction to comparative law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 148.

⁸ ZIMMERMANN, Reinhard; SCHMIDT, Jan Peter. O Código Civil Alemão e o Desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol.12, jul./set. 2017, p.317-357. p. 338.

⁹ Ibid., p. 150.

¹⁰ Ibid., p. 152.

¹¹ ZIMMERMANN, Reinhard; SCHMIDT, Jan Peter. O Código Civil Alemão e o Desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol.12, jul./set. 2017, p.317-357. p. 339.

¹² FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 39.

¹³ ZIMMERMANN, Reinhard; SCHMIDT, Jan Peter. O Código Civil Alemão e o Desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol.12, jul./set. 2017, p.317-357. p. 348.

contrahendo, consolidando a criação histórica doutrinária e prestigiando o desenvolvimento jurisprudencial dado à matéria.¹⁴

2.2 O desenvolvimento da responsabilidade pré-contratual pela doutrina e jurisprudência alemã

O direito alemão, a despeito de prever expressamente a responsabilidade pré-contratual apenas a partir da reforma do direito obrigacional de 2001 (“Modernização do Direito das Obrigações”), já desenvolvia e expandia as ideias de Jhering há longa data. Conforme se verifica a partir dos escritos de Karina Nunes Fritz, a responsabilidade pré-contratual, também chamada de *culpa in contrahendo*, possui âmbito normativo extenso, sendo atribuído às fases anteriores às negociações, momento em que as partes se encontram ainda em mero contato negocial.¹⁵ Além disso, as proposições de Jhering, que diziam respeito à responsabilidade decorrente da celebração de contrato nulo, ganharam extensão, de modo a contemplar, também, as hipóteses de celebração de negócios jurídicos válidos ou a não celebração de contrato algum, concentrando-se na violação de deveres de consideração que gerassem danos à outra parte no momento negocial.¹⁶ Jhering concebeu a *culpa in contrahendo* de maneira restrita, baseada em dois aspectos: no caso de confiança depositada em algo que se parece com um contrato e na responsabilidade limitada à reparação dos interesses negativos.¹⁷

Segundo a autora, essa expansão ocorreu 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”.¹⁸ Há, na Alemanha, o entendimento que existem relações obrigacionais sem o dever de prestação, justificando, então a ampla aplicação da responsabilidade pré-contratual.

¹⁴ LÖWISCH, Manfred. New Law of Obligations in Germany. **Ritsumeikan Law Review**. n.20, mar. 2003. p.141-156. p. 147.

¹⁵ FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 883, p.9-58, maio, 2009. passim.

¹⁶ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33.

¹⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. **Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today**. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 88.

¹⁸ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008, p.43.

Por outro lado, há que se frisar, o poder limitado de atuação da responsabilidade civil alemã. Zweiger e Kötz analisam que a responsabilidade de um superior pelo dano causado por seus empregados depende de sua culpa pessoal na contribuição do dano. Essa regra, esclarecem, parte da ideia de que não há responsabilidade sem culpa.¹⁹

Ebke e Steinhauer explicam a aceitação das provas de defesa, que excluiriam a imputação de responsabilidade (responsabilidade vicariante) (*Entlastungsbeweis*). Por conta dessa doutrina, empregadores não são responsabilizados pelos atos ou omissões de seus empregados. Aos empregadores que conseguirem provar que tomaram todas as precauções ao selecionar, treinar instruir e supervisionar seus empregados não se impõe a responsabilidade civil.²⁰ Contudo, a mesma razão não assiste aos contratos, vale dizer, independente de culpa, o contratante é responsável pelo dano causado pelo contratado.²¹

Em 1911, por exemplo, o célebre caso dos rolos de linóleo explica essa conjectura.²² O caso diz respeito a uma cliente que, após realizar diversas compras na loja, dirigiu-se à seção dos linóleos. O vendedor, ao retirar um rolo de linóleo incorretamente acabou por derrubar outros dois rolos sobre a cliente e seu filho, machucando-os. Por conta disso, a cliente não concluiu o contrato. O entendimento do tribunal alemão foi no sentido de quando um cliente entrar em uma loja com a intenção de realizar uma compra, a loja deve se responsabilizar pela integridade física do cliente, conferindo um dever similar ao contratual.²³

A decisão do tribunal alemão representa a extensão dos efeitos das relações contratuais aos momentos pré-contratuais, possibilitando a aplicação da responsabilidade vicariante²⁴, que, como visto, é passível de ser excluída na sistemática delitual, mas não na contratual. Assim, abre-se possibilidade de conferir maior proteção às partes de um negócio, haja vista que a solução extracontratual não cobria a situação narrada.

No mesmo sentido, o caso da folha de vegetal²⁵, em 1976, ecoou a ideia do dever de proteção numa relação pré-negocial. O caso amplia a extensão dos direitos a terceiros, ou seja, sujeitos alheios ao contrato também são abrangidos pelo dever de proteção. Em resumo, o caso

¹⁹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, **Introduction to comparative law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 630.

²⁰ EBKE, Werner. STEINHAUER, Betina. The Doctrine of Good Faith in German Contract Law. In: BEATSON, Jack; FRIEDMAN, Daniel (Orgs.). **Good Faith and Fault in Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 177.

²¹ Ibid.

²² RG, 7 Dezembro 1911, RGZ 78, 239.

²³ BEALE, H. G. (Org.), **Cases, materials and text on contract law**. 2. ed. Oxford: Hart, 2010. p. 108.

²⁴ Ibid., p. 109.

²⁵ BGH 66, 51, NJW 1976, 112.

versa sobre uma garota de 14 anos que acompanhava sua mãe em um supermercado. Em dado momento a garota escorregou numa folha de vegetal que estava jogada no chão, caiu e sofreu machucados enquanto a mãe estava no caixa para realizar o pagamento das compras. A garota, então, processou o supermercado pois este deveria ter tido o cuidado de retirar a folha do chão. Em recurso, foi garantida indenização com base na *culpa in contrahendo*.

A ponderação do julgador merece atenção. Afirmar, inicialmente que a aplicação da *culpa in contrahendo* é mais favorável à parte lesada, haja vista que o enquadramento como delito extracontratual por violação ao dever geral de cuidado a terceiros limita possibilidades ao lesado. Isso por conta de algumas previsões como um maior período limite para se discutir questões contratuais (trinta anos contra apenas três anos para discutir delitos) e inversão do ônus da prova. No entanto, o enquadramento contratual requereria, a princípio, a intenção de concluir contrato. O que chama atenção no caso é que a garota não iria concluir contrato, mas estava acompanhando sua mãe, que estava em vias de concluí-lo. Consolidado repertório do tribunal já havia estabelecido que em circunstâncias excepcionais, pessoas não envolvidas na formação do contrato podem ser incluídas em sua esfera de proteção, conferida pela *culpa in contrahendo*.²⁶

Esse caso evidencia que o tribunal não se preocupa muito em estabelecer conexão entre a proteção contratual devida a terceiros a uma previsão expressa do BGB, evidenciando a incomum faceta *judge-made-law*, ou respeitosa aos precedentes, do direito alemão.²⁷

Demais disso, é interessante relembrar as lições de Markesinis, Unberath e Johnston, para os quais o direito alemão acredita mais na proteção ativa da “parte mais fraca” que na capacidade das partes em lidarem com suas diferenças internas.²⁸ Expressão disso pode ser encontrada no caso acima, que estica a interpretação de modo a amparar a parte inerentemente desprotegida, efetivando a “função social do direito privado”.²⁹

A *culpa in contrahendo* passou a ser aplicada nas hipóteses de infringência dos deveres de consideração decorrentes da boa-fé objetiva, independente de contrato.³⁰ A extensão da proteção é de grande relevo pois firmou a escolha do enquadramento contratual como alternativa à falta de remédios disponíveis na seara da responsabilidade delitual. O substrato

²⁶ BEALE, H. G. (Org.). **Cases, materials and text on contract law**. 2. ed. Oxford: Hart, 2010. p. 1204.

²⁷ Ibid., p. 1206.

²⁸ MARKESINIS, B. S. et al. **The German law of contract: a comparative treatise**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 44.

²⁹ Ibid.

³⁰ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 34.

jurídico que permitiu essa expansão foi a boa-fé objetiva, que, além disso, impôs uma restrição à autonomia privada, de modo a exigir regras de conduta das partes com vistas ao bom cumprimento da obrigação e uma harmônica relação entre os negociantes.

O BGB, após a reforma do direito das obrigações de 2001, passou a prever no §311 (2) a *culpa in contrahendo*, ou responsabilização por prejuízos causados durante a fase negocial, prestigiando a doutrina iniciada por Jhering e desenvolvida pela jurisprudência alemã.

O texto legal, *in verbis* expressa o seguinte:

§311 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 semelhantes aos negociais.

(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).³¹

Karina Fritz destaca o fato de o legislador alemão considerar o contato negocial como relação jurídica obrigacional, tutelada pelo direito. Em cotejo com a situação brasileira, ela esclarece que essa fase sequer é mencionada pela doutrina majoritária como uma relação jurídica passível de vinculação. Por isso, na Alemanha restou claro que há uma fase pré-contratual cujo desenvolvimento pode ensejar tutela jurídica, sobretudo se houver violação dos

³¹ §311 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.

deveres de consideração, decorrentes da boa-fé objetiva.³² Ademais, diferentemente do Brasil, na Alemanha a concepção da obrigação como um processo teleológico já está sedimentada, de modo que o que se busca lá é a “ampliação do conceito de relação obrigacional”.³³ Especula-se na doutrina teutônica se a inclusão desse artigo não teria alterado a definição da relação obrigacional ao deslocar a tutela jurídica para o momento das negociações.³⁴

Em detida análise do dispositivo legal em comento, Fritz conclui que a fase pré-contratual alemã não se limita às negociações preliminares, mas alcança um momento anterior, revelando o que chamou de “elastecimento do campo de aplicação da *culpa in contrahendo*”.³⁵

As negociações preliminares (BGB §311 (2) (1)) podem se estender por longos períodos de tempo, demandando, por isso, proteção jurídica. Nesse sentido, o BGB firmou uma vinculação especial, marcada pela criação de deveres de consideração nesta fase. Frise-se a diferença entre deveres de consideração – aqueles oriundos da boa-fé objetiva que compreendem, sinteticamente, lealdade, solidariedade e cooperação, e os deveres de prestação – cuja expressão pode ser resumida no núcleo da obrigação, isto é, no objeto da obrigação estabelecida. Portanto, a boa-fé objetiva é o elemento que respaldará as ações e o comportamento nessa fase.³⁶

A preparação do contrato (BGB §311 (2) (2)) é considerada como muito semelhante à hipótese anterior, não havendo distinção clara entre negociação preliminar e preparação do contrato.³⁷ Caracteriza-se pela troca de informações entre as partes, em que há o interesse em se realizar um negócio, que haja finalidade negocial.

Já os contatos semelhantes aos negociais (BGB §311 (2) (3)) exercem função de cláusula geral, integrando casos omissos e não previstos pela legislação e conferindo a textura aberta da norma para se adequar a situações vindouras.

A razão para a tutela da fase negocial pode ser compreendida se retomarmos a ideia de insuficiência do sistema de responsabilidade delitual. Para isso, importante trazer à baila exame do §823 do BGB:

§823 Responsabilidade por danos

³² FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 41.

³³ Ibid., p. 56.

³⁴ Ibid., p. 72.

³⁵ Ibid., p. 61.

³⁶ Ibid., p. 201.

³⁷ Ibid., p. 62.

(1) A pessoa que, dolosa ou negligentemente, violar a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou outro direito de outrem é responsável a indenizá-lo pelos danos decorrentes.

(2) O mesmo dever recai na pessoa que cometer a violação de uma lei que visa proteger outrem. Se, de acordo com o conteúdo da lei, esta também puder ser violada sem culpa, então a responsabilidade indenizatória existe apenas em casos de culpa. (Tradução nossa).³⁸

Nota-se que há um rol taxativo de hipóteses que ensejam a proteção delitual, de modo que a jurisprudência, diante da revelia da lei, passou a desenvolver a proteção nas hipóteses de negociações. Ademais, conclui-se que não há regra geral para o dever de indenizar perdas puramente econômicas, revelando a necessidade de uma figura que respondesse aos anseios dessa proteção.³⁹

2.3 A boa-fé e o direito alemão

A boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) tem previsão expressa no BGB §242:

§242 Boa-fé na execução

Ao devedor incumbe executar a prestação de acordo com os preceitos da boa-fé, levando em consideração os usos de tráfico (Tradução nossa).⁴⁰

Em uma primeira análise pode-se imaginar que os deveres de boa-fé estão restritos apenas ao devedor da obrigação, contudo, os tribunais expandiram o seu grau de influência, rompendo com as limitações que a interpretação literal poderia trazer. Por se tratar de uma cláusula geral, ela comporta a inserção de princípios pelo julgador ao analisar o caso concreto. O enfoque apenas no texto positivado da boa-fé objetiva levaria a erro um observador, sendo imprescindível a verificação da jurisprudência alemã, que preencheu de sentido os espaços deixados pela cláusula geral.

³⁸ §823 Liability in damages: (1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this; (2) The same duty is held by a person who commits a breach of a statute that is intended to protect another person. If, according to the contents of the statute, it may also be breached without fault, then liability to compensation only exists in the case of fault.

³⁹ MARKESINIS, B. S. et al, **The German law of contract: a comparative treatise**, 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 97.

⁴⁰ §242 Performance in good faith: An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration

Para Ebke e Steinhauer a boa-fé alemã possui três funções básicas: a) serve como fundamento jurídico para o preenchimento de lacunas – os tribunais se amparam na boa-fé para preencher situações não previstas em lei; b) forma a base jurídica para defesas no direito privado – vale dizer, quando há mudança substancial das circunstâncias do negócio, as partes se socorrem à boa-fé como forma de defesa; c) prevê fundamento legal para realocar os riscos nos contratos privados – ou seja, corrige resultados que seriam indesejáveis caso se aplicasse as regras e princípios de maneira tradicional.⁴¹

Assim, quando a solução legislativa é insuficiente ou quando se crê que os resultados derivados da lei serão indesejáveis, a boa-fé objetiva atua como um fator de preenchimento e reciclagem legislativa, balanceando e tornando mais equânime a relação privada. Em uma verdadeira postura de criador do direito, o papel do juiz nessas situações se aproxima do juiz da *common law* inglesa, de modo a resolver o problema com vistas ao resultado e não apenas mecanicamente reproduzindo a norma codificada.⁴²

Neste sentido, amparado em construções judiciais por aplicação da boa-fé objetiva, destacam-se cinco categorias de deveres recíprocos entre as partes de uma obrigação, haja vista que na Alemanha a obrigação é entendida em sua vertente dinâmica, geradora de direitos e deveres mútuos: 1) dever de proteção (*Obhutspflicht*); 2) dever de negociar com boa-fé e justiça (*Aufklärungspflicht*); 3) dever de abster-se de atitudes que possam desequilibrar o propósito do contrato (*Leistungstreuepflicht*); 4) dever de cooperação (*Mitwirkungspflicht*); 5) obrigação de informar fatos materiais (*Auskunftspflicht*).⁴³

A esses deveres convencionou-se chamar de deveres de consideração, mas também podem ser tratados – e comumente o são na doutrina brasileira – como deveres anexos, de proteção ou laterais. Discordamos da nomenclatura “deveres acessórios”⁴⁴, pois transmite a ideia de hierarquia principal/acessório na relação obrigacional. Todavia, conforme se explicou, esses deveres não se submetem à obrigação principal, e, de certa forma, deles independem.

Conforme assinala Menezes Cordeiro, os deveres de proteção transmitem a ideia de que danos mútuos sejam evitados pelas partes, incentivando uma postura atenta e protetiva das

⁴¹ EBKE, Werner. STEINHAUER, Betina. The Doctrine of Good Faith in German Contract Law. In: BEATSON, Jack; FRIEDMAN, Daniel (Orgs.). **Good Faith and Fault in Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 171.

⁴² Ibid., p. 189.

⁴³ Ibid., p. 177–178.

⁴⁴ Usada por Menezes Cordeiro, por exemplo. Ver **Da Boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p.586.

partes contratuais.⁴⁵ Essa explicação remete ao caso do linóleo, em que não houve o cuidado necessário por parte do vendedor, resultando em sua responsabilização.

O dever de informar, isto é, o esclarecimento de todos os fatos materiais que circundam a obrigação também é considerado um dever de consideração, de modo que às partes cabe agir com honestidade, informando fatos e peculiaridades que possam influenciar, mesmo que negativamente, na tomada de decisão. Menezes Cordeiro utiliza o exemplo do dever na área médica de prestar todas as informações ao paciente.⁴⁶ No aspecto econômico, na hipótese de uma venda de participação societária, essa situação pode se traduzir no dever de uma empresa informar os passivos que acumulou a fim de bem informar os possíveis compradores do desempenho financeiro. Por outro lado, pode-se contestar essa posição, uma vez que, por vezes podem ser reveladas informações sensíveis, sendo que uma parte pode se valer desse dever apenas para especular e obter informações vantajosas sem o fito de concluir o contrato. No direito inglês, por exemplo, por força de *Smith v Hughes*⁴⁷, um vendedor não está obrigado a revelar ao comprador quaisquer erros que este (comprador) cometa quanto às características do objeto.

O dever de evitar o desequilíbrio entre as partes pode ser entendido como dever de lealdade e, nesse sentido, conforma a concepção a postura de não exercer concorrência, não celebrar contratos incompatíveis, de sigilo acerca de informação que possa prejudicar uma das partes.⁴⁸

O surgimento dos deveres de consideração depende da situação fática e do desenvolvimento do vínculo obrigacional das partes, mas não decorre de sua vontade. Vale dizer, não há um roteiro rígido e detalhado sobre como percorrer o processo obrigacional. Partindo da ideia de que cada ação gera uma reação, quando uma parte toma uma atitude, a atitude da contraparte deve estar de acordo com os deveres de consideração e vice-versa. Larenz melhor sintetizou a ideia ao afirmar que os participantes da relação obrigacional se obrigam reciprocamente de modo a não frustrar a finalidade da obrigação, evitar danos e facilitar a execução, sendo que o comportamento específico depende da situação existente.⁴⁹

⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, António. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 604.

⁴⁶ Ibid., p. 605.

⁴⁷ (1871) LR 6 QB 596.

⁴⁸ MENEZES CORDEIRO, Antonio. Op.cit. p. 608.

⁴⁹ LARENZ, Karl apud FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008. p.202.

A obrigação em seu caráter dinâmico e compartimentado, isto é, a obrigação como um processo, requer a atuação não apenas do devedor, mas também do credor para a concretização e adimplemento da obrigação.

Dessa forma, entendendo-se as negociações preliminares e até o contato social como fase suscetível de direitos e deveres e, respaldado pela aplicação extensiva dos deveres de boa-fé, forma-se o pressuposto jurídico para aplicação e desenvolvimento da responsabilidade pré-contratual ou *culpa in contrahendo* na Alemanha.

A boa-fé objetiva limita a autonomia da vontade, mas protege as partes contra deslealdade. Por mais virtuosa que seja a liberdade contratual e a autonomia privada, a boa-fé atua como mecanismo de balanceamento dessas virtudes com a realidade fática das partes.

CAPÍTULO 3 – O DIREITO INGLÊS E A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

3.1 Observações gerais acerca do direito inglês

O direito inglês é o berço do sistema jurídico chamado *common law*. Seu estudo atrai grande interesse por ser uma das grandes famílias jurídicas, ao lado do sistema romano-germânico. René David aponta a distinção do sistema inglês ao afirmar que a concepção de direito inglesa é jurisprudencial, vinculada sobremaneira ao contencioso, de modo que as cortes consolidam e aplicam as regras legais. Estas, por sua vez, não possuem o caráter de abstração e generalidade que se encontra no direito continental europeu, permanecendo vinculadas ao caso concreto.¹

A *common law* possui construção e desenvolvimento próprio de teorias e suas aplicações, de modo que a *common law* inglesa possui algumas peculiaridades que são de interesse neste trabalho, sendo a principal delas a não aceitação de um princípio geral de boa-fé nos contratos. Zweigert e Kötz afirmam que o direito inglês sempre foi algo de rico e estranho para um jurista da Europa Continental.²

Além disso, o direito inglês expressa grande influência de um viés econômico, com traços individualistas – valorizando a maximização de ganhos, da eficiência econômica das soluções jurídicas – e que buscam garantir o maior grau de certeza e previsibilidade às partes, sendo escolhido muitas vezes como a lei regente de contratos e demais acordos internacionais.

Não obstante, a *common law* é utilizada pela maioria das ex-colônias inglesas e, conseqüentemente, por países cujo relevo econômico é de grande magnitude, como a própria Inglaterra, os Estados Unidos e a Austrália, por exemplo.

Apesar de o sistema da *common law* ser essencialmente diverso do sistema da *civil law*, não se deve concluir que os sistemas são incompatíveis e, até, incomparáveis. Como bem adverte Catherine Valcke, o ato de comparar envolve juntar coisas enquanto se preserva a integridade dos traços que as distinguem.³ Sua explicação prossegue, aduzindo que, comparar o direito não é tão objetivo quanto comparar maçãs e laranjas. Todavia, tanto maçãs quanto

¹ DAVID, René. **O direito inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.3.

² ZWIEGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to Comparative Law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p.181.

³ VALCKE, Catherine. Reflections on comparative law methodology – getting inside contract law. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (org.). **Practice and Theory in Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p.22.

laranjas são frutas e, dessa forma são comparáveis de alguma forma: é possível comparar o peso, a coloração o formato etc.⁴

Apesar de serem sistemas peculiares, a *common law* e a *civil law* são comparáveis, sobretudo quando se trata de matéria contratual. Quem confirma isso é René David, para quem a despeito de o desenvolvimento do direito inglês ter sido diferente do direito continental europeu, as necessidades do comércio compeliram os sistemas para soluções semelhantes para enfrentar os problemas decorrentes de disputas contratuais.⁵

Esses motivos dão conta da importância em se desenvolver estudos acerca do direito inglês, sobretudo por ser um contraponto na questão contratual acerca da responsabilidade pré-contratual e acerca da aplicação da boa-fé. Assim, espera-se que com o contraste apresentado entre as soluções alcançadas em diferentes sistemas jurídicos possa se debater e refletir sobre as mesmas questões no direito brasileiro.

Antes de prosseguir, é importante esclarecer alguns pontos que talvez possam gerar confusão. Primeiramente, quando se fala em direito inglês, a sua aplicação se resume ao espaço territorial da Inglaterra e País de Gales. Vale dizer que, dos países que compõem o Reino Unido, apenas Inglaterra e o País de Gales dividem a mesma jurisdição. Consequentemente, a Escócia e a Irlanda do Norte possuem outros sistemas, que não serão objeto de análise. Em segundo lugar, é relevante lembrar que, a despeito de ser parte do sistema *common law*, as aplicações do direito inglês são diversas dos demais países que também fazem parte da *common law*. A afirmativa fica mais clara ao esclarecermos que nos EUA, por exemplo, admite-se a ideia de boa-fé nos contratos, por força do *Uniform Commercial Code*. Não é demais lembrar que o direito inglês sofreu influência das Diretivas Europeias, fato que a Austrália, por exemplo, não experimentou. Feita essa breve introdução, passaremos à breve análise das características da *common law* inglesa.

O direito inglês não é fundamentado em princípios gerais, tais quais os encontrados no sistema da *civil law*, ou romano-germânico. Isso equivale dizer que as soluções jurídicas se baseiam em casos precedentes, já julgados e resolvidos.⁶ Dito de outra forma, o sistema inglês emprega o método indutivo na solução das controvérsias, isto é, parte da análise dos casos particulares em direção a um conceito “geral” da conduta esperada. Diferentemente, o sistema

⁴ VALCKE, Catherine. Reflections on comparative law methodology – getting inside contract law. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (org.). **Practice and Theory in Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p.22.

⁵ DAVID, René. **O Direito Inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 117.

⁶ CARTWRIGHT, John. **Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer**. 3.ed. Oxford: Hart, 2016. p. 13.

romano-germânico aplica o método dedutivo, qual seja, inicia a análise da legislação aplicável (regra geral) em direção ao fato concreto, de modo que este deve ser abrangido pela regra geral. Em suma, as disputas resolvidas através do judiciário têm o condão de vincular não apenas os atores da contenda incidente, mas também litigantes futuros que se enquadrem em semelhante situação fática do caso julgado.

Assim sendo, o direito inglês tem como sua principal fonte os casos (*case-law*) em vez de codificações gerais e abstratas como se vê no Brasil com o Código Civil ou na Alemanha com o BGB. O direito é, portanto, encontrado em um caso ou em um grupo de casos, de onde se infere a regra a ser seguida. Por conta disso, os juízes – sobretudo os das cortes superiores – assumem papel de maior relevo dentro do sistema, ficando conhecidos por seus julgamentos e em razão dos desenvolvimentos pelos quais contribuíram à construção do direito.⁷ Essa interpretação e “produção” da lei feita pelo juiz assume o nome de *authority*. Frise-se que o texto legislativo também pode ser chamado de *authority*, uma vez que as *authorities* servem para embasar ou uma petição do advogado, ou para fundamentar uma decisão judicial.

Essas características, no entanto, não excluem o reconhecimento de regras gerais ou de legislações nos moldes do sistema romano-germânico. O que se espera esclarecer é que estes são os traços característicos e nucleares da *common law*, e que eles coexistem com alguns aspectos familiares para um jurista da *civil law*.

A seara do direito contratual inglês é basicamente oriunda dos casos precedentes (ou *case law*), de modo que é importante o entendimento desse mecanismo jurídico. Como nos informa Cartwright, a doutrina do precedente judicial se ampara no fato de os casos precedentes atuarem como fonte de direito; e no poder vinculante dos precedentes. O autor questiona: se a regra jurídica se encontra no texto (no *case law*), por que o resultado seria diferente se o mesmo texto é aplicado a casos similares?⁸

Todavia, o autor enfatiza a importância de se manter separados o papel do *case law* como fonte de criação e desenvolvimento do direito das regras da doutrina dos precedentes e da força vinculante das decisões.⁹ O alerta serve para notar que a *common law* inglesa se desenvolveu diferentemente da americana, por exemplo, pois lá a força dos precedentes é menos intensa que na Inglaterra.¹⁰

⁷ CARTWRIGHT, John. **Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer**. 3.ed. Oxford: Hart, 2016. p.13.

⁸ Ibid., p. 21.

⁹ Ibid., p. 22.

¹⁰ Ibid., p. 21.

A parte da decisão que gera efeitos no futuro é a chamada *ratio decidendi*, que pode ser entendida como o núcleo duro do julgado, a matéria de direito controvertida. A seu lado, encontram-se outras conjecturas do juiz, chamadas de *obiter dicta* mas que não têm a mesma força vinculante, mas podem ser úteis e persuasivas para casos futuros, pois revelam argumentos interessantes e a linha de raciocínio do juiz. Diferentemente de um sistema codificado, onde o juiz tem na lei escrita o seu ponto de partida e analisa casos precedentes com o fito de analisar como a lei fora interpretada, no sistema inglês deve-se ter minuciosa análise dos fatos a fim de se alcançar a questão jurídica fundamental que concerne ao caso.¹¹

Nesse contexto, há uma hierarquia de cortes e tribunais, sendo que as decisões dos órgãos mais graduados vinculam os órgãos menos graduados. A regra é que a corte é instada a seguir a *ratio decidendi* de um caso anterior julgado por uma corte superior. A corte de apelação (*Court of Appeal*) é a única que, além da regra geral é vinculada, ainda, às suas próprias decisões precedentes e às da *Supreme Court*.¹² A última instância do direito inglês é a *Supreme Court*, que não é vinculada por suas próprias decisões.

Por conta disso, o sistema inglês é tido como eficiente e pragmático, além de prestigiar a estabilidade do entendimento judicial. Quanto mais antiga é a *authority*, isto é, o precedente que dita a regra, mais cautelosa será a corte em alterá-lo.¹³ Não deve ser negligenciada, também, a liberdade e o poder conferidos ao juiz do caso. Diferentemente da grande maioria dos casos da *civil law*, ao juiz inglês é dada a oportunidade de desenvolver o direito e não apenas declará-lo. Observa-se que as cláusulas gerais do sistema romano-germânico são elementos que aproximam os dois sistemas jurídicos, abrindo, nas paredes da *civil law*, uma janela para a *common law*.

3.2 O direito contratual inglês

O direito inglês se vale do *case-law* quando se trata de direito privado, sobretudo na seara contratual. Dessa maneira, é de grande importância analisar os precedentes, sua situação fática, seus fundamentos e consequências no momento de dizer o direito em um novo caso.

Diferentemente dos Estados Unidos, onde há uma compilação de princípios e regras extraídos do *case-law* – como é o *Restatement (Second) of Contracts* – ou uma legislação

¹¹ CARTWRIGHT, John. **Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer**. 3.ed. Oxford: Hart, 2016. p. 37.

¹² Ibid., p. 24.

¹³ Ibid., p. 21.

vinculante, como é o caso do *Uniform Commercial Code*, a Inglaterra não se deixa influenciar por essas técnicas jurídicas, a não ser pela via obrigatória imposta pelas Diretivas da União Europeia.

Nesse diapasão, importa esclarecer duas bases fundantes do direito contratual inglês: A liberdade contratual e a força vinculante dos contratos. Filosoficamente a liberdade contratual encontra respaldo no liberalismo econômico e na “*will theory*”, ou teoria da vontade, cujas premissas são encontradas na liberdade das partes em estabelecer direitos e deveres recíprocos, de modo que ao direito competiria aplicar esses termos, mesmo sob alegações de injustiça ou repercussão social negativa, com vistas a conferir o maior grau de certeza a esses acordos.¹⁴

Essas ideias ainda ecoam nos corredores das cortes de justiça inglesas ainda hoje, mas de forma mitigada. Atualmente o foco centra-se em manter a interferência estatal ao mínimo possível quando se trata de contratos. Em julgamento de 1875¹⁵, o *Master of Rolls* Sir George Jessel lançou as bases da liberdade contratual. Para ele, a criatividade das partes em estabelecer os termos do negócio seria a reafirmação de sua autonomia, e às cortes caberia aplica-los. Sugere, portanto, evitar um viés paternalista. Whittaker e Zimmermann esclarecem que o direito inglês tolera insensibilidade moral para favorecer a eficiência econômica e trata a previsibilidade como matéria de justiça.¹⁶ Disso resta claro um recado para as partes que se vinculam: de nada adiantará procurar meios para suavizar ou se esquivar de um contrato se houve a formação de um acordo dentro dos requisitos legais. Daí se nota a força vinculante dos contratos.

Estes pressupostos do direito contratual inglês construíram uma reputação ao longo do tempo. Pelo respeito aos precedentes, desenvolveu-se um sistema jurídico estável e confiável, fato este constatável pela grande quantidade de contratos internacionais que ainda elegem o direito inglês como fonte para solução de controvérsias. Curiosamente, quando se fala em contratos, é de interesse das partes limitar ao máximo o poder discricionário do juiz, e é isso que se percebe na evolução histórica da *common law* inglesa. No Brasil, contudo, é justamente no âmbito contratual, por conta da cláusula geral de boa-fé, que os juízes encontram um ponto de grande liberdade para julgarem. Os polos se invertem entre Brasil e Inglaterra. Enquanto aqui, em termos gerais, se espera grande fixação do juiz ao texto da lei e se dá grande liberdade

¹⁴ CHITTY, Joseph; BEALE, H. G. (Orgs.). **Chitty on contracts**. 32.ed. London: Thomson Reuters, 2015. p. 22.

¹⁵ *Printing and Numerical registering Co v Sampson*. [1875] LR 19 Eq 462.

¹⁶ ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (Orgs.). **Good faith in European contract law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 15.

ao julgador em matéria contratual, na Inglaterra verifica-se o oposto, isto é, no geral os juízes têm maiores liberdades para criar a lei, ao passo que ao tratarem de contratos, tentam se desvirtuar o mínimo possível das balizas já consolidadas pela jurisprudência, a fim de garantir estabilidade e segurança jurídica.

Portanto, as partes gozam de ampla liberdade no momento de estabelecer as bases do contrato, mas uma vez formado, o contrato – via de regra – não pode mais ser quebrado, vinculando as partes de maneira muito forte. Essa característica garante a coerência do sistema inglês.

3.3 O desprestígio da boa-fé no direito inglês

O princípio da boa-fé não encontra respaldo no direito inglês. Há, inclusive, relutância entre juristas e julgadores em aceitar esta figura jurídica. Todavia, diante de pressões e influências, alguns autores ingleses passaram a abrir perspectiva para o recebimento e aplicação da boa-fé nos contratos. Atualmente há intenso debate – tanto nas cortes quanto nos livros – sobre as vantagens e desvantagens de se adotar a boa-fé no direito inglês.

Ewan McKendrick, renomado professor da Universidade de Oxford, por exemplo, alega que o direito inglês é pródigo ao combater situações de má-fé das partes, mas tem sua atuação limitada quando se trata de incentivos às partes para que tomem atitudes que preservem e propagem a ideia de boa-fé.¹⁷

Assim, um negociante pode conduzir várias negociações paralelas sem fazer nascer o dever de informar isso às contrapartes, podendo, inclusive, ter atitudes que seriam impensáveis no sistema alemão ou brasileiro, como omitir informações essenciais para o desenrolar da negociação.¹⁸ Tudo isso por conta da falta de um dever geral de boa-fé, seja nos preliminares, seja na conclusão e execução de um contrato.

Os argumentos contrários à utilização da boa-fé no direito inglês concentram-se nas seguintes premissas: a boa-fé vai de encontro com a ética individualista do direito contratual inglês; Além de restringir o interesse individual, a boa-fé torna o contrato dependente de padrões morais, retirando a sua certeza e previsibilidade; partindo da ideia de boa-fé como um conceito moral, as partes ficariam confusas pois não haveria balizas claras no momento de

¹⁷ MCKENDRICK, Ewan. **Contract law**. 11. ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015. p. 218.

¹⁸ MOURA VICENTE, Dario. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002. **Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal**, vol. 8, n. 25, p. 34-41, abr./jun., 2004. p. 35.

contratar; por fim, a utilização de regra geral não levaria em conta particularidades de cada relação contratual, não oferecendo soluções adequadas.¹⁹

Além disso, *Lord Justice Bingham*, em ocasião do julgamento do caso *Interfoto v Stiletto*²⁰ esclarece que há equivalência funcional entre o que chamou de *piecemeal solutions*, ou soluções fragmentadas e o princípio da boa-fé. Para ele, o direito inglês encontrou soluções diferentes para os mesmos problemas, sendo desnecessária a utilização de um princípio da boa-fé.

Sob uma outra perspectiva, argumenta-se que o princípio da boa-fé geraria maior transparência ao direito, uma vez que as cortes evitariam contorcionismos legais para trazer justiça ao caso; por ser um “princípio guarda-chuva”, a boa-fé seria um instrumento favorável aos julgadores, que concentrariam nessa figura jurídica a solução de vários casos; além de ser positiva para o ambiente negocial, a boa-fé traria uma oportunidade de se recuperar o espírito dos termos negociados, vale dizer, priorizar as expectativas das partes em caso de mudança das circunstâncias subjacentes ao contrato.²¹

Feitas estas observações, cabe discorrer acerca das perspectivas do princípio da boa-fé no direito inglês. Dentre as influências a favor da boa-fé podemos destacar a presença de Diretivas Europeias, através das quais o *ethos* jurídico europeu se infiltra em solo britânico. Essa via, no entanto, parece estar cada vez mais próxima de um fim dado o recente plebiscito que resultou no chamado *Brexit*, isto é, negociações para a retirada do Reino Unido como um país membro da União Europeia. Reziya Harrison, em extenso livro acerca da boa-fé na compra e venda, datado de 1997, já expressava o sentimento de aversão à boa-fé por advogados e juízes ingleses, que a evitavam por crerem se tratar de uma invenção europeia e os ingleses nunca se sentiram confortáveis como um Estado-membro europeu.²² O *Consumer Rights Act 2015*, que incorporou preceitos da União Europeia numa espécie de “Código do Consumidor” inglês, prevê, na seção 62 (4), a figura da boa-fé como baliza na aplicação da lei consumerista.²³ Para

¹⁹ BROWNSWORD, Roger. **Contract law: themes for the twenty-first century**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 114–118.

²⁰ [1989] 1 QB 433.

²¹ BROWNSWORD, Roger. **Contract law: themes for the twenty-first century**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 121.

²² HARRISON, Reziya. **Good faith in sales**. London: Sweet & Maxwell, 1997. p. 685.

²³ Em tradução livre: um termo é injusto se, contrário ao requerimento de boa-fé, causar significativo desequilíbrio nos direitos e obrigações das partes contratantes em detrimento do consumidor. No original: A term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer.

alguns autores, isso demonstra a grande influência alemã na legislação europeia, uma vez que, para o direito alemão, a boa-fé é um princípio de extrema importância.²⁴

Some-se a isso o fato de a imensa maioria dos países com os quais a Inglaterra mantém relações comerciais, inclusive os do sistema *common law*, recepcionarem a boa-fé. Dentre os países da *common law* que aplicam a boa-fé destacam-se os Estados Unidos e a Austrália. Este incorporou a boa-fé após ratificação da Convenção de Viena de 1980 (mais conhecida pelo acrônimo em inglês CISG - *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*).²⁵ Aquele, recepciona a boa-fé através do *Uniform Commercial Code* (§1-304) e do *Restatement (Second) of Contracts* (§205). É relevante lembrar que a *common law* estadunidense se desenvolveu diferentemente da inglesa, sobretudo por conta da grande autonomia dos estados em matéria de direito. Desse modo, as codificações do UCC e do *Restatement* gozam de certo prestígio na maioria dos estados americanos. O UCC, por exemplo, foi incorporado em vários estados e reflete as ideias de Karl Llewellyn, cuja afinidade com as práticas desenvolvidas em países de sistemas romano-germânicos pode explicar a inserção da boa-fé na esfera contratual estadunidense.²⁶ Já o *Restatement* é uma compilação de regras e princípios encontrados no *case-law*, não se constituindo em uma *authority*, isto é, não possui força vinculante, mas cumpre a função de persuadir o julgador e orientar a aplicação do direito.²⁷

A Inglaterra, além de não ter assinado a Convenção de Viena de 1980, também não se coaduna com a ideia de codificações e, tampouco recebe fortes influências teóricas a favor da boa-fé. Todavia, foi notado que esta postura inglesa é o mesmo que “nadar contra a correnteza”.²⁸ Não recepcionando a boa-fé a Inglaterra se isola, ao menos em matéria contratual do restante dos países com que desenvolve relações comerciais.

Tendo isso em vista, a doutrina inglesa passa a vislumbrar alguma possibilidade de sucesso em recepcionar a boa-fé, mas ainda assim são muito cautelosos. Arrisca-se dizer que a não utilização da boa-fé tem mais a ver com o tradicionalismo inglês, em seguir aplicando

²⁴ CHITTY, Joseph; BEALE, H. G. (Orgs.). **Chitty on contracts**. 32.ed. London: Thomson Reuters, 2015. p. 1077.

²⁵ ZELLER, Bruno. Good Faith - Is it a Contractual Obligation?. **Bond Law Review**, v. 15, n. 2, 2003. p. 217.

²⁶ TWINING, William. **Karl Llewellyn and the Realist Movement**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 312.

²⁷ KLASS, Gregory. **Contract law in the United States**. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. p. 45.

²⁸ O juiz Leggat, em sua decisão no caso *Yam Seng* (infra) afirmou que o direito inglês continua a “swim against the tide”.

cânones já consagrados em vez de se “aventurar” em soluções moldadas e nascidas no seio de outros sistemas jurídicos. Por um lado, é interessante notar essa proteção à lógica do sistema inglês, mas por outro revela-se uma intransigência que pode colocar em risco a proteção das partes de um contrato.

Todo esse cenário pode ser resumido em outra importante influência a favor da boa-fé. Trata-se do caso *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation Ltd*²⁹ cujo deslinde reconheceu o dever de agir com boa-fé na execução de um contrato de longa duração. O caso, apesar de ter sido julgado em primeira instância, foi recebido com grande interesse, entusiasmo e críticas pela comunidade jurídica inglesa.

O caso versa sobre um contrato de autorização para exploração comercial de um perfume em mercados *duty free* (áreas sem incidência ou com incidência reduzida de impostos, normalmente encontrada em aeroportos) do Oriente-Médio, Ásia, África e Austrália. A controvérsia gira ao redor da alegação de que o réu (fornecedor dos perfumes) deu informações falsas ao autor (distribuidor), descumprindo termo contratual implícito de executar o contrato segundo os ditames da boa-fé.³⁰

O juiz Leggatt, responsável pelo caso, entendeu haver descumprimento de termo implícito de agir com boa-fé. Para ele, contratos de longa duração requerem proteção extra, de modo que se espera uma maior preocupação com relação à comunicação, cooperação e previsibilidade da execução baseada em confiança mútua.

Em sua análise, explica que cláusulas expressas não podem conflitar com termos implícitos. Estes termos implícitos podem derivar da lei ou do contexto fático. No caso de *Yam Seng*, os autores Peel e Treitel explicam que foi reconhecido um dever de boa-fé derivado de termos implícitos tendo em vista o contexto fático e a construção do contrato.³¹ Essa conclusão foi alcançada após o juiz propor um teste objetivo, isto é, buscando mitigar a flutuação de percepção, para aferição do dever implícito de boa-fé, ecoou a ideia já utilizada em outros casos ingleses da intenção presumida aferida com base nos propósitos e valores que uma pessoa razoável teria. O juiz encontrou nas *authorities*, isto é, em precedentes judiciais ingleses, traços de aceitação à boa-fé e criticou a hostilidade inglesa, alegando que ela não tem razão de ser.

Outro ponto mencionado pelo juiz é o que chamou de hostilidade mal colocada contra a boa-fé nos contratos. Para ele, o reconhecimento do dever de boa-fé está atrelado à averiguação do acordo estabelecido entre as partes; a boa-fé aumentaria a efetividade do alcance

²⁹ [2013] EWHC 111 (QB), [2013] 1 All ER (Comm) 1321.

³⁰ BURROWS, Andrew. **A casebook on contract**. 5.ed. Oxford: Hart, 2016. p. 212.

³¹ PEEL, Edwin; TREITEL, G. H. **The law of contract**. 14.ed. London: Thomson Reuters, 2015, p. 252.

do interesse individual, cuja expressão embasa a ideia dos contratos; as partes podem expressamente limitar, alterar e até excluir o dever de boa-fé, não representando, por isso, uma interferência na liberdade contratual das partes. Finalmente, citando o *Lord Justice Bingham*, no caso *Interfoto*, Leggatt expressa que a repulsa inglesa à boa-fé tem mais relação a um aspecto cultural do que prático, de modo que a boa-fé não gera mais incerteza do que os processos atuais de interpretação contratual. Assim, Leggatt encontrou justificativas formais visando otimizar as relações econômicas e prestigiando a boa-fé na execução de contratos de longa duração.

Ewan McKendrick, ao comentar a decisão, entende que se a fundamentação do juiz Leggatt não representar uma mudança de paradigmas é, ao menos, uma abertura contra a rígida oposição inglesa à boa-fé.³² Para o autor, apesar de não reconhecer um princípio geral de boa-fé, o direito inglês já possui tijolos que permitiriam a construção desse princípio.³³

Mas esse caso também atraiu críticas, como se percebe nos pensamentos de Whittaker, que vê na decisão de Leggatt um desrespeito ao precedente estabelecido no caso *Interfoto*. Para ele, a boa-fé tolhe a liberdade contratual, mormente o direito das partes de buscar o interesse próprio. Além disso, vê na aceitação de termos implícitos uma atividade além das funções que as cortes deveriam assumir.³⁴

Com enfoque nos possíveis resultados, Qi Zhou oferece esclarecedora e coerente opinião, questionando qual seria a mensagem que o judiciário passaria se deixasse impune uma parte que gerou danos à outra por conta da prestação de informações falsas. Para ele, isso implicaria num aumento de custos às partes, que teriam que tomar posturas protetivas mais sérias, além de trazer desconfiância para o ambiente dos negócios.³⁵

É bom que se frise que essas aberturas prestigiam a boa-fé no momento da execução do contrato. A questão de se aplicar a boa-fé nas negociações ainda é um assunto com baixíssima aceitação por conta de princípios da liberdade contratual e da força vinculante dos contratos.

3.4 O período negocial, a ruptura e a responsabilização

³² MCKENDRICK, Ewan. Good Faith in the Performance of a Contract in English Law. In: DIMATTEO, Larry A.; HOGG, Martin (Orgs.). **Comparative contract law: British and American perspectives** Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 197.

³³ MCKENDRICK, Ewan. **Contract law**. 11. ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015. p. 218.

³⁴ WHITTAKER, Simon. Good Faith, Implied Terms and Commercial Contracts. **Law Quarterly Review**, v. 129, p. 463, 2013. p. 467.

³⁵ ZHOU, Qi. The Yam Seng Case: A New Development of Good Faith in English Contract Law. **International Trade and Business Law Review**, v. 17, p. 358–369, 2014. p. 368.

Como se viu alhures, a boa-fé não é um princípio fundante e não é tida como uma regra geral no direito inglês. Todavia, nada impede as partes de estabelecerem em contrato previsões que abarquem a boa-fé na execução do acordo. Note-se que a boa-fé nesse contexto partiria da vontade das partes e não de previsão legislativa ou jurisprudencial, o que é plenamente aceitável, pois derivaria de um ato de vontade e consenso das partes.

Todavia, quando se fala no período negocial (isto é, momento anterior à execução do contrato), a postura do direito inglês parece mais rígida no sentido de rechaçar qualquer incidência da boa-fé. De acordo com Cartwright, essa fase não admite nem um acordo expresso para negociar sob a égide da boa-fé. Isso por conta da falta de certeza que gera às partes, além de ser contra a ideia adversarial das negociações, característica do direito inglês.³⁶ Ou seja, o contrato é compreendido como um instrumento de grande força da vontade individual dos contratantes, em que a negociação dos seus termos se pautará num jogo de força entre os contratantes. Estes, que objetivam a maximização das vantagens, não se preocuparão com a situação negocial da contraparte – se vantajosa ou desvantajosa. Vale dizer, o individualismo é a grande expressão da ideia adversarial no contrato inglês, fazendo com que cada parte busque a melhor situação para si, a despeito da posição dos demais contratantes.

3.4.1 O caso *Walford v Miles* e a desproteção das partes durante a negociação

Tendo em vista esse parâmetro do direito contratual inglês, e lembrando a sua ampla aplicação do Direito com base nos precedentes judiciais, esclarece-se que as questões relativas à boa-fé no período negocial encontram seu regramento no caso *Walford v Miles*, julgado em 1992.³⁷

Nesse caso, o casal Miles estava disposto a vender sua empresa de processamento de fotos. Os Walford fizeram uma proposta de £2mi e afirmaram que o banco enviaria uma carta para os ofertantes, de modo a garantir os fundos. Os Miles concordaram em terminar negociações com quaisquer outras partes interessadas assim que recebessem essa carta em favor dos Walford. Recebida a carta, os Miles confirmaram que venderiam o seu negócio para os Walford, sujeito à elaboração do contrato. No entanto, acabaram vendendo para uma terceira parte. Inconformados, os Walford alegaram quebra de um dever implícito de negociar com boa-

³⁶ CARTWRIGHT, John. **Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer**. 3.ed. Oxford: Hart, 2016. p. 65.

³⁷ [1992] 2 AC 128.

fé. A corte decidiu que o acordo entre os Walford e os Miles não tinha condão para ser executado, pois era muito incerto.³⁸

Em seu voto, Lord Ackner afirmou que os termos da negociação eram muito incertos para que se pudesse executá-los. Além disso, cunhou uma famosa passagem que revela toda a aversão inglesa à boa-fé: “O conceito de um dever de desenvolver as negociações com boa-fé é inerentemente repugnante à posição adversarial das partes quando envolvidas em negociações”.³⁹

Para os ingleses, a natureza da relação negocial é inconsistente com a boa-fé. Isso porque acreditam ser um momento de especulação, de averiguação do negócio a ser concretizado. Este é, em verdade, o único momento em que se pode realizar essas incursões que informarão o contexto do negócio a ser concluído. No entanto, Cartwright ainda alerta para o prestígio da liberdade de poder se retirar das negociações a qualquer momento, derivado da liberdade de agir em interesse próprio.⁴⁰ Isso pode ser entendido até como uma estratégia negocial com o fito de fazer o ofertante baixar o preço ou melhorar os termos da negociação.

Quando uma das partes da negociação apõe o termo “sujeito a contrato”, isto isenta a negociação, tornando-a livre de responsabilidade. Adicionalmente, a prática protege as partes não apenas de responsabilidades decorrentes da negociação, mas também de se vincularem a um contrato antes do desejado.

Finalmente, há o entendimento de que a ruptura das negociações não gera *tort* (o equivalente à responsabilidade delitual ou aquiliana). Via de regra, o *tort* é modalidade desenvolvida para proteger determinadas condutas e interesses, às quais as negociações não fazem parte.

3.4.2 *Consideration: elemento essencial para formação do contrato*

Analisando mais amplamente o direito privado inglês é de se notar o fato de os direito inglês requerer a presença da *consideration*, ou contraprestação⁴¹, para a formação dos contratos. Um contrato sem *consideration* não é tratada como um contrato concluído. E é

³⁸ BURROWS, Andrew. **A casebook on contract**. 5.ed. Oxford: Hart, 2016. p. 69.

³⁹ No original: The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations.

⁴⁰ CARTWRIGHT, John. **Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer**. 3.ed. Oxford: Hart, 2016. p. 79.

⁴¹ Cf. FRIED, Charles. **Contrato como Promessa: uma teoria da obrigação contratual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 35. “Contraprestação” foi o termo utilizado na tradução de *consideration*.

fundamental compreender isso pois, enquanto não se forma o contrato as partes ainda se encontram em período de relativa desproteção jurídica, conforme se verificou no caso *Walford v Miles*. Portanto, a vinculação jurídica entre as partes se concretiza, via de regra, através da *consideration*. A desproteção que reina sobre as partes durante as negociações pode ser mitigada diante da figura do *promissory estoppel*, que será analisada em detalhes no próximo subcapítulo.

O contrato, entendido como um instrumento econômico permite às partes a busca pelo melhor negócio, pela melhor barganha. Esse modelo da busca pela melhor posição negocial é chamado de adversarial, em que as partes se enxergam como combatentes, diferente da visão cooperativista que se prega no direito brasileiro, por exemplo.

As promessas feitas durante as negociações, via de regra, não são juridicamente relevantes se não forem formalizadas em uma escritura (*deed*) ou respaldada pela *consideration*.⁴² Esses requisitos são essenciais para que uma promessa seja juridicamente executável, conferindo um claro limite para a atuação jurídica. Essa perspectiva giza, com clareza, a esfera de atuação do judiciário, transmitindo a ideia de que as partes não estão vinculadas aos termos se não houver *deed* ou *consideration*.

Assim, é fundamental compreender que a *consideration* se trata de uma contrapartida, uma contraprestação à promessa feita. De modo sintético, trata-se de um dever que cada parte de um contrato possui de receber algo em troca de ter dado alguma coisa.⁴³ Essa contraprestação pode ser um ato, tolerância ou promessa representando o preço a ser pago pela promessa da outra parte. A doutrina tradicional explica que “algo de valor” deve ser dado de modo a “remunerar” a promessa. Isso é entendido como um detrimento ao promissário ou um benefício ao promitente. Essa característica pode ser exemplificada no seguinte caso: Se X promete pagar R\$100,00 a Y, este não pode requerer o pagamento se não oferecer uma contraprestação. Por outro lado, se Z promete pagar R\$200,00 pela bicicleta de W, a transferência da bicicleta é entendida como a *consideration* necessária à promessa de pagamento, tornando-se juridicamente exequível.⁴⁴

Desse corolário da necessidade da contraprestação surgem variadas questões que moldam os limites da *consideration*. Exemplo disso é o conceito de que a *consideration* deve ser suficiente, mas não necessita ser adequada. Tal ideia deriva do caso *Chappel and Co Ltd v*

⁴² PEEL, Edwin; TREITEL, G. H. **The law of contract**. 14.ed. London: Thomson Reuters, 2015. p.78.

⁴³ BURROWS, Andrew. **A casebook on contract**. 5.ed. Oxford: Hart, 2016. p.89.

⁴⁴ Exemplos adaptados de Burrows, Andrew. Op.cit., p.89.

*Nestlé Co Ltd*⁴⁵. Na ocasião a empresa Nestlé havia prometido entregar discos de música àqueles que fizessem um pequeno pagamento acompanhado de três embalagens de chocolates. A lei de direitos autorais inglesa impõe um pagamento de determinada porcentagem sobre a comercialização de músicas. Dessa maneira, os detentores dos direitos autorais do disco vendido pela Nestlé não aceitaram a pequena quantia e os envelopes de chocolate como a quantia em que incidiria essa porcentagem. A questão centrou-se, então, se os envelopes de chocolate constituiriam a *consideration*, apesar de se tratar apenas de um valor simbólico. O tribunal entendeu que, a despeito de seu valor “trivial”, os envelopes eram entendidos como *consideration* suficiente, mesmo que não fossem adequadas do ponto de vista mercadológico.⁴⁶

Portanto, nota-se que a *consideration* nada mais é do que o elemento contraprestacional a uma promessa, elemento este que confere juridicidade à negociação, tornando-a exequível diante do judiciário.

3.4.3 A não obrigatoriedade de informar a contraparte

Nessa esteira, a responsabilidade pré-contratual não é recepcionada no direito inglês tal como ocorre no direito alemão. Segundo esclarece Moura Vicente, a *common law* segue a ideia do *caveat emptor*, isto é, o comprador tem o dever averiguar – quando possível – as condições do objeto negociado, uma vez que, se não houver fraude, não seria admissível que o comprador depois reclamasse de defeitos. Essa tese foi definida no caso *Smith v Hughes*⁴⁷, que versa sobre a venda e compra de uma determinada quantidade de aveia por amostragem. Um treinador de cavalos de corrida desejava comprar a aveia de um fazendeiro. Ao receber a primeira parte da entrega, o treinador se recusou a efetuar o pagamento sob alegação de que as aveias entregues eram “novas” e as que ele tinha intenção de comprar seriam aveias “velhas”.⁴⁸ Nessa ocasião o juiz Blackburn explicou não haver obrigação legal de o vendedor informar o comprador que ele [o comprador] está incorrendo em erro não induzido pelo vendedor.⁴⁹

⁴⁵ [1960] AC 87, House of Lords

⁴⁶ BURROWS, Andrew. **A casebook on contract**. 5.ed. Oxford: Hart, 2016. p.90.

⁴⁷ (1871) LR 6 QB 597

⁴⁸ BURROWS, Andrew. **A casebook on contract**. 5.ed. Oxford: Hart, 2016. p. 668.

⁴⁹ MOURA VICENTE, Dário **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2001. p.274.

O direito inglês se filia, então, à ideia de que durante as negociações as partes devem evitar fazer afirmações falsas, isto é, não estão as partes obrigadas a revelar informações, mas uma vez reveladas, devem ser verdadeiras.⁵⁰

É responsabilidade do comprador, portanto, descobrir que está incorrendo em erro numa negociação. Contudo, McKendrick alerta para a outra faceta dessa tese, explicando que quando se trata de um engano do comprador provocado pelo vendedor, e este sabe que o comprador compreende os termos de maneira equivocada, tem a obrigação de esclarecer o desentendimento.⁵¹

Essa falta de um dever de informar não é sem razão. McKendrick justifica essa postura do direito inglês de três maneiras: A primeira diz respeito ao valor da informação. Quer dizer, em um caso de venda e compra de uma fazenda em que o comprador gastou vultosa quantia para descobrir que ali existe petróleo. O comprador não é obrigado a revelar essa informação ao vendedor que, possivelmente, aumentaria muito o valor da venda, sendo um enriquecimento “injusto” na ótica inglesa; A segunda razão se relaciona com a paridade das partes, que buscam fazer o melhor negócio que podem, de modo que não se deve esperar que partes opostas numa negociação compartilhem informações entre si; A terceira razão concerne a preocupação de se estabelecer quando e em qual extensão a informação seria devida.⁵²

No entanto, é de se notar que a ideia do *caveat emptor* foi sucessivamente relativizada no direito norte-americano, como apontam Kessler e Fine, fato que ocasionou a releitura de conceitos como a boa-fé.⁵³ Não é exagero afirmar que tal pensamento pode ser aplicado ao direito inglês, por conta de alguns instrumentos que protegem os negociadores e, sobretudo após os recentes desenvolvimentos no caso *Yam Seng* tratado em maiores detalhes no item 3.3 deste trabalho.

3.4.4 *Promissory estoppel e a proteção negocial*

É possível enxergar na figura do *promissory estoppel* um mecanismo de proteção, ainda que reduzido e limitado se comparado à responsabilidade pré-contratual alemã, à disposição dos negociadores. Conforme visto alhures, Moura Vicente enxerga a *culpa in*

⁵⁰ MCKENDRICK, Ewan. **Contract law**. 11. ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015. p.213.

⁵¹ Ibid., p. 214.

⁵² Ibid., p.213-214.

⁵³ KESSLER, Friedrich; FINE, Edith. *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*. **Harvard Law Review**. vol. 77, n. 3, Jan., 1964), p. 401-449. p.441.

contrahendo e o *promissory estoppel* como equivalentes funcionais, isto é, institutos diferentes, de diferentes sistemas jurídicos, com características próprias, mas cujo resultado é semelhante, qual seja, proteger os negociadores de uma conduta errante.

Menezes Cordeiro, por sua vez, enxerga o *estoppel* como um semelhante ao *venire contra factum proprium* do direito continental – cuja expressão traduz “o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente”.⁵⁴ Todavia, frise-se que nem sempre o *venire contra factum proprium* acarreta a responsabilidade pré-contratual por rompimento das negociações. Se assim fosse, haveria uma séria violação da ideia de liberdade contratual pois qualquer ruptura negocial seria, elementarmente, contraditória com o início da negociação, momento em que havia um interesse determinado e que foi alterado ao longo das tratativas.⁵⁵

Portanto, é possível dizer que o *promissory estoppel* guarda relação tanto com a *culpa in contrahendo* quanto com o *venire contra factum proprium*.

O *promissory estoppel* é uma figura intrinsecamente ligada à ideia de *consideration* discutida neste tópico. Dário Moura Vicente explica, sinteticamente, que no *promissory estoppel*

[...] quem formula certa declaração inverídica com o objetivo de que o declaratório atue confiando nela não pode ulteriormente, caso aquele venha efetivamente a agir na base dela, prevalecer-se da sua falsidade, estendendo-a às hipóteses em que alguém promete algo a outrem independentemente de qualquer contrapartida, sabendo que o promissário atuará confiando no cumprimento da promessa. Em tais casos não pode o promitente, segundo o entendimento que veio a prevalecer na jurisprudência, invocar a ausência de *consideration* como fundamento de invalidade da promessa.⁵⁶

Em outras palavras, a parte de um contrato que promete que não aplicará seus direitos no todo ou em parte e acaba gerando confiança na contraparte, que, por sua vez, acaba agindo em conformidade com a promessa, será vinculada pela promessa feita, mesmo se não houver a *consideration* – elemento essencial para a formação do contrato.

Isso impede que a parte que realizou alguma promessa, mas que não forneceu a devida *consideration*, se valha da sua própria torpeza. Assim, uma promessa, mesmo que sem o

⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, António. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p.742.

⁵⁵ CUNHA, Daniela Moura Ferreira. **Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 169.

⁵⁶ MOURA VICENTE, Dário **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2001. p.285.

elemento essencial para formação do contrato, pode ser vinculativa através do *promissory estoppel*.⁵⁷

No direito inglês o tema é extraído da decisão *Hughes v Metropolitan Rly Co.*⁵⁸ O caso, de 1877, discutia a necessidade de um inquilino fazer reparos no imóvel alugado. O proprietário do imóvel notificou o inquilino para que este fizesse reparos no imóvel utilizado por este último. Caso os consertos não fossem feitos dentro de seis meses, surgiria o direito de confiscar (*forfeit*) o imóvel do inquilino. O inquilino concordou em fazer os reparos, mas também realizou uma proposta negocial ao proprietário no dia 01 de dezembro. As negociações duraram por certo período, findando sem sucesso no dia 31 de dezembro. O inquilino finalizou os reparos em junho do ano seguinte, mas, de acordo com o proprietário, o prazo havia se encerrado dois meses antes, em abril. A *House of Lords* entendeu que as negociações suspenderam o prazo para realização dos reparos, concluindo que o inquilino realizou o conserto dentro do período ajustado.⁵⁹

Esse caso ajustou e relativizou os termos inicialmente acordados entre as partes, prevenindo que o proprietário se beneficiasse de um período em que estava envolvido em negociações sobre o imóvel. Todavia, conforme assinala Moura Vicente, o *promissory estoppel* tem seu alcance limitado no direito inglês, sendo utilizável apenas como argumento de defesa contra exercício inadmissível de direitos, não criando, pois, um dever de indenizar pelo rompimento de negociações.⁶⁰

O direito norte-americano, por sua vez, oferece um caso mais emblemático acerca do tema e que pode ser convenientemente utilizado no presente trabalho. Trata-se de *Hoffman v Red Owl Stores*⁶¹ julgado em 1965. O caso trata de um rompimento de negociações para abertura de uma franquia. Hoffman, o possível franqueador vendeu seus negócios, mudou-se de cidade e assumiu compromissos durante as negociações com Red Owl Stores, visando tornar-se um franqueado da loja. Todavia, a negociação colapsou quando Red Owl Stores exigiu um pagamento muito superior ao que havia sido previamente ajustado. Hoffman, então, recusou-se a pagar essa quantia maior.⁶² O tribunal condenou a Red Owl Stores ao

⁵⁷ BURROWS, Andrew. **A casebook on contract**. 5.ed. Oxford: Hart, 2016. p. 119.

⁵⁸ (1877) 2 App Cas 439, House of Lords.

⁵⁹ BURROWS, Andrew. **A casebook on contract**. 5.ed. Oxford: Hart, 2016. p. 120.

⁶⁰ MOURA VICENTE, Dário **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2001. p.287.

⁶¹ 133 NW 2d 267.

⁶² FARNSWORTH, E. Allan. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. **Columbia Law Review**. vol. 87, n.2, mar.1987, p. 217-294. p.236.

ressarcimento de Hoffman sob alegação de que a loja franqueadora não cumpriu sua promessa, promessa essa que induziu Hoffman a vários gastos e deslocamentos. Nota-se, portanto, que a ferramenta do *estoppel* tem uma maior amplitude nos EUA, diferentemente do que ocorre no direito inglês.

Pode-se notar, portanto, que no direito inglês a fase negocial é um momento de amplas possibilidades. As partes em negociação devem ser extremamente cuidadosas para não serem vitimadas por perdas econômicas, uma vez que o direito não se mostra receptivo a proteger as partes nessa situação. Se por um lado isso favorece a barganha, por outro deixa as partes em situação de vulnerabilidade. Todavia, como já exposto, procura-se evitar o paternalismo, isto é, parte-se do pressuposto que as partes são bem informadas e saberão conduzir as negociações de maneira a melhor se protegerem e conseguirem as melhores condições negociais.

O cenário dos negócios no direito inglês, portanto, possuiu elementos diversos daqueles encontrados no Brasil e na Alemanha. Não se pode afirmar, no entanto, que o trato comercial no direito inglês é inteiramente livre, sem nenhum tipo de proteção aos negociantes. Como visto, essa proteção restringe-se a um “mínimo” que visa muito mais evitar posturas contraditórias que beneficiem o causador da contradição do que propriamente respaldar a vítima. A proteção inglesa tem um caráter sancionatório ao causador e, como consequência, oferece proteção à vítima. Todavia, é importante ressaltar que essa proteção ocorre de maneira comedida, evidenciando que no direito inglês há menores chances de vinculações indesejadas entre as partes.

CAPÍTULO 4 – A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade pré-contratual não possui previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o que gera algum debate doutrinário e jurisprudencial. Nesse sentido, parte da doutrina entende que a aplicação da responsabilidade pré-contratual brasileira decorre de uma interpretação ampla de valores contidos no art. 422 do Código Civil¹, que se traduz na cláusula geral de boa-fé nos contratos. Seu teor prevê que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Ou seja, a violação dos deveres de boa-fé objetiva durante o período negocial abriria possibilidade para a busca de indenização pela parte lesada.

A grande crítica a este dispositivo legal é a falta de previsão expressa do período negocial, ou seja, da fase pré-contratual. Essa ausência dá fôlego a outra corrente doutrinária que contesta essa aplicação baseado no art. 422 do Código Civil e defende que a responsabilização de fatos ocorridos antes da conclusão do contrato decorre de ofensa aos artigos 186², 187³ e 927⁴ do Código Civil, ou seja, trata-se de um ilícito civil, não guardando relação com a legislação contratual, mas igualmente fundada na violação da boa-fé, esta entendida aqui num sentido amplo, que permeia todo o direito civil e que não se restringe apenas aos contratos.

A partir dessa divergência, neste capítulo serão abordadas questões pertinentes à compreensão e análise da responsabilização por eventos anteriores à formação do contrato: a) formação dos contratos e o momento da vinculação entre as partes; b) distinção entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual; c) consequências dessa distinção e seus efeitos; d) o posicionamento da doutrina e jurisprudência; e) a boa-fé como fundamento da responsabilização pré-contratual; f) comentários comparativos entre Brasil, Alemanha e Inglaterra.

Antes de prosseguir com a análise é importante esclarecer um ponto fundamental para que o estudo seja mais coerente. Trata-se dos contratos preliminares (nomenclatura dada pelo

¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

³ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Código Civil brasileiro), mas que comumente são chamados de pré-contratos. Esta última denominação pode trazer alguma confusão com a responsabilidade pré-contratual, mas é necessário frisar que estes institutos não se confundem e tampouco se relacionam. De acordo com Giovanni Gabrielli, o contrato preliminar representa um tipo contratual autônomo em que as partes se vinculam a fim de concluir um contrato futuro⁵, isto é, o objeto do contrato preliminar é o contrato definitivo, de modo a assegurar e preparar sua celebração futura.⁶

Essa modalidade é regrada do art. 462 ao art. 466 do Código Civil brasileiro, e a violação ou descumprimento do contrato preliminar (ou pré-contrato) não ocasiona responsabilidade pré-contratual, mas gera efeitos contratuais específicos relativos ao seu descumprimento ou violação. Sua utilidade pode ser notada no fato de as partes se vincularem formalmente, ainda que existam obstáculos ou impedimentos momentâneos à conclusão do contrato definitivo, sendo conveniente sua postergação.

Além disso, o contrato preliminar é passível de execução forçada em caso de descumprimento. Vale dizer que o juiz pode adjudicar ao credor o objeto da prestação sem ferir a vontade das partes.⁷ Essa modalidade assume grande importância em negociações complexas, uma vez que delimita formalmente os direitos e deveres já negociados entre as partes. Todavia, para os efeitos do presente estudo, o pré-contrato se assemelha a um contrato ordinário, não sendo objeto de análise. O estudo se concentrará, portanto, na negociação que ainda não foi formalizada em um instrumento juridicamente efetivo, no seu poder de vincular as partes e de gerar responsabilidade em caso de danos originados no momento pré-contratual.

4.1 A vinculação entre as partes

Conforme explica Silvio Rodrigues, durante as negociações não há qualquer laço convencional entre as partes, de modo que não se poderia imputar responsabilidade no caso de desistência de concluir o negócio.⁸ Essa ideia é corolário dos princípios da liberdade contratual da autonomia da vontade privada, que conferem aos negociantes as prerrogativas de se

⁵ GABRIELLI, Giovanni apud NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.680.

⁶ CORRÊA, Luiz Fabiano. Contratos preliminares ou pré-contratos. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo Mendes.. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 211-220.

⁷ Ibid. p. 211-220

⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**, v.3. São Paulo: Saraiva, 2004. p.69.

vincularem ou não, a depender de sua vontade em estabelecer relações validadas pela lei, sendo limitada por questões de ordem pública.⁹ É lógico pensar que ao se entrar em uma negociação as partes pretendem alcançar sintonia e harmonia em relação às suas demandas, culminando na formalização de um contrato. No evento de não se atingir consenso nos termos, a única opção será encerrar as negociações. Em uma primeira análise, imputar qualquer responsabilidade àquele que desistiu do negócio seria o equivalente a coagi-lo a entrar em um contrato que não é de sua vontade, e essa postura é rechaçada num sistema que valoriza a autonomia da vontade e, sobretudo, entende os contratos como uma ferramenta com finalidade econômica. Seria desarrazoado forçar a conclusão e execução de um contrato que não trará nenhuma vantagem econômica ou pessoal às partes. O contrário disso seria equivalente à coação, ao confisco. Ressalte-se que as partes são livres para entrar em um acordo que seja “ruim”, isto é, que não traga nenhuma vantagem mediata ou imediata aparente. O que se combate, que fique claro, é o reconhecimento de um vínculo sem amparo na vontade e no consenso das partes.

Essa regra da não vinculação durante as negociações é sedimentada no direito contratual brasileiro. Entretanto, há que se contemplar exceções. Imaginemos que durante as negociações a parte X toma posturas e faz exigências que levem a parte Y a acreditar que a conclusão do contrato é certa e, em decorrência disso Y incorre em gastos visando (e acreditando) na conversão das negociações em contrato. Caso X desfaça os acertos e abandone a negociação sem justa causa, é possível imaginar que Y tenha direito a ser ressarcida em decorrência da expectativa gerada. Sob pena de se incorrer nos problemas elencados no parágrafo anterior, é imprescindível perscrutar o contexto em que se deu o rompimento negocial e avaliar, com base na boa-fé objetiva, se o ressarcimento se justifica. Deve-se combater as atitudes anti-jurídicas como a especulação às custas de terceiros e falsas representações.

Outro caso que pode ensejar a aplicação da responsabilidade pré-contratual é a especulação, isto é, entrar em negociações para se beneficiar prejudicando a contraparte. Suponha-se que há uma livraria X na cidade. Há rumores que a livraria Z, de grande porte e com atuação nacional se mudará para a cidade e pretende se instalar na propriedade de Y, próximo à livraria X. Sabendo disso, o dono da livraria X faz uma proposta alta pelo imóvel de Y, e faz crer que haverá conclusão do negócio, de modo que Y encerra as negociações com Z. Neste momento, Z se instala em outro local da cidade, resultando na satisfação de X. Ato

⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**, v.4. São Paulo: Saraiva, 2003. p.15.

contínuo, X rompe as negociações com Y, haja vista que nunca teve intenção de se instalar em sua propriedade.¹⁰

O Direito deve proporcionar uma alternativa coesa para essas situações. Note-se que caso estejamos falando de um pré-contrato, não seria desarrazoado imaginar a intervenção judicial obrigando a parte a cumprir o que foi acordado no pacto. Todavia, é importante notar que existe a possibilidade de que uma das partes da negociação queira apenas especular às custas da outra parte, como visto acima. Nesse diapasão, a especulação deve ser combatida. Ademais, as negociações não podem ser frustradas injustificada e arbitrariamente, sobretudo porque muitas vezes uma das partes realiza despesas, abre mão de outras oportunidades negociais, alterar planos de atividade etc.¹¹ O capricho da parte que frustrou o negócio deve ser combatido de modo a, no mínimo, reparar os danos causados à outra parte.

Rodrigues prossegue em seu magistério afirmando que o comportamento frustrante deve ser censurável, de modo que, se não houver dolo, negligência ou imprudência, a atitude não apresenta nenhuma ofensa jurídica. Contudo, alerta que a responsabilização deve ser feita com cautela, a fim de não representar uma ameaça àqueles que querem contratar, tornando o contrato num instrumento de desarmonia em vez de incentivador das relações sociais.¹² O desafio, portanto, é entender quando e em que medida se deve punir a parte que frustra as negociações.

Das lições de Enzo Roppo sobre o tema extrai-se que a formação do contrato é resultado de um processo, um encadeamento coordenado de comportamentos em acordo com um modelo legal pré-fixado.¹³ Assim, a depender do ordenamento, a sequência de relações entre as partes pode ou não conferir vinculação. Clóvis do Couto e Silva é um expoente da ideia da obrigação como processo, no sentido de que é composta por fases ou etapas, iniciando-se nas negociações se estendendo além do seu adimplemento.¹⁴

Couto e Silva contribui, ainda, com valoroso estudo sobre a relação entre vontade das partes e seus efeitos no plano jurídico, culminando em interessante análise sobre o negócio jurídico. Ele explica que o Código Civil francês consolidou o contrato e a lei como fontes das

¹⁰ Exemplo retirado de CARTWRIGHT, John; HESSELINK, Martijn Willem (Orgs.). **Precontractual liability in European private law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 21.

¹¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**, v.3. 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.69.

¹² Ibid., p.70.

¹³ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p.85.

¹⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

obrigações.¹⁵ Elevou-se, assim, a vontade à condição paritária com a lei, de modo que a formação do vínculo obrigacional passou a ser entendida como a expressão máxima da autonomia da vontade privada, uma vez que se trata de momento em que as partes criam normas jurídicas para reger seus atos.¹⁶

Os fatos jurídicos foram classificados em derivados da incidência da norma e os derivados do negócio jurídico. Este último passou a ser objeto central de interesse do direito privado, uma vez que é o instrumento através do qual se exteriorizam as vontades dos agentes.¹⁷ Frise-se que, para se caracterizar como negócio jurídico, o modo como se exterioriza a vontade não é relevante, podendo assumir a forma de declaração ou fato concludente, desde que claramente exteriorizada.¹⁸ Portanto, o negócio jurídico carrega em seu núcleo a vontade das partes, concedendo ampla liberdade para pactuarem os termos e condições a que se obrigarão.

Nos atos em sentido estrito, aplicáveis à nulidade, anulabilidade, capacidade e vícios da vontade, os efeitos derivam da lei, isto é, são por ela determinados. Por outro lado, os atos-fatos são atividades que produzem um resultado fático ao qual a lei prevê efeitos jurídicos.¹⁹

O contato social é um exemplo de ato-fato, vez que justifica a gênese de direitos e obrigações quando ainda não se concluiu um contrato propriamente dito, ou seja, agasalha a hipótese da responsabilidade pré-contratual.

Na Alemanha, conforme analisado, confere-se proteção jurídica às partes no momento negocial, de modo a ser um período que já admite a imputação de direitos e deveres, mormente os deveres de consideração.

Na Inglaterra, por outro lado, em nome da liberdade contratual e da autonomia das partes, não se impõem quaisquer deveres, de modo que as partes gozam de maior liberdade durante as negociações.²⁰ Importante dizer que esta fase não se trata de uma lacuna, em que tudo é permitido. Ao contrário, o direito inglês combate determinadas atitudes, mas esse combate é analisado individualmente, não se extraindo um dever geral de conduta na fase negocial.

¹⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006., p.72.

¹⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.116.

¹⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.73.

¹⁸ Ibid., p.72-73.

¹⁹ Ibid., p.75.

²⁰ Conforme se verifica no célebre caso *Walford v Miles* citado alhures.

No Brasil, consonante autorizada doutrina de Orlando Gomes, o contrato torna-se acabado, isto é, as partes se vinculam juridicamente, quando há coincidência entre a oferta e a aceitação.²¹

Nelson Nery e Rosa Nery explicam que há uma fase eventual, que pode ou não ocorrer, compreendendo três etapas: a) o contato preliminar, em que são expostas as intenções de se contratar; b) a tratativa, que compreende negociações ao redor do objeto a ser contratado; c) a minuta contratual, que documenta a tratativa.²² Contudo, a doutrina clássica não entende essa fase como constituidora de negócios jurídicos, restringindo os efeitos jurídicos de atos decorrentes dessa fase.²³

Regis Fichtner Pereira, em profunda análise do tema, explica que na fase das tratativas as partes trocam informações fundamentais, que influirão na deliberação sobre a conclusão do contrato. Nesse período, portanto “cada parte irá efetivar a representação da realidade que envolve o negócio jurídico projetado. Parte dessa realidade será construída com material fornecido pelo outro contraente”.²⁴

Diante da importância dessa fase para o futuro do negócio, o autor defende que “se possa responsabilizar as partes por fatos ocorridos durante a fase das negociações contratuais”, de modo que seja atribuído vínculo jurídico às partes nessa fase.²⁵

Antonio Junqueira de Azevedo racionaliza uma solução, aplicando o dever de boa-fé objetiva e seus deveres anexos ao momento negocial. Isto é, lealdade – consistente em duas vertentes, quais sejam, manter o sigilo de informações obtidas durante as discussões do negócio e o não romper injustificadamente as negociações; colaboração – que se divide no dever de informar corretamente a contraparte, omitindo informações que falseiem a percepção, e no dever de proteção, que visa dar guarida contra a ruptura abusiva das negociações.²⁶ Note-se que o referido autor utilizou a expressão “ruptura abusiva das negociações”, preservando o princípio da autonomia privada, deixando livres as partes para não se vincularem a um negócio que não

²¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.67.

²² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil**: Comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.661.

²³ GOMES, Orlando. Op.cit., p.68.

²⁴ PEREIRA, Regis Fichtner. **A Responsabilidade Civil Pré-Contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001., p.47.

²⁵ Ibid., p.52.

²⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, p.23-31, abr. 1996.

seja interessante, mas que façam isso de maneira proba, e não abusando das expectativas da outra parte.

Em resumo, a doutrina clássica brasileira não dispensa grandes teorizações sobre o momento negocial, razão esta que desemboca na falta de sistematização do assunto, levando a incertezas e inseguranças aos negociadores, vez que não há entendimento uniformizado que abalize o momento pré-contratual.

Talvez a única uniformidade que se encontra sobre a responsabilidade pré-contratual na doutrina e jurisprudência brasileira é o seu fundamento na boa-fé objetiva. Contudo, essa harmonia se restringe apenas a uma análise superficial, pois, como se verá a seguir, apesar de ter fundamento na boa-fé há quem justifique sua origem ser contratual enquanto outros advogam pelo caráter de princípio geral de direito da boa-fé objetiva.

4.2 Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual

É importante que se debata acerca da divergência tanto doutrinária quanto jurisprudencial acerca da natureza jurídica da responsabilidade gerada na fase pré-contratual. A falta de clareza da legislação, que não menciona a questão negocial ou pré-contratual de forma expressa, abre margem para este tipo de dúvida. Dessa maneira, a dificuldade em situar sua natureza jurídica culmina em acirrada discussão, fomentando o debate jurídico. De um lado há os defensores da modalidade de responsabilidade contratual, também chamada de obrigacional. De outro lado, estão aqueles que advogam a favor de uma modalidade de responsabilidade extracontratual – também chamada de aquiliana.

A dúvida gera interesse pois parte da doutrina argumenta que a fase negocial ainda não gerou nenhum vínculo obrigacional entre as partes, embasando a tese de que se trata de responsabilidade extracontratual. De maneira contrária, há quem entenda que já nas negociações são estabelecidos vínculos de natureza obrigacional e sua violação se reflete em consequências contratuais, mesmo que não haja um contrato materializado. Esse é o caso de Pontes de Miranda, para quem o contrato conclui-se quando há consenso nos pontos essenciais, ou seja, uma vez acordados os termos, não há necessidade da formalização da negociação em contrato para se dizer que houve vinculação entre as partes.²⁷ Por sua vez, Maria Helena Diniz entende que a fase negocial que antecede o contrato não se enquadra na responsabilidade civil

²⁷ PONTES DE MIRANDA, Frederico Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. vol. 38. Campinas: Bookseller, 2005, p. 55.

contratual pois os debates negociais não vinculam as partes.²⁸ Como se vê, não é pacífica a conceituação dos momentos negociais e os efeitos decorrentes, requerendo maior análise.

Das lições de Silvio Rodrigues observa-se que há, na doutrina civilista, uma corrente que entende as duas responsabilidades (contratual e extracontratual) pertencentes à mesma natureza, não havendo sentido discipliná-las separadamente. Inicialmente, o referido autor concorda com essa ideia 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. 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 um contrato.²⁹

Dessa forma, a doutrina aplica uma classificação dupla para a responsabilidade: a responsabilidade civil (também chamada de aquiliana, extracontratual ou delitual); e a responsabilidade contratual (também chamada negocial ou obrigacional). Cada uma tem suas peculiaridades, pressupostos e efeitos jurídicos diversos.

O Código Civil de 2002 adotou a distinção entre os dois tipos de responsabilidade, regramdo a responsabilidade extracontratual nos artigos 186³⁰, 187³¹ e 927³², e a responsabilidade contratual no art. 389³³, consagrando o entendimento de que há, sim, diferentes requisitos e efeitos entre esses tipos de responsabilidade. Diante dessa divisão, cabe a pergunta: qual a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual? Em qual das modalidades se encaixa o descumprimento ou frustração das negociações? Como dito alhures, nesse momento da relação ainda não houve vinculação formal, materializada na forma de um contrato, afastando a ideia de que se trata de responsabilidade contratual. No entanto, é importante notar que as partes da negociação já não são mais estranhas entre si, havendo uma inegável relação entre elas que pode ter gerado expectativas e gastos, culminando em certa

²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.3. 25.ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p.41.

²⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**, v.4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.10.

³⁰ Ver nota 2.

³¹ Ver nota 3.

³² Ver nota 4.

³³ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

confiança recíproca, ainda que sem a existência de um contrato, pondo em xeque a ideia de responsabilidade extracontratual.

Diante desse impasse surgiu uma alternativa para enquadrar a responsabilidade pré-contratual, qual seja, a teoria da confiança. Para Carneiro da Frada, essa opção representa uma “terceira via” da responsabilidade, preenchendo as necessidades da responsabilidade pré-contratual. Essa nova modalidade se desvincula das soluções obrigacionais e delituais, todavia se aproveita de alguns de seus elementos.³⁴ Seu traço característico é a imputação da responsabilidade àquele que origina a confiança para, em seguida, frustrá-la.³⁵ Apesar de enfrentar resistência, a modalidade é defendida na Itália por Rodolfo Sacco e na Alemanha por Claus-Wilhelm Canaris, para quem, citado por Nelson Nery e Rosa Nery, a responsabilidade pré-contratual se caracteriza como figura intermediária entre o contrato e o ato ilícito extracontratual.³⁶ No Brasil é possível notar o apoio de Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald, que acreditam que a responsabilidade pré-contratual não possa ser categorizada na dicotomia clássica contratual/extracontratual.

Orlando Gomes, no entanto, ensina que não é aceita a ideia de uma responsabilidade autônoma para as questões surgidas no momento pré-contratual, devendo ela se inserir ou na responsabilidade contratual ou na extracontratual.³⁷

Trilhando a ideia de Orlando Gomes a doutrina brasileira se posiciona majoritariamente pelo reconhecimento da responsabilidade extracontratual como o regramento mais coerente do momento pré-contratual. Neste sentido, o próprio Orlando Gomes elege a responsabilidade extracontratual como fundamento coerente para regular os efeitos das negociações frustradas.³⁸ Ele esclarece em seu magistério 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.³⁹ Também acompanham esse posicionamento Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz e Cristiano Zanetti. Todavia, há divergência entre eles acerca dos fundamentos escolhidos para embasar seu apoio à natureza extracontratual do momento negocial.

³⁴ CUNHA, Daniela Moura Ferreira. **Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Coimbra: Almedina, 2006. p.59.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p.71.

³⁶ CANARIS apud NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil**: Comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.643.

³⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.179.

³⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.73.

³⁹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.180.

Caio Mário da Silva Pereira alerta para a discussão acirrada que existe na doutrina acerca da natureza da responsabilidade derivada da *culpa in contrahendo*.⁴⁰ 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 a um contrato.

Silvio Rodrigues, em igual sentido, esclarece não haver lei que condene o rompimento das negociações, devendo-se aplicar as regras do ilícito extracontratual, exigindo, tão somente, reparação de prejuízos experimentados.⁴¹

Paulo Lôbo explica que na relação contratual regida pelo Código Civil, a tendência é aplicar a responsabilidade extracontratual aos danos gerados nas negociações, abalizada pelas regras gerais de responsabilidade por danos.⁴²

Já os partidários da natureza contratual compõem minoria, de modo que esta ideia é melhor aceita na doutrina estrangeira, sendo Von Jhering um dos seus eminentes defensores. No Brasil a ideia contratual é respaldada por Clóvis Couto e Silva e Antonio Junqueira de Azevedo. Couto e Silva explica que “para que se possam submeter relações danosas que não decorrem de um ilícito absoluto ao império da reparação, é preciso dar-se extensão ao conceito de dano”.⁴³ Assim, prossegue o autor, os direitos que nascem do “contato social” assemelham-se aos direitos derivados de um contrato, mas que tem seu suporte fático no âmbito delitual.⁴⁴ Reconhece, então, a existência do fato na esfera extracontratual, mas ao mesmo tempo entende que se assemelham a direitos contratuais e, por isso, merecem tutela contratual.

No entanto, cabe aqui, com o devido respeito, ressaltar afirmações de Zanetti que afirmam ser o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo partidário da natureza extracontratual.⁴⁵

Em nossa leitura foi possível notar as inquietações de Junqueira de Azevedo a respeito do tema. Em artigo datado de 1992 ele se assume partidário da solução extracontratual para a ruptura no momento pré-contratual. Frise-se que esta passagem foi escrita sob a vigência do Código Civil de 1916:

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.314.

⁴¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**, v.3. 30.ed. São Paulo:Saraiva, 2004, p.70.

⁴² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.86.

⁴³ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.77.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p.79.

No direito brasileiro, as negociações preliminares não se confundem, de forma alguma, com o pré-contrato. Aquelas, como já dito, são tratadas sob a ótica da chamada responsabilidade extracontratual do art. 159, do Código Civil, enquanto o pré-contrato e contrato; cria vínculo jurídico - obrigação - entre as partes, antes mesmo de qualquer inadimplemento.⁴⁶

Neste mesmo artigo de 1992 é possível notar o desconforto do autor pela solução escolhida. Isso é perceptível ao se notar suas proposições para lidar com a lacuna das relações pré-contratuais. Ele pondera que tanto a responsabilidade aquiliana quanto a obrigacional padecem de limites que interferem na proteção dos negociadores, por isso propõe uma “terceira responsabilidade relativa à distribuição equitativa dos prejuízos”.⁴⁷

Em escrito de 1996 o mesmo autor ainda reconhece a natureza extracontratual da responsabilidade pré-contratual, mas defende a aplicação dos efeitos contratuais. Seu posicionamento temperado reforça a ideia de seu desconforto com a solução extracontratual. Em suas palavras:

A responsabilidade pré-contratual, resultante de prejuízos causados na primeira fase do processo contratual – fase pré-contratual –, embora resulte de ato ilícito, provem de descumprimento de dever específico imposto pela norma da boa-fé; por isso, obedece às regras da responsabilidade contratual, antes que da responsabilidade extracontratual.⁴⁸

Do excerto é possível notar que, para ele, a responsabilidade deriva de uma norma de boa-fé (frise-se que à época do artigo o Código Civil de 1916 não consagrava expressamente este princípio, de modo que Junqueira de Azevedo se pautou no direito comparado, no Código de Defesa do Consumidor e no art. 4º da atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).⁴⁹

Já à época do Código Civil de 2002, Junqueira de Azevedo foi um feroz promotor da inclusão expressa do dever de boa-fé na fase negocial. Isto porque o art. 422, que inseriu a boa-fé objetiva como cláusula geral do direito contratual brasileiro, expressou sua obrigatoriedade

⁴⁶ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. Vol. 87. São Paulo, 1992, p.87.

⁴⁷ Ibid., p.89.

⁴⁸ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, p.23-31, abr. 1996. passim.

⁴⁹ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, p.23-31, abr. 1996. passim.

apenas em relação à conclusão e à execução do contrato. A luta de Azevedo poder ser verificada em suas várias investidas no sentido de ampliar a interpretação do art. 422, de modo a inserir a fase negocial sob sua guarda e aplicação. Vide, por exemplo os Enunciados aprovados pelo Conselho da Justiça Federal, que contestavam a redação do art. 422 e tomam postura ativa pela sua reinterpretação. É de se notar, sobretudo, a participação de Antonio Junqueira de Azevedo como um dos coordenadores das comissões de trabalhos que aprovaram os 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.

Em nosso entendimento, portanto, Junqueira de Azevedo reconhecia elementos de natureza delitual na fase pré-contratual, isto é, na ruptura injustificada das negociações, mas, por força da boa-fé objetiva, defendia a aplicação das soluções e efeitos contratuais. Tanto é assim que muito lutou para que fosse alterada a redação do art. 422.

O jurista português Dario Moura Vicente, por sua vez, ao analisar o “maniqueísmo” da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, estabelece que o que se extrai de importante do debate é a adequação das soluções às necessidades da vida. Desse modo, esclarece que “o julgador não se encontra vinculado a aplicar exclusivamente as regras de qualquer das vertentes da responsabilidade civil. Há, pelo contrário, que ponderar em cada caso qual o regime aplicável”.⁵⁰ Deve-se, portanto, levar em conta a conveniência da distinção “em função da natureza dos atos geradores da responsabilidade pré-contratual”.⁵¹

4.3 A violação da boa-fé como fundamento da responsabilização pré-contratual

A maioria dos civilistas justificam a responsabilidade pré-contratual com base no art. 422 do Código Civil, a despeito de o texto da lei não mencionar o período negocial. Nelson e

⁵⁰ MOURA VICENTE, Dário. **Da responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado**. Coimbra: Almedina, 2001, p.273.

⁵¹ MOURA VICENTE, Dario. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002. **Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal**, vol. 8, n. 25, p. 34-41, abr./jun., 2004.

Rosa Nery, Orlando Gomes e Antônio Junqueira de Azevedo são exemplos de autores que defendem essa aplicação respaldada no art. 422 do Código Civil.

Nelson Nery Junior e Rosa Nery explicam que a boa-fé deve ser aplicada na fase pré-contratual, isto é, desde o contato social, passando pelas tratativas até a conclusão do contrato, uma vez que o art. 422 é uma cláusula geral de boa-fé.⁵² Para eles, a boa-fé objetiva brasileira deriva do §242 do BGB (Código Civil Alemão), e a legislação alemã também não menciona o período negocial, mas na Alemanha esse fato não impediu a doutrina e a jurisprudência de aplicarem o princípio da boa-fé na fase pré-contratual.⁵³ Assim, não há óbice em se aplicar o regramento contratual para questões pré-contratuais.

Dentro dos defensores do art. 422 há, ainda, uma outra cisma, decorrente da divergência acerca da natureza jurídica do momento negocial, isto é, qual regramento deve ser aplicado. Ou seja, há consonância que a boa-fé objetiva contratual se aplica aos atos pré-contratuais, mas não há concordância se se deve aplicar os efeitos contratuais ou extracontratuais. Tal debate será mais bem analisado nos próximos subcapítulos.

Por outra perspectiva, há aqueles juristas que defendem a boa-fé como um princípio não adstrito à seara contratual, mas sim a todos os atos jurídicos. A razão disso seria decorrência do art. 187 do Código Civil, configurando o abuso de direito.⁵⁴ Dessa maneira, não se entraria na discussão sobre a natureza jurídica das negociações, aplicando-se as regras atinentes à responsabilidade extracontratual.

A violação do princípio da boa-fé pode embasar tanto a responsabilidade aquiliana quanto a responsabilidade obrigacional no direito brasileiro. Todavia, é de se observar que soa paradoxal a questão de se proteger as negociações com respaldo do art. 422 do Código Civil e, ao mesmo tempo, defender a aplicação dos efeitos da responsabilidade extracontratual nessa modalidade jurídica. Isso porque o referido artigo é o suporte jurídico para as relações contratuais, dessa forma, o pensamento lógico seria que a aplicação decorrente se valeria do regramento contratual.

Seja como for, as lições de Clóvis do Couto e Silva a respeito da boa-fé são sumamente importantes para sua correta aplicação e entendimento. Em seu “A obrigação como processo” o autor esclarece que deve-se aplicar a boa-fé com cautela sob pena de subverter a dogmática e

⁵² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil: Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.640.

⁵³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op.cit., p.640.

⁵⁴ Cf. ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

enfraquecer as relações jurídicas⁵⁵, isto quer dizer que o uso desmedido e irracional do princípio da boa-fé poderia trazer mais consequências negativas que positivas. Chama a atenção para o fato de a boa-fé ser um conceito dinâmico, o que dificulta a verificação de todos os seus efeitos, mas impõe restrições à autonomia da vontade. Além disso, a significação da boa-fé não se deduz, sendo necessária a aplicação indutiva, isto é, analisando-se o caso concreto, em todas as suas variáveis, é que se pode aferir a sua conformidade ou desconformidade com o princípio da boa-fé.⁵⁶ Essa característica, típica das cláusulas gerais, também foi notada por Véra Fradera, para quem esse tipo de cláusula aproxima o sistema *civil law* do sistema *common law*.⁵⁷ Cabe lembrar, no entanto, que, dos países de *common law*, a Inglaterra não reconhece o princípio da boa-fé.

Seguindo em sua análise, Couto e Silva examina os limites da boa-fé, de modo a não sobrepor-la à autonomia das partes. A boa-fé tem função de conciliar o sistema jurídico lógico-formal com as exigências éticas, sendo o julgador uma figura de grande relevo na sua aplicação e efetivação. Ao juiz cabe aplicar essa regra ética – representada pelo princípio da boa-fé – demandando muito mais do que a mera subsunção mecânica, envolvendo interpretação e respeito ao acordo e à vontade das partes.

É, dessa forma, um critério de avaliação do caso concreto e não uma solução pronta à disposição do julgador. No entanto, não se deve imaginar que se trata de uma ferramenta que permitiria o arbítrio, vez que se estaria limitado pelos demais princípios jurídicos.⁵⁸ Nesse sentido, Martins-Costa revela que “a voz do juiz não é, todavia, arbitrária, mas vinculada”⁵⁹, haja vista que o intérprete é limitado por outras previsões normativas integrantes do sistema ou pelo ambiente social em que o julgador atua.⁶⁰

4.3.1 A boa-fé como cláusula geral

O direito é uma ciência em constante transformação. Sua fonte mais evidente é a lei. Entretanto, a lei não consegue abranger todos os contextos e toda a efemeridade dos fatos,

⁵⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.37.

⁵⁶ Ibid., p.38.

⁵⁷ FRADERA, Véra apud NEVES, Karina Penna. **Deveres de consideração nas fases externas do contrato: responsabilidade pré e pós-contratual**. Coimbra: Almedina, 2015, p.68.

⁵⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. Op. cit., p.42.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Doutrina Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol. 1, p.195-228. São Paulo, 2011, passim.

⁶⁰ Ibid.

sobretudo na sociedade contemporânea, em que a velocidade da transformação é ainda mais pronunciada. Dessa forma, a solução para enfrentar esse tema no universo jurídico foi lançar mão de cláusulas gerais que auxiliam na interpretação das leis, imprimindo coesão entre a dinamicidade do fato social e a legislação estática.

Nesse sentido, as cláusulas gerais atuam como mecanismos de flexibilização legislativa. São elementos móveis e moldáveis dentro de uma estrutura rígida. Importante notar que as cláusulas gerais no ordenamento funcionam como articulações, alterando a direção e o sentido para onde o sistema caminha. Couto e Silva ao citar Esser afirma que os princípios que entram no corpo do direito através das cláusulas gerais têm poder de transformar a jurisprudência.⁶¹

Pelas lições de Nelson Nery e Rosa Nery, as cláusulas gerais são fontes de direitos e obrigações, havendo intensa interação entre as cláusulas gerais, princípios gerais do direito e conceitos jurídicos indeterminados e determinados pela função, requerendo do juiz a extração da teleologia das normas.⁶²

As cláusulas gerais são formulações genéricas e abstratas que, além de serem preenchidas de significado pelo juiz, atuam, também como baliza na aplicação da lei; ao mesmo tempo que vinculam o julgador, concedem certa liberdade para sua atuação.⁶³ Outra característica dual diz respeito à função individualizadora – pois leva em conta peculiaridades do caso – e à função generalizadora – que permite a construção e o desenvolvimento de institutos que preenchem vácuos legislativos.⁶⁴

A aplicação do princípio da boa-fé objetiva pressupõe a regra de “agir com retidão, nos padrões do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. A boa-fé é, essencialmente, fidelidade e empenho de cooperação”.⁶⁵

A grande vantagem das cláusulas gerais encontra-se na mobilidade que confere ao corpo legislativo, “prolongando a aplicabilidade dos institutos jurídicos, amoldando-os às necessidades da vida social, econômica e jurídica”.⁶⁶ Por outro lado, elas geram determinado grau de incerteza por conferir discricionariedade ao juiz, isto é, ao julgador cabe criar

⁶¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.69.

⁶² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código Civil comentado**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.232.

⁶³ Ibid., p.233.

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Doutrina Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol. 1, p.195-228. São Paulo, 2011, passim.

⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit., p.640.

⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. Op. cit., p.234.

consequências não previstas na lei, o que pode ocasionar arbitrariedades. E esse é o ponto de maior receio para sua aplicação no direito inglês.

Judith Martins-Costa levanta questão acerca da função de referência que as cláusulas gerais exercem. Ela explica que as variadas fundamentações judiciais acerca de um tema não abarcado por cláusula geral resultará em dificuldades na pesquisa de precedentes e na formação de jurisprudência. Isso se justifica pois beiraria o impossível “visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente”, demandando do julgador a consulta a toda a matéria que embasou os julgados precedentes.⁶⁷ Tal perspectiva não é plausível e tampouco desejável. Some-se a isso a dificuldade de sistematizar as soluções inovadoras, concebidas pelas decisões judiciais. As cláusulas gerais atuariam, portanto, como um catálogo de precedentes.⁶⁸ A fim de elucidar o seu pensamento, interessante notar a situação que descreve, *in verbis*:

Figure-se, por exemplo, num sistema no qual inexistia cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os magistrados decidam ter havido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada pelo juiz "A" numa referência à equidade; pelo juiz "B", ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o decisorio, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpressão legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual.⁶⁹

Apesar de coerente e lógico, o pensamento da autora não descreve com acuidade o que se verifica atualmente no campo da responsabilidade pré-contratual. Os problemas que ela reputa serem originários da falta de uma cláusula geral - dificuldade em sistematizar soluções e dificuldade em fundamentar uniformemente as decisões – ocorrem na matéria pré-contratual, a despeito da existência da cláusula geral de boa-fé no Brasil.

Em análise de julgados do TJ-SP e do STJ é possível analisar divergência, sobretudo, quanto à natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. A partir disso, os efeitos também divergirão sobremaneira. Não se pode negar, no entanto, que há um processo de uniformização do assunto. Mas essa uniformização brasileira, ao contrário do que aponta a respeitada autora, é fruto de atuação dos tribunais superiores – notadamente o STJ – e não decorrente da ideia de

⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Doutrina Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol. 1, p.195-228. São Paulo, 2011, passim.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

cláusula geral de boa-fé, haja vista que há divergência, inclusive sobre a sua aplicação acerca da responsabilidade pré-contratual.

Martins-Costa, respaldada nas lições de Couto e Silva, segue em suas observações acerca das cláusulas gerais identificando a função de integração intra-sistemática, isto é, permite que dispositivos do Código Civil sejam aplicados fora de seu *locus* original, conferindo “mobilidade interna” e assegurando a fluência de princípios e conceitos.⁷⁰ Neste caso há que se reconhecer acertada a sua análise, especialmente com relação à responsabilidade pré-contratual. A partir dessa ideia é possível melhor compreender o diálogo acerca do fundamento da responsabilidade pré-contratual: se derivada de um ilícito (objetivo ou subjetivo – elencados nos artigos 186 e 187 do Código Civil) ou se de uma violação à boa-fé contratual (art. 422 do Código Civil). Atualmente, percebe-se movimento doutrinário e jurisprudencial tendente a eleger a boa-fé contratual como o núcleo da responsabilidade pré-contratual, mas confere efeitos extracontratuais.

De qualquer maneira, fato é que o Código Civil de 2002 plasmou o princípio da boa-fé objetiva na cláusula geral exposta no art. 422 e impôs deveres de consideração às partes de um contrato, deveres esses que a interpretação mais atualizada também estende à fase negocial.

4.3.2 A boa-fé contratual

Para Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva contratual exerce três importantes funções: a) determina o comportamento devido; b) limita, sistematiza e especifica o exercício de direitos subjetivos; c) é fonte autônoma de direitos e obrigações.⁷¹ Karina Nunes Fritz destaca ainda outras funções, como: a) a imposição de direito e deveres às partes, impondo uma norma de conduta; b) sua utilização como princípio interpretativo – das regras pactuadas – e integrativo – fazendo criar novas expectativas de conduta; c) sua atuação como limite ao exercício de direitos, notadamente a liberdade contratual e a autonomia da vontade privada.⁷² Dentro desse contexto, surgem, mesmo sem previsão legislativa ou contratual, os deveres anexos à boa-fé, cujo espectro é amplo e de escopo é variado, isto é, além de abranger as fases

⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Doutrina Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol. 1, p.195-228. São Paulo, 2011, passim.

⁷¹ Ibid.

⁷² FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. **Revista de Direito Privado**. vol. 29. jan./mar. 2007. p. 201-237. p.209.

previstas em lei – conclusão e execução do contrato – também se estendem às fases pré e pós-contratual – que não possuem previsão expressa na lei civil brasileira.

Essa postura transmite a ideia de que os deveres anexos atuam como suporte necessário, auxiliando a relação contratual de maneira holística, isto é, bem protegendo e informando corretamente as partes, de modo a ter não apenas a conclusão e execução bem-sucedidas, mas, também, um ambiente harmonioso, com confiança e honestidade entre as partes.

Os deveres anexos se diferenciam dos deveres secundários, pois aqueles não se orientam diretamente ao cumprimento da prestação, mas estão, sim, atrelados à “satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional”.⁷³ Fritz explica que os deveres anexos ou de consideração não se restringem a uma determinada espécie contratual, passível de surgir em quaisquer tipos de relação obrigacional.⁷⁴ Além disso, o catálogo de deveres recíprocos, entre credor e devedor, prevê, dentre outras, as condutas “de consideração com o *alter*, de proteção, cuidado, previdência e segurança com a pessoa e os bens da contraparte; de colaboração para o correto adimplemento do contrato; de informação, aviso e aconselhamento”.⁷⁵

Menezes Cordeiro elenca quatro tratamentos típicos, inadmissíveis sob a ótica da boa-fé objetiva: a) *exceptio doli*⁷⁶ – trata-se de situação em que a pessoa vinculada a um dever pode, dentro da legalidade, se recusar a efetivar esse dever alegando dolo alheio. Vale dizer, é o poder de repelir uma pretensão do autor por conta de ele ter incorrido em dolo; b) *venire contra factum proprium*⁷⁷ – exercício de uma atuação jurídica em dissonância com um comportamento assumido anteriormente, ou seja, agir de maneira contraditória; c) *supressio e surrectio*⁷⁸ – a primeira diz respeito à vedação de se exercer um direito que não foi exercido por um determinado lapso de tempo, já a segunda trata de um comportamento que se desenvolve dentro de um lapso temporal sem ter sido pactuado; d) *tu quoque*⁷⁹ – corresponde uma regra através da

⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Doutrina Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol. 1, p.195-228. São Paulo, 2011, passim.

⁷⁴ FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 202.

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., passim.

⁷⁶ MENEZES CORDEIRO, António. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 720.

⁷⁷ Ibid., p.742.

⁷⁸ Ibid., p. 797.

⁷⁹ Ibid., p. 835.

qual aquele que viola uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer situação jurídica que a mesma norma lhe atribuiu.

O Código Civil de 1916 não prestigiava a boa-fé objetiva contratual, de modo que, quando se verificavam situações que hoje podem ser enquadradas no regramento da boa-fé, era necessário buscar auxílio em outras figuras como o dolo e a culpa. Estas figuras, além de serem insuficientes, requisitavam a violação de uma boa-fé subjetiva, enveredando para a difícil perquirição sobre o estado psicológico das partes. Dessa forma, o sistema civilista que vigeu até o Código Civil de 2002 não dava a segurança necessária ao tráfego social, sobretudo contratual.⁸⁰

Quanto à questão de a responsabilidade pré-contratual ser oriunda de violações ao princípio da boa-fé objetiva, elaboramos duas argumentações: A primeira deriva das ideias de Martins-Costa, expostas alhures. Através dela entendemos que a responsabilidade pré-contratual se atrela à concepção de violação de deveres anexos à boa-fé para se configurar. Desta feita, qualquer transgressão ao catálogo de deveres auxiliares da obrigação principal, em momento anterior à formalização do contrato, é passível de responsabilização pré-contratual.

Por outro lado, a segunda argumentação, respaldada em Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, encontra justificações diversas, como: a) a incidência da doutrina da responsabilidade pré-contratual independe de culpa – excluindo a aplicação da responsabilidade subjetiva insculpida no art. 186 do Código Civil, remetendo para a aplicação do art. 422 do Código Civil; b) fazendo-se analogia à previsão alemã acerca da boa-fé contratual (BGB §242), que também não engloba expressamente a fase pré-contratual, mas nem por isso a doutrina e a jurisprudência deixaram de incluir essa circunstância em seu âmbito de aplicação.⁸¹ É importante observar que após a “Modernização do Direito das Obrigações” em 2001 o Código Civil alemão passou a referenciar o momento pré-contratual no BGB §311 (2). O mérito do argumento, contudo, ainda se mantém, pois a ausência da figura pré-contratual na legislação alemã não impediu seu desenvolvimento pela doutrina e jurisprudência.

É imperioso esclarecer que ao se tratar da boa-fé elegemos seu perfil objetivo, isto é, um dever de agir corretamente, correspondendo à confiança e às expectativas geradas entre as partes.⁸² Além disso, o princípio da boa-fé contratual, insculpido no art. 422 do Código Civil,

⁸⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. Vol. 87. São Paulo, 1992, p.79.

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.640.

⁸² MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao código civil: Dos contratos em geral** (Arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2013, p.54.

serve como ferramenta abalizadora da interpretação do juiz, de modo que será analisada a situação concreta para se extrair o sentido de boa-fé. Trata-se de uma cláusula geral de caráter aberto e não estático, que concede flexibilidade ao julgador ao interpretar o caso concreto. A despeito de se tratar de um conceito jurídico indeterminado, sua aplicação deve seguir alguns ditames (como se verá a seguir – deveres anexos), a fim de não se transformar em mero instrumento arbitrário dos julgadores.

Antonio Junqueira de Azevedo, por exemplo, desfere severas críticas à redação atual do art. 422 do Código Civil de 2002. Nas palavras do respeitado 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 negligenciar 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.⁸³ Entende-se, portanto, que o referido autor adere à responsabilização contratual dos atos negociais, derivado da interpretação do art. 422 do Código Civil.

Na mesma toada, Custodio Miranda critica o uso da palavra “conclusão” no art. 422 do Código Civil, preferindo a expressão “formação dos contratos”. Explica que o termo escolhido pelo legislador transmite a ideia da parte final do contrato, desconsiderando os momentos de tratativas, propostas e contrapropostas, que são essenciais para a celebração do contrato.⁸⁴ Entendida dessa maneira, a boa-fé deve estar presente na fase preliminar do contrato, isto é, nas negociações, resguardando as expectativas legitimamente geradas nas partes.⁸⁵ Para ele a interpretação do julgador deve ser extensiva, alçando o período de formação do contrato à guarida jurídica da boa-fé.⁸⁶ Todavia, na opinião do autor, o momento pré-contratual não se

⁸³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.615-624.

⁸⁴ MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao código civil: Dos contratos em geral** (Arts. 421 a 480). São Paulo: Saraiva, 2013, p.54.

⁸⁵ Ibid., p.61.

⁸⁶ Ibid., p.60.

confunde com simples contatos negociais, isto é, momentos de sondagens e pesquisas sobre o objeto a ser contratado. Para ele o dever de boa-fé pré-contratual se inicia quando for emitida uma proposta contratual que suscite confiança e expectativa na outra parte.⁸⁷ Comentando o art. 422 do Código Civil, Araken de Assis é partidário da aplicação da boa-fé objetiva na responsabilização pré-contratual, isto é, prescinde de um contrato.⁸⁸

Cabe aqui frisar a diferença entre a responsabilidade pré-contratual e a responsabilidade pela quebra da confiança. Ambas as figuras possuem o mesmo fundamento, qual seja, a frustração de uma expectativa de maneira arbitrária. Todavia, na quebra da confiança, uma das partes não almeja a conclusão de um contrato como objetivo final. Por outro lado, a responsabilidade pré-contratual se funda na expectativa de celebração futura de contrato.⁸⁹

Visando corrigir as falhas apontadas por Junqueira de Azevedo, 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. (Grifo nosso)

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 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.

⁸⁷ Ibid., pp.63-64.

⁸⁸ ASSIS, Araken de. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Org.). **Comentários ao Código civil Brasileiro: Do Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.91.

⁸⁹ STJ. REsp 1.309.972- SP. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF. Julgado em 27 de abril de 2017, publicado em 08 de junho de 2017.

Defendem que se trata de uma norma de textura aberta, induzindo os julgadores ao seu preenchimento.⁹⁰

Há que se notar, porém, que, a despeito de não haver previsão legislativa 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 e uniformizando uma conduta diante do caso concreto. Nesse sentido, o art. 422 foi objeto de discussão em vários encontros, sendo editados os enunciados já mencionados:

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, manifestando a sua desaprovação pela redação do art. 422 do Código Civil e configurando uma postura ativa em sua reinterpretação.

Cristiano Zanetti, 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 outros instrumentos que permitem determinar a responsabilidade pelos danos causados pelos problemas advindos da relação pré-contratual.⁹¹

Zanetti, no entanto, pautado em uma rigorosa análise lógica e sistemática da codificação civil, entende que a extensão da cláusula geral de boa-fé ao período das negociações não decorre do art. 422 do Código Civil, uma vez que este artigo da lei trata da boa-fé contratual. Para tanto, argumenta que, se assim fosse, se estaria atribuindo eficácia ao “não-ser”, uma vez

⁹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Obrigações**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.115.

⁹¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p.2.

que ainda não há contrato no momento da sua negociação, de modo que, pelo contexto legislativo civil brasileiro, o contrato não pode gerar efeitos anteriores à sua celebração, anteriores a sua existência. 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, esclarecendo que a boa-fé objetiva permeia todo o direito positivo, e não apenas o contratual.

O referido autor prossegue em sua explicação defendendo a aplicação da teoria do abuso de direito como forma de conferir proteção jurídica às partes que negociam. Todavia, reconhece a dificuldade desse enquadramento, haja vista que o uso da boa-fé como fundamento do abuso de direito não é comum na tradição brasileira.⁹²

Portanto, sua tese é a de que a negociação constitui momento pré-contratual e deve ser encarada dessa maneira pelo ordenamento jurídico. Por isso, não apoia a utilização do art. 422 como fundamento para proteger a ruptura negocial. Vale-se, então, do regramento extracontratual insculpido no art. 187. Interessante notar, porém, que o pano de fundo da responsabilização é a violação da boa-fé – seja com o art. 422, seja com o art. 187.⁹³

Em termos de coerência a proposição de Zanetti faz sentido, uma vez que respeita a sistemática civil e não se utiliza de hibridismos institucionais, utilizando com lógica e clareza os instrumentos à disposição. Dessa maneira é possível compreender o caráter extracontratual da responsabilidade pela ruptura negocial. Entretanto não foi este o caminho escolhido pela doutrina e jurisprudência brasileira, que optou ora por misturar elementos de naturezas jurídicas variadas, ora deixar a cargo do julgador aplicar o regramento que entende mais conveniente.

Conforme se verá nos tópicos a seguir, a jurisprudência brasileira tende a fundamentar a responsabilização por atos lesivos ocorridos durante a negociação na violação de deveres do art. 422, todavia aplicam em grande medida os efeitos extracontratuais.

A defesa da responsabilidade extracontratual guarda semelhanças com a opinião, exposta alhures, de Caio Mário da Silva Pereira e outros autores expostos anteriormente, mas vai de encontro com os postulados iniciais de Jhering, que afastava a aplicação dos princípios da “culpa extracontratual”. Aqui deve-se frisar que a responsabilidade civil alemã diverge da brasileira em alguns aspectos, o que justificaria este posicionamento.

Arrematando sua opinião acerca do caráter extracontratual da ruptura das negociações, Zanetti explica que o direito brasileiro, ao reconhecer o princípio da autonomia privada, acaba

⁹² ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p.110.

⁹³ Ibid., p.55.

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.⁹⁴

Pontes de Miranda 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.⁹⁵

Todavia, em explicação mais abrangente, esclarece Dario Moura Vicente 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.⁹⁶

Antonio Chaves, 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.⁹⁷

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.

Esse posicionamento do STJ – que de certa forma consolida as hipóteses de ocorrência de responsabilidade pré-contratual – ainda não gerou vultosa repercussão em outras demandas para que se verificasse a sua aplicabilidade. Dessa maneira, não é possível dizer se esta teorização não foi recebida pelos juízes de primeiro grau ou se são os advogados que não se apercebem da possibilidade de responsabilização pré-contratual.

⁹⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005., p.209.

⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Frederico Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. vol. 38. Campinas: Bookseller, 2005. p.437.

⁹⁶ MOURA VICENTE, Dario. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002. **Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal**, vol. 8, n. 25, p. 34-41, abr./jun., 2004. p. 36.

⁹⁷ CHAVES, Antonio. Responsabilidade pré-contratual. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 245-257. p.245.

Extraír conclusões do julgador requer análise de um grande espaço amostral, levando-se em conta o caso concreto. Entende-se que é importante analisar os mais diversos julgados dos tribunais e cortes superiores brasileiras a fim de se encontrar a linha de raciocínio mais utilizada. Todavia, para fins do presente trabalho mencionaremos os aspectos mais importantes de julgados paradigmáticos.

Diante desse embate de posicionamentos, pode-se extrair que a responsabilidade pré-contratual brasileira não encontra resposta uniforme e pacífica, ora sendo entendida como um dever contratual decorrente boa-fé (art. 422 do Código Civil), ora de um dever geral de boa-fé (art. 187 do Código Civil), de modo que os seus efeitos (se contratuais ou extracontratuais) também não encontram pacificação jurisprudencial ou doutrinária. O seu cotejamento com a autonomia privada coloca as soluções brasileiras em posição única, uma vez que se confundem elementos contratuais e extracontratuais.

Nesse cenário, interessante mencionar a ideia de Daniela Cunha que reputa ao intérprete-julgador a tarefa de definir a qual regime de responsabilidade se enquadrará a ruptura negocial com base nas idiosincrasias do caso concreto e visando tutelar a solução mais adequada.⁹⁸

O posicionamento de Judith Martins-Costa parece reforçar esta ideia, ao afirmar que “é somente da análise do caso, de suas concretas circunstâncias, e à vista dos particulares elementos, objetivos e subjetivos, que o compõem é que se poderá determinar se é caso, ou não de responsabilidade”.⁹⁹

Apesar desse posicionamento parecer uma solução viável e coerente, emergem algumas dúvidas, tais como: a solução mais adequada deve favorecer a quem? Ao juiz, ao credor, ao devedor ou à barganha?; parece-nos que se estaria tencionando conferir um caráter de cláusula geral à modalidade de responsabilidade decorrente da ruptura negocial a ser preenchida pelo intérprete. A indagação que se propõe é saber se isso é desejável.

4.4 Efeitos da natureza jurídica das negociações

O encadeamento lógico da legislação civil brasileira mostra ser importante distinguir as espécies de responsabilidade pois as consequências e efeitos jurídicos serão diversos. De

⁹⁸ CUNHA, Daniela Moura Ferreira. **Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Coimbra: Almedina, 2006. p.76.

⁹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.484.

acordo com a competente explicação de Daniela Cunha, a depender da espécie de responsabilidade, impactam-se temas como ônus da prova da culpa, momentos de prescrição, capacidade do agente e competência para julgamento.¹⁰⁰ Além disso, a questão do termo inicial dos juros e a indenização de interesses também é impactada pela distinção.

4.4.1 Ônus da prova

Há certa dificuldade em se estabelecer uma teorização e sistematização acerca da responsabilidade pré-contratual. No caso de ruptura negocial levada a juízo, deveria a parte lesada levar as provas de seus infortúnios ou seria mais coerente que o lesante (ou o devedor da obrigação) provasse que não abandonou as negociações de maneira desarrazoada? Como se pode inferir de julgamento paradigmático acerca da responsabilização negocial¹⁰¹, o julgador se debate com o fato de adotar a sistemática da responsabilidade extracontratual e imputar ao lesado o ônus de provar o dano, isto é, “o ônus recairia sobre a parte que não teria condições de fazê-lo”.¹⁰² No caso julgado, uma empresa fornecia periodicamente sementes de tomate para agricultores de uma região, para que estes plantassem e posteriormente a empresa adquirisse o produto. Isto foi feita de maneira informal (sem contrato) e com habitualidade, de modo a gerar expectativa nos agricultores de que a empresa compraria a produção. Todavia, em determinado ano a empresa não realizou a compra dos tomates, ensejando a demanda judicial por parte dos agricultores que se sentiram prejudicados, uma vez que não venderam os tomates para outras empresas. Dessa maneira, entendendo o julgador ser mais coerente, inverteu o ônus da prova, vale dizer, aplicou a responsabilidade contratual, imputando aos devedores o dever de provar as circunstâncias da negociação.

Nas ponderações de Antonio Junqueira de Azevedo, a escolha do viés aquiliano acarretaria, também, na exigência de se provar a culpa do agente. E em sua concepção, trata-se de uma difícil tarefa. Já a abordagem contratual não exigiria a prova da culpa.¹⁰³

Daniela Cunha defende que se faculte ao julgador a escolha da modalidade de ônus probatório, não devendo ficar adstrito ao molde da responsabilidade extracontratual que atribui

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000., p.66-75.

¹⁰¹ “Caso dos tomates”, Acórdão 591028295 – 5ª Câmara Cível TJRS.

¹⁰² CUNHA, Daniela Moura Ferreira. Op. cit., p.68.

¹⁰³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. Vol. 87. São Paulo, 1992, p.89.

ao lesado o dever de provar os fatos alegados, podendo utilizar-se do modelo contratual em que o devedor é quem deve fazer as provas necessárias.¹⁰⁴

Todavia, cabe aqui indagar se esta postura não seria desvantajosa, criando incerteza e insegurança jurídica às partes. A textura aberta da norma é salutar para a renovação natural da legislação, mas esta deve se dar dentro de alguns parâmetros, ou seja, dentro da opção da política legislativa e o julgador deve ter estas balizas em mente quando fixar o regime da responsabilidade. Neste caso a dúvida que nos evidencia é: deve-se proteger o lesado ou a segurança da barganha? A sistemática civil não nos oferece uma resposta clara.

Pressupõe-se que em relações civis – ao contrário das relações de consumo – as partes estão em pé de igualdade em relação ao poder de barganha. Isto é, não se trata uma parte como juridicamente hipossuficiente, de modo a não se distribuir privilégios que visem a igualdade material. O contrário disso seria ferir o tratamento isonômico dispensado às partes, o que não é desejável economicamente na ótica privada.

Assim, a despeito de ser mais dificultoso ao lesado arcar com o ônus da prova, a lógica aponta que seria mais acertado escolher o regime da responsabilidade extracontratual. No entanto, caso se verifique hipossuficiência da parte, mesmo numa relação civil, seria lícito inverter o ônus da prova fazendo analogia à proteção consumerista? No “caso dos tomates” nos deparamos com a resposta afirmativa, mas como se verá a seguir, as opções em geral tendem a escolher soluções extracontratuais, de modo que a aplicação do ônus da prova consistiria em mais uma punição ao possível lesante.

4.4.2 Prescrição

Acerca do problema da prescrição, importa evidenciar que a prescrição para tomar medidas judiciais no âmbito contratual é de dez anos, conforme a regra geral do art. 205 do Código Civil.¹⁰⁵ Já a prescrição relativa a ilícitos civis, isto é, abrangida pelo âmbito extracontratual, é de três anos, de acordo com art. 206, §3º, V do Código Civil.¹⁰⁶ Assim, por conta da incerteza do enquadramento da ruptura negocial, a parte que se sentir lesada fica à deriva, sem saber quando prescreve a possibilidade de ajuizar pedido de indenização.

¹⁰⁴ CUNHA, Daniela Moura Ferreira. **Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Coimbra: Almedina, 2006, p.67.

¹⁰⁵ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

¹⁰⁶ Art. 206. Prescreve: § 3o Em três anos: V - a pretensão de reparação civil;

Em recente julgamento o STJ parece ter assumido posição a fim de encerrar a discussão que gera grande incerteza jurídica e pode prejudicar gravemente a parte lesada. O caso dizia respeito à exclusividade e preferência para comercializar veículos entre uma revendedora de veículos e a fábrica, sucedido por outros contratos que foram unilateralmente rescindidos pela fabricante. A discussão centrou-se na distinção entre os prazos contratuais e extracontratuais para ajuizamento de ação. O relator Min. Marco Aurélio Belizze explicou que o Código Civil de 2002 buscou reduzir os prazos prescricionais. Além disso, em outras provocações, o STJ buscou cristalizar tratamento uniforme dos prazos prescricionais, prestigiando entendimentos que conferissem maior segurança jurídica e previsibilidade às partes, levando-se em conta a semelhança das pretensões.¹⁰⁷

Dessa forma, no referido julgamento, o relator partiu do pressuposto que a demanda por reparação civil, seja de natureza contratual ou extracontratual, deve ser uniformizada, aplicando-se o prazo trienal, inicialmente previsto apenas para relações extracontratuais.

Como fundamento dessa postura, o Min. Belizze esclarece que a grande variação do prazo prescricional pode ser fonte de injustiças e insegurança jurídica, uma vez que o tratamento fica vinculado tão somente ao *nomen juris* adotado na petição inicial, e não no substrato fático que dá origem à demanda. Assim, defende que a reparação civil, aí inseridas tanto a responsabilidade contratual quando a responsabilidade extracontratual, deva observar um prazo prescricional comum e uniforme, fixado em três anos. Afirma que a sistemática do Código Civil de 2002 buscou reduzir os prazos prescricionais, e não crê ser coerente permitir um prazo prescricional de dez anos para questões contratuais.

A posição adotada neste julgamento ecoa aquilo que já havia sido debatido na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça em que se estabeleceu no enunciado 419 a unificação dos prazos prescricionais de origem contratual e extracontratual.¹⁰⁸

Esse recente julgamento pretende dar fim à discussão acerca do prazo prescricional, que divide tanto doutrina quanto jurisprudência e traz insegurança e imprevisibilidade para as partes. Se por um lado pode-se argumentar que esse julgamento é *contra legem*, violando artigo expresso do Código Civil no que diz respeito ao prazo prescricional contratual, por outro lado uniformiza o entendimento e dá tratamento igualitário às situações semelhantes.

¹⁰⁷ STJ. REsp 1.281.594 - SP. Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze. Brasília, DF. Julgado em 22 de novembro de 2016, publicado em 28 de novembro de 2016.

¹⁰⁸ Enunciado 419 do CJF: O prazo prescricional de três anos para a pretensão de reparação civil aplica-se tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual.

A título de curiosidade, a reforma das obrigações no Código Civil alemão em 2001 também unificou os prazos de prescrição para três anos. Antes da reforma de 2001, o BGB previa limitação temporal de trinta anos para assuntos ligados aos contratos e três anos para questões decorrentes de delitos – após a reforma os prazos foram unificados e uniformizados em três anos, conforme enuncia o §195 BGB.¹⁰⁹

Essa regra, apesar de reduzir o prazo prescricional com relação à configuração contratual, tem a virtude de uniformizar o entendimento sobre o tema. Além disso, segue a mesma ideia que motivou o Código Civil de 2002, reduzindo substancialmente o prazo prescricional. A redução se justifica pela facilidade e dinamização das comunicações, além de impor um limite temporal à pretensão restitutória.

4.4.3 Capacidade do agente

Outro tema que gera divergência entre as teorias contratuais e extracontratuais da responsabilidade diz respeito à capacidade do agente. Na hipótese de um negócio jurídico, requer-se agente capaz para que possa produzir efeitos, de modo que a relação contratual se dará nesses moldes. Por seu turno, o dano culposos que gera dever de indenizar, fundamento da responsabilidade extracontratual do art. 927 do Código Civil, não impõe limites etários, importando apenas o dano. Importante notar que o art. 932 estende aos pais, tutores ou empregadores o dever de indenizar nessa hipótese. Dessa forma, nota-se que a abordagem extracontratual é mais ampla na imputação de responsabilidade, e resultado disso é a maior possibilidade de o lesado ver sua pretensão indenizatória ser cumprida.

4.4.4 Competência

A respeito da competência para julgar os casos de ruptura negocial, também é de importância o esclarecimento se se trata de ilícito civil ou de descumprimento contratual. O Código de Processo Civil estabelece que o foro competente para julgar descumprimentos obrigacionais é o do lugar onde a obrigação deve ser satisfeita (Art. 53, III, d do CPC). Diferentemente, na hipótese de ilícito civil a ação deverá ser proposta no lugar do ato ou fato para reparação de dano (Art. 53, IV, a do CPC).

¹⁰⁹ BEALE, H. G. (Org.), **Cases, materials and text on contract law**. 2. ed. Oxford: Hart, 2010. p. 1206.

Neste quesito, a fixação da competência através da regra contratual pode ser dificultada pelo fato de ainda não se estar claro o local onde a obrigação deveria ser cumprida. Por sua vez, a responsabilização extracontratual é de mais fácil averiguação tendo em vista a relativamente incontroversa origem do fato ou ato que gera o dano pela ruptura negocial.

4.4.5 Juros

Os juros também sofrem efeitos diversos a depender do enquadramento contratual ou extracontratual da ruptura negocial. Pelo regramento aquiliano, amparado na Súmula 54 do STJ¹¹⁰, os juros incidem a partir do evento gerador do dano. Já o regramento contratual estabelece os juros a partir da citação inicial do devedor (Art. 405 do Código Civil) ou da fluência do termo ajustado (Art. 397 do Código Civil). Todavia o STJ adotou entendimento no sentido de fixar o termo inicial dos juros contratuais na data do vencimento da obrigação, pois a mora nem sempre terá sido constituída pela citação.¹¹¹

Tal assunto gera interesse por conta de seus reflexos em contratos acessórios à negociação frustrada. Exemplo disso é caso julgado pelo TJ-SP em que se discutia a não concretização imotivada de um contrato de franquia.¹¹² A franqueadora gerou nos possíveis franqueados legítimas expectativas de que concluiria contrato de franquia. Neste ínterim, os possíveis franqueados assumiram contrato de locação em um shopping center, crendo na postura da franqueadora, mesmo sem a formalização de um contrato. Entretanto, diante da ruptura negocial entre franqueadora e possíveis franqueados, estes se viram prejudicados por terem assumido um contrato de locação que não mais serviria a seu propósito.

Nota-se, portanto, que a ruptura negocial gerou efeitos no contrato de locação entre os possíveis franqueados e o shopping center. A decisão do TJ-SP entendeu que a franqueadora cometeu um ilícito civil, fixando o termo inicial dos juros na data do evento danoso. Dessa forma, o contrato acessório (de locação) – que, logicamente seria descumprido e geraria custos aos possíveis franqueados – é abarcado pela fixação dos juros na data do rompimento do

¹¹⁰ Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

¹¹¹ STJ. EREsp 1250382/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, julgado em 02 de abril de 2014, publicado em 08 de abril de 2014.

¹¹² TJSP. Apelação 0166582-35.2010.8.26.0100; Rel. Francisco Loureiro. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data do Julgamento: 10 de outubro de 2013; Data de Registro: 15 de outubro de 2013.

negócio principal (franquia) – reparando os danos ocasionados. Assim, parece acertado esse entendimento, vez que satisfaz coerentemente a parte lesada.

4.4.6 Reparação de danos

Conforme assinala Régis Fichtner Pereira, a interrupção das negociações pode ocasionar danos para o titular de um direito ou de um interesse. Nesse diapasão, deve-se questionar quais tipos de danos devem ser reparados pelo causador do dano.¹¹³ Para Jhering, ao teorizar sobre a responsabilidade por contrato nulo (*culpa in contrahendo*), o dano se divide em duas frentes: o dano positivo e o dano negativo.¹¹⁴ No contexto dos contratos nulos, esclarece o jurista alemão que os danos positivos podem ser traduzidos na ideia de verificar os resultados caso se deduzisse válida a execução do um contrato. Vale dizer, conjectura-se o cumprimento da obrigação, de modo que as partes receberiam aquilo que observariam em caso de validade do contrato.¹¹⁵ No contexto negocial, estes danos poderiam ser entendidos como os valores que seriam recebidos caso as negociações não fossem rompidas.

De outro lado, há o dano negativo, que se concentra na hipótese de evitar um contrato considerado inválido. Essa perspectiva tem como pressuposto a verificação da situação das partes caso o contrato não fosse concluído. Percebe-se, assim, que o interesse dessa conjectura é restabelecer a parte a um *status quo ante*, isto é, restabelecer sua condição a uma situação em que o contrato não a prejudicaria. Na esfera negocial, essa ideia resulta na reparação dos danos gerados durante as tratativas, restaurando a parte lesada à mesma condição de antes das negociações. Diferentemente do dano positivo, em que o lucro é adiado, no dano negativo o lucro é impedido.¹¹⁶

Paulo Scartezzini Guimarães enfatiza que as teorizações acerca dos danos positivos e negativos são relativas aos critérios para se apurar a extensão da responsabilidade e o valor a ser indenizado, não guardando relação com as figuras do dano emergente e do lucro cessante.¹¹⁷ Régis Pereira, no mesmo sentido, chama atenção para que não se confunda os conceitos de

¹¹³ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.371.

¹¹⁴ VON JHERING, Rudolf. **Culpa in contrahendo**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 13.

¹¹⁵ Ibid., p.12.

¹¹⁶ Ibid., p.17.

¹¹⁷ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**. São Paulo, vol.63, p. 33-58, 2015.

danos positivos e negativos com lucros cessantes e danos emergentes.¹¹⁸ Paulo Guimarães arrimado nas lições de Mota Pinto, comenta que o dano emergente engloba aquilo que o lesado deva, eventualmente, pagar a terceiro com quem celebrou contrato e este resta prejudicado por conta do rompimento negocial ou por conta de anulação ou nulidade de um contrato “principal”. Este é o caso do rompimento das negociações para abertura de franquia, analisado pelo TJ-SP.¹¹⁹

A discussão do caso girou ao redor da licitude de a franqueadora não ter concluído contrato de franquia que negociava com os possíveis franqueados. Em seu voto, o desembargador relator Francisco Loureiro frisou que se tratava de responsabilidade extracontratual ou aquiliana, vez que o contrato ainda não havia sido concluído. Como consequência desse entendimento decidiu que a franqueadora deveria indenizar apenas os interesses negativos dos possíveis franqueados, isto é, os prejuízos concretizados por conta da real expectativa que foi gerada durante as negociações de que o contrato se concluiria, de modo a restabelecer os possíveis franqueados ao seu estado anterior às negociações. Além disso, por compreender que não existia um contrato entre as partes, rechaçou a possibilidade de conceder indenização aos interesses positivos, isto é, aos proveitos e vantagens que decorreriam do contrato concluído. Ademais, ao fixar parâmetros de atualização monetária, o desembargador valeu-se da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹²⁰, que trata de ilícitos extracontratuais.

Demais disso, os lucros cessantes também podem ser requeridos em conjunto com os danos negativos quando se prova que o lesado tinha alternativa de ter firmado o contrato com outra parte e que isso lhe traria benefício.¹²¹

O dano positivo, portanto, tem o viés de simular a execução exata do acordo, impondo ao lesado as vantagens e proveitos que existiriam caso o contrato fosse corretamente executado,

¹¹⁸ PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.373.

¹¹⁹ TJSP. Apelação 0166582-35.2010.8.26.0100; Rel. Francisco Loureiro. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data do Julgamento: 10 de outubro de 2013; Data de Registro: 15 de outubro de 2013.

¹²⁰ Súmula 54 do STJ: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

¹²¹ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**. São Paulo, vol.63, p. 33-58, 2015.

colocando-o na situação que se encontraria caso o contrato tivesse sido celebrado¹²², não se confundindo com lucro cessante.

Já o interesse negativo visa indenizar os gastos ocasionados por um contrato não celebrado, que se frustrou ainda nas negociações, objetivando restabelecer o lesado ao período anterior às negociações, mas não se confundindo com dano emergente.

Não se admite a cumulação do dano positivo e do dano negativo pois isto colocaria o lesado em posição mais vantajosa do que se o contrato fosse cumprido, dessa maneira, feriria de morte a lógica e o propósito dos contratos.¹²³

Acerca do tema, Orlando Gomes arremata a discussão dizendo que “frustração da confiança depositada em alguém nas negociações preliminares de um contrato” configura interesse contratual negativo, ao passo que a indenização de uma pretensão originada no inadimplemento de uma obrigação seria o interesse contratual positivo. Finaliza afirmando que a indenização do interesse negativo não alcança o lucro frustrado.¹²⁴

4.5 Consequências da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual

Como analisado previamente, caso se entenda a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual como obrigacional (ou contratual), o tratamento dos temas acima será de uma maneira. Por outro lado, caso se estabeleça a responsabilidade pré-contratual como uma figura regida pela sistemática extracontratual, os efeitos serão sensivelmente diferentes.

A despeito de não ser unânime e uniforme, a maioria dos julgamentos brasileiros tende a compreender a situação de ruptura na fase negocial como uma questão relativa ao campo extracontratual. Dos temas tratados, a jurisprudência e doutrina majoritária entendem ser aplicável o estatuto extracontratual para a prescrição, entendimento que foi consolidado no prazo extracontratual de três anos, de modo a garantir tratamento isonômico e uniforme; com relação à capacidade do agente também se adotam os efeitos extracontratuais, uma vez que possibilitam maiores chances à parte lesada de recuperar sua condição pretérita à negociação. Não diferente, os juros aplicados têm como termo inicial a data do evento danoso, prestigiando

¹²² TJSP. Apelação 0166582-35.2010.8.26.0100; Rel. Francisco Loureiro. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data do Julgamento: 10 de outubro de 2013; Data de Registro: 15 de outubro de 2013.

¹²³ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**. São Paulo, vol.63, p. 33-58, 2015.

¹²⁴ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.63.

mais uma vez a seara extracontratual. Por seu turno, o ônus da prova ainda padece de incertezas, todavia há tendência de se aplicar a responsabilidade contratual, de modo a gerar no causador do rompimento negocial o dever de produzir provas.

Aqui está, portanto, o ponto nevrálgico da discussão: como balancear valores caros e imprescindíveis aos contratos como a liberdade contratual, a autonomia privada, a certeza e previsibilidade jurídica com a proteção da confiança das partes? Como decorrência dessa primeira indagação, outras questões emergem: Deve-se proteger uma das partes do negócio ou a barganha? Como inibir práticas desleais nas negociações sem desprestigiar a figura do contrato? Até que ponto o Estado deve intervir nesse tipo de tutela?

O fato de as partes se vincularem muito cedo e sem formalidades representa riscos e inibe a formalização da negociação, sendo desinteressante para a economia e contrário à ideia de contrato, qual seja, garantir segurança às partes acerca de uma obrigação de cunho econômico. Dessa forma, um irrestrito reconhecimento de vinculação entre as partes no momento negocial põe em risco a sistemática contratual.

Por outro lado, a leniência em oferecer proteção às expectativas geradas durante a negociação também protege uma postura que deveria ser combatida, qual seja, a especulação às custas de uma parte. Diante disso, entende-se que as respostas dependem de quais caminhos o legislador opta para enfrentar o tema, e de qual situação prefere inibir e qual conduta escolhe fomentar.

Em análise de julgados é possível concluir que o judiciário brasileiro ainda não adotou uma postura uniforme para lidar com a lacuna deixada no campo das relações pré-contratuais. Exemplo disso é a constante mistura de elementos que toma conta dos julgados, ora adotando a sistemática contratual, ora a extracontratual e, ainda, por vezes, respaldando-se em elementos da “terceira via” representada pela teoria da confiança. Esse carácter cambiante talvez seja resultado daquilo que foi defendido por Dário Moura Vicente, isto é, conceder autonomia aos julgadores para que, com flexibilidade normativa, possam melhor encaminhar o problema das partes.

No entanto, ao se traçar um perfil da jurisprudência, não seria equivocado enfatizar a preferência pela responsabilização extracontratual pelo julgador brasileiro. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, em manifestações sobre o tema, entende que danos decorrentes do abandono das negociações devam ser regidos pelo regramento extracontratual.

É isso que se extrai, por exemplo, do caso de rompimento das negociações para abertura de uma franquia.¹²⁵

A falta de clareza da legislação e o consequente vácuo jurídico deixado permitem essa multiplicidade de soluções que não é a via mais interessante para o universo contratual. Por isso, critica-se a falta de sistematização da responsabilidade pré-contratual, pois ainda há muita incerteza pairando sua aplicação.

4.6 O posicionamento dos tribunais

Da análise de julgados acerca da responsabilidade pré-contratual, é interessante pontuar algumas observações.

Inicialmente, da pesquisa de jurisprudência, é notável a escassez do tema em sede de discussão nas instâncias superiores do judiciário brasileiro. Em pesquisa por termos entre aspas no repositório de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) é possível encontrar pouco mais de quinhentos acórdãos de 2º. grau que mencionem o termo “responsabilidade pré-contratual”. Nos mesmos parâmetros, a busca pelo termo “perda de uma chance” oferece o retorno de mais de três mil e quinhentas ocorrências. Nota-se, pela análise numérica que, a responsabilidade pré-contratual não é um assunto muito explorado se cotejado com o instituto de recente desenvolvimento como é o caso da perda de uma chance.

A pesquisa feita no Superior Tribunal de Justiça (STJ), instância judiciária que dá a última palavra em questões de direito privado, sobretudo acerca das relações contratuais, revela um panorama ainda mais sintomático. A pesquisa de jurisprudência pelo termo “responsabilidade pré-contratual” resultou em cinquenta e dois resultados de decisões monocráticas e sete acórdãos. Já a pesquisa, nos mesmos parâmetros, por “perda de uma chance” resultou em incríveis setecentos e oitenta e seis ocorrências em sede monocrática e cinquenta e quatro em acórdãos.

Frise-se que essa pesquisa é meramente quantitativa, com a finalidade de evidenciar a baixa discussão acerca da responsabilidade pré-contratual. Isso não quer dizer, no entanto, que ela não é aplicada. Reitera-se que não se trata de uma análise qualitativa dos julgamentos, esta tarefa será desenvolvida a seguir. Por ora cabe constatar que a responsabilidade pré-contratual, apesar de ser um assunto presente desde longa data, não é levado aos tribunais, diferentemente

¹²⁵ TJSP. Apelação 0166582-35.2010.8.26.0100; Rel. Francisco Loureiro. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Data do Julgamento: 10 de outubro de 2013; Data de Registro: 15 de outubro de 2013.

da perda de uma chance que, por se tratar de uma novidade doutrinária encontrou grande acolhida, sendo amplamente discutida no âmbito judicial.

A seguir, passaremos a analisar alguns casos em que se discutiu a responsabilidade pré-contratual, buscando evidenciar o perfil da jurisprudência brasileira. O tratamento se dará por ordem cronológica, isto é, do mais antigo para o mais novo, independentemente de hierarquia do tribunal que proferiu a decisão. Ademais, a pesquisa restringe-se a casos analisados pelo TJSP e pelo STJ. A escolha dos casos foi feita com base na pertinência ao tema aqui abordado.

4.6.1 Informações falsas

O primeiro caso a ser analisado é a Apelação n. 0055620-76.2008.8.26.0564 do TJ-SP, julgado em dezembro de 2010, cujo relator é Francisco Loureiro. Tem a seguinte ementa:

Indenização. Dano moral. Responsabilidade pré-contratual. *Culpa in contrahendo*. Contratação de serviços de assessoria e intermediação para obtenção de vaga de emprego. Conduta de empresa ré que despertou no autor a justa expectativa de ocupação da vaga disponível, e a adesão era apenas para intermediar e assessorar a contratação. Princípio da boa-fé objetiva, geradora de deveres de conduta, de modo a não defraudar a confiança despertada na parte contrária. Dever de indenizar gastos com taxas cobradas pela agência. Existência de dano moral indenizável. Caracterização de ofensa a interesse digno de tutela. Ação procedente. Recurso provido. ¹²⁶

O caso versa sobre a prestação de informações inverídicas por uma das partes, levando a contraparte a realizar gastos que não se concluem no contrato almejado. O autor da ação, desempregado, entrou em contato com a ré, uma agência de turismo, que indicou haver vaga no mercado de trabalho internacional. A ré informou ao autor que ele teria sido recrutado para uma vaga de trabalho em Angola, indicando informações como data do embarque e formalidades necessárias para que se efetivasse a oferta de emprego.

¹²⁶ TJSP; Apelação 0055620-76.2008.8.26.0564; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Bernardo do Campo - 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 09/12/2010; Data de Registro: 13/12/2010.

O autor, então, pagou taxas e fez os preparativos indicados até ser informado que a viagem havia sido cancelada e não haveria restituição de valores pagos.

O desembargador, em suas razões, sustenta que a ré agiu de maneira contrária à boa-fé objetiva ao fazer crer que o autor já estaria contratado, sendo seu dever não criar falsas ilusões no autor e não falsear suas expectativas. Sustenta, ainda, que houve violação dos deveres de cuidado e de informação que abalizam o período negocial. Condenou a ré ao pagamento dos interesses negativos, isto é, ao ressarcimento dos valores comprovadamente já pagos que visavam a celebração do contrato final.

O julgador enquadrrou, portanto, a situação como uma violação aos deveres da boa-fé objetiva, não adentrando no mérito se se trata de responsabilidade aquiliana ou contratual. A imposição de juros a partir da citação pode levar a crer que se trata de responsabilidade contratual, todavia apenas este elemento não é suficiente para fazer essa afirmação.

4.6.2 Ruptura negocial arbitrária

O segundo caso vem de um julgamento no Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do REsp n. 1.051.065-AM, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em fevereiro de 2013. A ementa a seguir esclarece alguns pontos:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA. DECLARATÓRIOS PROCRASTINATÓRIOS. MULTA. CABIMENTO. CONTRATO. FASE DE TRATATIVAS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. DANOS MATERIAIS. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. "No caso, não se pode afastar a aplicação da multa do art. 538 do CPC, pois, considerando-se que a pretensão de rediscussão da lide pela via dos embargos declaratórios, sem a demonstração de quaisquer dos vícios de sua norma de regência, é sabidamente inadequada, o que os torna protelatórios, a merecerem a multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC' (EDcl no AgRg no Ag 1.115.325/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 4/11/2011).

3. A responsabilidade pré-contratual não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material.

4. As instâncias de origem, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, reconheceram que houve o consentimento prévio mútuo, a afronta à

boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo das tratativas, o prejuízo e a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido. A desconstituição do acórdão, como pretendido pela recorrente, ensejaria incursão no acervo fático da causa, o que, como consabido, é vedado nesta instância especial (Súmula nº 7/STJ).

5. Recurso especial não provido.¹²⁷

Diante de anúncio visando a expansão de concessionárias de determinada marca de veículos de luxo, uma empresa apresentou proposta, visando conseguir autorização para comercializar os veículos da marca. A empresa interessada enviou documentos para análise, tendo sido aprovada nessa fase. Posteriormente, foi requerido que a empresa interessada efetuasse o depósito de alto valor, a fim de que se autorizasse a instalação da concessionária. Feito o depósito, houve intensa troca de correspondências, convidando, inclusive, a pretendente a concessionária a participar de eventos da marca em outro estado. Posteriormente descobriu-se que se tratava de uma fraude perpetrada pelo presidente da companhia automobilística que, ao receber os valores, encerrava as negociações sem devolver os valores já pagos. O novo presidente da empresa pediu desculpas pelo ocorrido, mas não propôs a devolução do dinheiro da pretendente a concessionária alegando que não havia nenhum vínculo entre a empresa automobilística e a pretendente a concessionária.

O julgador entendeu que a pretendente a concessionária cumpriu todos os requisitos para a formalização do negócio e atuou dentro dos ditames legais que a situação impunha. Para ele, “a responsabilidade pré-contratual discutida não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material”.¹²⁸ Além disso, da análise dos autos ficaram caracterizados “o consentimento prévio mútuo, a afronta à boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo das tratativas, o prejuízo e a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido”.¹²⁹

Este julgamento, portanto, representa uma importante consolidação de alguns pressupostos para configuração de indenizações no âmbito da ruptura das negociações. Todavia, não há debate acerca dos efeitos que essa responsabilização gera, deixando a distinção entre responsabilização contratual e extracontratual à margem da discussão.

¹²⁷ REsp 1051065/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Ibid.

O terceiro caso analisado é a Apelação n. 0166582-35.2010.8.26.0100, julgada pelo TJSP, cujo relator designado foi o desembargador Francisco Loureiro em outubro de 2013. O cerne da questão se assemelha com o julgado anterior. Veja-se a ementa:

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. *Culpa in contrahendo*. Princípio da boa-fé objetiva, geradora de deveres de conduta, de modo a não defraudar a confiança despertada na parte contrária. Comportamento concludente da ré, que estimulou a autora a realizar inúmeros gastos e investimentos para abertura de loja em shopping center em regime de franquia. Contrato de franquia, de natureza solene, não celebrado, retirando-se a franqueadora da mesa de negociações sem qualquer explicação sensata ou razoável. Dever de indenizar os danos decorrente de violação ao princípio da boa-fé objetiva - Natureza aquiliana (ou terceiro gênero) da responsabilidade pré-contratual que não permite ao ofendido pedir aquilo que ganharia caso o contrato que tivesse sido celebrado. Dever de indenizar tão somente os interesses negativos, recolocando o autor na situação em que antes se encontrava. Interesses positivos que não devem ser indenizados, pena de colocar o autor em posição igual ou mais vantajosa do que aquela que existiria se o contrato tivesse realmente sido celebrado - Multa contratual cobrada pelo shopping center. Ausência de prova de pagamento que não alija o autor de obter a respectiva indenização. Dívida constituída cujo procedimento de cobrança já se iniciou. Recursos da autora e da ré parcialmente providos.¹³⁰

Trata-se de uma negociação para abertura de uma franquia que restou malsucedida. Diante disso as pretendentes a franqueadas (autoras) ajuizaram ação visando reaver os gastos já feitos em favor da franqueadora (ré). O cerne da discussão está na licitude de a ré não ter concluído o contrato de franquia que negociava com as autoras.

Para formar seu argumento, o julgador se valeu do art. 422, ou seja, do corolário da boa-fé objetiva, aduzindo que a ré criou nas autoras legítima expectativa de que o contrato de franquia seria concluído. O conjunto fático levou a crer que a assinatura do contrato seria mera formalidade, haja vista que o tratamento em correspondências já se assemelhava a de um franqueado. Assim, considerou-se ilícita e contraditória a atitude da ré em não celebrar o contrato de franquia, com base na responsabilidade pré-contratual. Gerou debate entre os julgadores o limite da indenização. O entendimento é que há o dever de indenizar não por conta do inadimplemento, mas por conta da violação de deveres de boa-fé, mesmo que se tratasse de fase negocial. Entendeu-se, então, que a indenização se limitava aos interesses negativos, isto é, aqueles que recolocam o lesado na situação que se encontrava antes de entabular as negociações, revelando a opção por um viés extracontratual da responsabilização.

¹³⁰ TJSP; Apelação 0166582-35.2010.8.26.0100; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 25ª Vara Cível; Data do Julgamento: 10/10/2013; Data de Registro: 15/10/2013.

Em sua análise, o julgador compreende ser a responsabilidade de natureza aquiliana, isto é, extracontratual. Assim procedeu ao estabelecer a data de incidência dos juros de mora, contados a partir da data do ato ilícito, corroborando a visão de que se trata de um ilícito extracontratual. Todavia, cabe aqui apontar que a justificção para aplicação da responsabilidade pré-contratual recaiu no art. 422 da boa-fé objetiva contratual.

4.6.3 O dever de boa-fé na fase negocial

O quarto julgado em análise vem do STJ. Trata-se do Recurso Especial 1.367.995-SP, de março de 2014, relatado pelo ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES. EXPECTATIVA LEGÍTIMA DE CONTRATAÇÃO. RUPTURA DE TRATATIVAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. JUROS DE MORA. TERMO 'A QUO'. DATA DA CITAÇÃO.

1. Demanda indenizatória proposta por empresa de eventos contra empresa varejista em face do rompimento abrupto das tratativas para a realização de evento, que já estavam em fase avançada.
2. Inocorrência de maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pelas partes.
3. Inviabilidade de se contrastar, no âmbito desta Corte, a conclusão do Tribunal de origem acerca da expectativa de contratação criada pela empresa varejista. Óbice da Súmula 7/STJ.
4. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual. Doutrina sobre o tema.
5. Responsabilidade civil por ruptura de tratativas verificada no caso concreto.
6. Inviabilidade de se analisar, no âmbito desta Corte, estatutos ou contratos de trabalho, para se aferir a alegada inexistência de poder de gestão dos prepostos participaram das negociações preliminares. Óbice da Súmula 5/STJ.
7. Controvérsia doutrinária sobre a natureza da responsabilidade civil pré-contratual.
8. Incidência de juros de mora desde a citação (art. 405 do CC).
9. Manutenção da decisão de procedência do pedido indenizatório, alterando-se apenas o termo inicial dos juros de mora.
10. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO.¹³¹

¹³¹ REsp 1367955/SP, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/03/2014, DJe 24/03/2014.

O caso diz respeito às tratativas para realização de um evento a ser realizado por uma promotora de eventos (autora da ação) em favor de uma varejista (ré da ação). Dos autos extrai-se que a ré entrou em contato com a autora, entabulando negociações com a finalidade de que fosse realizado em grande evento comercial. Assim, a autora iniciou a contratação de terceiros, gastando alta quantia. Todavia, o evento foi adiado e, posteriormente, cancelado sem que houvesse qualquer formalização das tratativas em um contrato.

A autora, então buscou responsabilizar a ré pelos gastos já feitos, de modo que fossem ressarcidos os valores, haja vista que a ruptura negocial foi feita de maneira abrupta, tendo a negociação gerado expectativa na autora de que o contrato seria concluído.

O STJ entendeu que houve violação do dever de atuar com boa-fé, caracterizando a responsabilidade pré-contratual. Sustenta o julgador que a boa-fé se aplica na fase negocial, a despeito de não haver previsão legislativa expressa nesse sentido. Dessa maneira, concluiu que a ré atuou de uma maneira – levando a autora a crer que o contrato se realizaria – e agiu de maneira contraditória – rompendo as negociações de forma abrupta.

Interessante notar que nesse caso adotou-se o regime da responsabilidade contratual, tendo sido a escolha justificada com base na posição geográfica do art. 422 – que fundamentou a decisão – no Código Civil, isto é, no Título V, “dos Contratos em Geral”. Tal posicionamento difere dos demais julgamentos, que tendem a adotar a responsabilidade aquiliana em contraposição à contratual.

4.6.4 Limites à responsabilização pré-contratual

A figura da responsabilidade pré-contratual não pode servir como escudo contra negociações malsucedidas, em que houve dispendioso processo de negociação. Note-se a diferença entre a ruptura de negociação – aquela em que houve o desfazimento das tratativas por uma das partes, surpreendendo a contraparte – e negociações malsucedidas – aquelas em que o curso das negociações se encarregou de mostrar que a conclusão do contrato (ou a conclusão do negócio) não seria interessante.

De posse dessas informações é de interesse analisar a Apelação n. 0005452-31.2013.8.26.0100, de relatoria do desembargador Carlos Alberto Garbi, julgado em dezembro de 2016.¹³²

EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. TRATATIVAS PRELIMINARES. ALEGAÇÃO DE ROMPIMENTO ABRUPTO E INJUSTIFICADO DAS NEGOCIAÇÕES. TERM SHEET. CLÁUSULAS EXPRESSAS DE NÃO VINCULAÇÃO E DE NÃO RESPONSABILIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DOS CONTRATOS. AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES. AUSÊNCIA DE MARGEM PARA O DIRIGISMO CONTRATUAL. GRANDES EMPRESAS LITIGANTES. EMPRESAS BRASILEIRAS ASSESSORADAS POR ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA DE RENOME E EMPRESA DE ASSESSORIA COM VASTA EXPERTISE EM FUSÕES E AQUISIÇÕES. CLÁUSULA VÁLIDA QUE EXCLUI A RESPONSABILIDADE CIVIL.

EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL AQUILIANA. TRATATIVAS PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE DE SE RECONHECER QUE A CONDUTA DA RÉ CRIOU NOS AUTORES A EXPECTATIVA DE CONTRATAÇÃO. NEGÓCIO DE GRANDE MONTA E COMPLEXIDADE. ESPECULAÇÃO E AMPLA NEGOCIAÇÃO QUE FAZEM PARTE DA ESPÉCIE DE NEGOCIAÇÃO.

EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. PERDA DE UMA CHANCE. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À POSSIBILIDADE OU À PROBABILIDADE DE REALIZAÇÃO DO NEGÓCIO QUE OS AUTORES TERIAM PERDIDO POR CULPA DA RÉ. PERDA DE UMA CHANCE NÃO CARACTERIZADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RECONHECIDA. RECURSO DA RÉ PROVIDO, PREJUDICADO O APELO DOS AUTORES.

Tratativas preliminares de aquisição da integralidade de cotas sociais das duas sociedades coautoras. Celebração de *Term Sheet* prevendo a realização de *due diligences* e estabelecendo absoluta ausência de vinculação entre as partes e de responsabilidade, a que título for. Previsão de dois anos. Alegação de encerramento abrupto e injustificado das negociações. Ausência do dever de indenizar. Previsão contratual. Princípio da obrigatoriedade dos contratos. Autonomia da vontade das partes. Dirigismo contratual que não se justifica. Empresas de grande porte, bem assessoradas por escritório de advocacia renomado e empresa de consultoria de renome.

Alegação de que a ré criou expectativa de negociação. Negócio complexo, de grande monta e com viés especulativo. Testemunha que relatou não ser incomum que negócios dessa monta não se efetivem. Rompimento das negociações dentro do razoável prazo previsto no ajuste inicial das tratativas preliminares. Liberdade de contratação. Violação aos princípios da confiança e boa fé não caracterizados.

Perda de uma chance. Alegação de que a ré, com sua conduta, impediu a alienação das cotas sociais a outra empresa interessada no negócio. Ausência de provas nos autos. A responsabilidade civil pela perda de uma chance deve

¹³² TJSP; Apelação 0005452-31.2013.8.26.0100; Relator (a): Carlos Alberto Garbi; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14 de dezembro de 2016. Publicado em: 23 de janeiro de 2017.

ser precedida de comprovação de que houve provável ou possível perda da oportunidade, o que não há nos autos.
 Reforma da sentença de parcial procedência do pedido. Improcedência.
 Recurso da ré provido para julgar improcedente o pedido, prejudicado o recurso dos autores.¹³³

O caso versa sobre negociações visando uma futura operação de compra e venda de cotas sociais de uma empresa brasileira por uma empresa americana – operação também conhecida como “fusão e aquisição”.

A fase de negociações, que durou dois anos, foi abrangida por um “acordo de confidencialidade e avaliação de negócio” – também chamado de *term sheet* – esclarecendo que este teria validade de dois anos, trocariam informações confidenciais, em caráter de exclusividade – isto é, sem poder negociar com outras empresas – e com cláusula expressa isentando as partes de quaisquer obrigações emergentes da negociação.

Todavia, o negócio não se concretizou. Diante disso, a empresa brasileira (candidata a ser adquirida) buscou receber indenização de sua contraparte por conta de despesas efetuadas com a negociação, como a contratação de escritório de advocacia e empresa de auditoria. Embasou seu pedido na responsabilidade pré-contratual, alegando que houve ruptura ilícita das negociações, ocasionando os prejuízos mencionados.

Por seu turno, a empresa norte-americana (candidata a adquirente) alegou estar protegida de qualquer vinculação por conta do *term sheet* assinado – que teria a força de um contrato, estabelecendo os moldes em que se desenhariam as negociações. Além disso, sustentou ser a não concretização da negociação uma consequência normal, alegando que o encerramento foi coerente pois o negócio não se mostrava economicamente interessante, apesar de não ser necessário demonstrar nenhuma justificativa para o encerramento das negociações.

O julgador em segunda instância compreendeu, pela análise do conjunto probatório, não se tratar de hipótese de responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Para tanto, invocou o “princípio da obrigatoriedade dos contratos”, dando eficácia ao *term sheet* pactuado, justificando isso na questão de serem as partes negociantes em pé de igualdade, isto é, sem desequilíbrio ou hipossuficiência técnica ou econômica como ocorre, por exemplo, nos contratos de consumo. Isso porque as partes do negócio estavam assessoradas por grandes escritórios de advocacia e empresas de auditoria e consultoria, além de se tratar de um negócio de grandioso valor. Dessa forma, o acordo entre iguais não deve sofrer reprimenda estatal dado que o acordo de vontades é válido.

¹³³ Frise-se que este julgamento se encontra pendente de análise em sede de Recurso Especial no STJ, conforme andamento processual consultado no site do TJSP.

Verificada a ausência de vinculação entre as partes por acordo expresso, passa o julgador a sustentar que o empresário deve ter liberdade para contratar de acordo com seu interesse. Todavia, ressalva que a retirada das negociações não pode ocorrer de maneira abusiva, a frustrar uma confiança criada durante as negociações.

Da análise das peculiaridades da negociação, convenceu-se o desembargador que se tratava de negócio com baixa chance de conclusão, sendo a praxe dessas tratativas a troca de informações entre as empresas, isto é, especulação negocial.

Por isso, analisa com cautela a possibilidade de intervenção judicial, haja vista que isso pode se mostrar como uma atuação indevida e representar um desincentivo futuro a esse tipo de negociação. Fato este que poderia reverter em consequências econômicas indesejadas.

Além disso, não vislumbrou postura da empresa norte-americana que induzisse confiança na conclusão do negócio por parte da empresa brasileira. A análise de provas indicou que a candidata a adquirente não fez nenhuma afirmação no sentido de que havia se comprometido com a contratação definitiva, mesmo que de forma implícita.

Ciente de que há uma linha tênue entre a liberdade contratual e o abuso de direito, o julgador se fia no contexto da negociação, concluindo que não há como se imputar responsabilidade à empresa norte-americana pois nenhum contrato foi firmado concluindo o negócio, nem a sua postura pode ser considerada como geradora de expectativas na contraparte.

É importante consignar que na negociação ambas as partes podem incorrer em despesas. A empresa norte-americana, por exemplo, alegar ter gasto o dobro do alegado pela empresa brasileira com vistas a concretizar a negociação.

Assim, o pedido indenizatório com fundamento na responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações não foi acolhido. Isso se deu por conta do acordo entre as partes de que não surgiria obrigações decorrentes da negociação e da postura da negociante que não criou falsas expectativas de conclusão do negócio. Tratou-se, portanto, de uma negociação malsucedida em que as partes não atuaram de maneira ilícita que colaborasse com esse resultado.

O caso se revela de grande interesse e importância pois combate uma postura que não é a almejada pela responsabilidade pré-contratual, qual seja, a de diluir prejuízos decorrentes de negociações malsucedidas. O mérito da decisão foi evitar a imposição indevida da responsabilização pré-contratual.

Revela-se, também, a importância de firmar os “contratos de negociação”, no caso chamado de *term sheet*.¹³⁴ Isso porque delimita, de maneira clara e persuasiva, os limites obrigacionais das partes de uma negociação.

O acerto em se dar força a esta convenção das partes, aliada à ideia de preservar a barganha representa, em grande medida, um equilíbrio que se espera do judiciário brasileiro. Ciente que deve combater abusos, o desembargador não verificou nenhuma hipótese que se assemelhasse com essa situação, evitando um desequilibrado resultado das negociações.

Reafirmou, assim, que as negociações no direito brasileiro são livres, isto é, as partes gozam de liberdade para se vincularem ou não a determinada proposta, desde que não incorram em abusos e excessos durante as tratativas. Tal posicionamento é coerente, uma vez que coíbe o uso de processos como maneira de reaver valores gastos durante a negociação, em que se sabia haver o risco da não concretização do contrato, e evita infligir a apenas uma das partes o prejuízo total do insucesso da negociação.

Por fim, como se verificou, a análise da responsabilidade pré-contratual é em grande medida dependente da análise da situação fática, isto é, deve-se analisar o comportamento das partes para que se conclua se houve ou não violação à boa-fé-objetiva e seus deveres anexos.

Entretanto, quando se trata de julgamento no STJ, essa situação pode ser, em alguma medida, prejudica. Isso por conta da Súmula 7 do STJ que veda a reanálise do conjunto fático-probatório.¹³⁵ Isso pode ser visto com clareza do julgamento do REsp 1.367.955-SP em que o Min. Paulo de Tarso Sanseverino evidenciou ter que se apoiar no entendimento do Tribunal de Justiça no que se refere a interpretação das provas, vez que é o soberano na análise de provas. No mesmo sentido o REsp 1.051.065-AM de relatoria do Min. Villas Bôas Cueva. Frise-se que a interpretação sobre os fatos entre o juiz de primeira instância e o TJSP foi divergente, tendo sido adotada, portanto, esta última análise. Assim, o decidido pelo Tribunal a respeito dos fatos foi seguido pelo STJ, apenas confirmando a decisão de segunda instância. Desse modo, questiona-se se a atuação do STJ nos casos de responsabilidade pré-contratual – que demandam a análise probatória – não atuariam apenas como confirmador das decisões do TJSP. Para responder essa indagação seria necessário desempenhar uma pesquisa qualitativa dos julgamentos, analisando-se quantos julgamentos dos Tribunais de Justiça sofreram reformas pelo STJ no que se refere ao enquadramento da responsabilidade pré-contratual.

¹³⁴ A este respeito ver BASSO, Maristela. As Cartas de Intenção ou Contratos de Negociação. **Revista dos Tribunais**. vol. 769, nov. 1999, p.28-47.

¹³⁵ Súmula 7 do STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

CONCLUSÕES

A *culpa in contrahendo* nasceu das teorizações de Rudolf von Jhering, na Alemanha, objetivando estabelecer critérios mais objetivos e mais equilibrados na imputação da responsabilidade pela conclusão de um contrato inválido. Desde então, sua teoria foi adotada pela jurisprudência alemã e, posteriormente, plasmada no texto da lei civil. Além disso, a teoria de Jhering se expandiu, encontrando grandes desenvolvimentos na Europa continental.

Dentro do contexto do momento pré-contratual, ganhou relevo e destaque o estudo da ruptura das negociações, deslocando o debate jurídico-acadêmico para a busca de soluções para enfrentar esse tema. Assim, a boa-fé objetiva passa a desempenhar papel fundamental, definindo os contornos e os fundamentos de aplicação da responsabilidade pré-contratual na hipótese de desfazimento das negociações. Por influência europeia, essas ideias desembarcaram no Brasil, todavia sem o mesmo vigor que o encontrado na Alemanha ou em Portugal, por exemplo. Muito disso se reputa à omissão legislativa brasileira, que não prevê expressamente a possibilidade de se aplicar a boa-fé na fase das negociações.

É crescente na jurisprudência brasileira o enfrentamento do tema, bem como o seu reconhecimento. Permanecem tortuosos, no entanto, os critérios de avaliação e aplicação da responsabilidade pré-contratual. O grande debate é verificado na definição de sua natureza jurídica, que acarreta efeitos diversos. Além disso, a extensão da indenização ainda não é uma matéria de tranquila aplicação.

Como contraponto a essas aplicações da responsabilidade pré-contratual, a Inglaterra não reconhece e não aplica uma responsabilização específica ao momento negocial. Tal assertiva pode ser verificada em vários casos concretos em que não se fornece a mesma proteção continental aos negociantes sob o argumento de garantir maior liberdade às partes, sobretudo a liberdade contratual e a autonomia da vontade. Todavia, outros instrumentos são chamados a desempenhar função semelhante à da *culpa in contrahendo*, mas cujo alcance é mais restrito e específico.

Tendo em vista todas as situações expostas, é possível traçar breve diagnóstico da situação da responsabilidade pré-contratual brasileira em cotejo com a alemã e inglesa.

O Código Civil brasileiro não prevê expressamente a exigência de atuar com boa-fé no período negocial. Esta omissão, contudo, não impede que os deveres de consideração, derivados do art. 422 do Código Civil sejam exigidos e aplicados quando se negocia um contrato.

Apesar de derivar de um dispositivo contratual, não se pode afirmar que sua natureza jurídica seja puramente contratual. Isto porque tanto doutrina quanto jurisprudência aplicam a lógica extracontratual ao reger os efeitos, mas tendem a justificar os requisitos com arrimo na seara contratual.

A falta de clareza quanto a isso pode gerar dúvidas e incertezas às partes, que ficam à mercê do cambiante entendimento judicial. Acredita-se que com o aumento do debate, tanto no espaço acadêmico quanto no âmbito prático, pode-se chegar, em breve a conclusões mais firmes acerca da natureza e dos efeitos da ruptura negocial.

No âmbito comparativo cabe ressaltar que a Alemanha, por peculiaridade da sua responsabilidade civil, adotou a sistemática da responsabilidade pré-contratual com caráter e efeitos contratuais, de modo a preencher lacuna deixada pelo BGB, que até a reforma do Direito das Obrigações não reconhecia essa modalidade, mas o direito alemão testemunhou a vida do instituto na jurisprudência desenvolvida. Ademais, por conta da sua construção filosófica, há a opção de se proteger a parte lesada durante o trato negocial, mesmo que isso se reflita negativamente na ideia geral de barganha e numa redução da liberdade contratual e da autonomia da vontade privada. Essa proteção decorre do princípio geral de boa-fé que vincula as partes, mesmo sem um contrato firmado.

A Inglaterra, por outro lado, prefere confiar na literalidade dos contratos, de modo a prestigiar a previsibilidade contratual. Essa postura é estribada no liberalismo econômico que se caracteriza pela pouca interferência estatal nas relações privadas, fazendo com que as partes devem gerir as suas relações da maneira que lhes aprouver, ou seja, cada parte sabe o que é melhor para si e tem a liberdade para buscar, numa negociação contratual, o melhor resultado possível sem que haja qualquer dever altruísta de zelar – mesmo que minimamente – pelo resultado a ser experimentado pela contraparte. Isso, contudo, não quer dizer que o direito inglês não ofereça qualquer proteção à fase negocial. A bem da verdade, há que se analisar as circunstâncias da negociação no caso concreto, a fim de verificar algum excesso que infrinja outro corolário do direito contratual inglês, pois lá não há imposição de deveres de consideração ou deveres oriundos da boa-fé objetiva. Exemplo disso é o *promissory estoppel* em que se protege o *pacta sunt servanda*, mesmo que não haja a *consideration*. A ideia subjacente desse instrumento é evitar o *venire contra factum proprium* – que no direito alemão e brasileiro é decorrência da boa-fé.

No Brasil não há previsão legal expressa que protege os negociantes, como na Alemanha, mas também não se assemelha à desproteção negocial que ocorre na Inglaterra.

Além disso, os valores brasileiros são distintos dos valores ingleses, de modo que o individualismo do Código Civil de 1916 foi substituído pela ideia de eticidade das relações com o advento do Código Civil de 2002. Diante disso, a tarefa de conformar o ideário da responsabilidade pré-contratual no Brasil fica a cargo da doutrina e da jurisprudência, que ainda não se acertaram e emitem opiniões diversas. É certo que as soluções devem ser dadas caso a caso, não sendo interessante uma regra geral. Isso fica evidente por ocasião da necessidade de se analisar se houve ou não violação dos deveres de boa-fé. A maneira usual de enfrentar o tema, então, é através da utilização da boa-fé objetiva. Mas uma crítica pertinente é a de que o art. 422 do Código Civil, que estatui a boa-fé nos contratos, não abrange expressamente o período das negociações.

Diante disso, pode-se dizer que o Brasil, ao adotar a sistemática de cláusulas gerais, tal qual o direito alemão, e ao prever relações éticas, coaduna-se mais com o direito teutônico que com o direito anglo-saxão. A despeito de não aplicar de maneira idêntica, o instituto da responsabilidade pré-contratual, o direito brasileiro enfrenta as mesmas questões dos dois países e todos buscam a mesma solução, qual seja, desencorajar atitudes lesivas. Como visto, isso ocorre com maior força na Alemanha e menor força na Inglaterra, ficando o Brasil em posição semelhante à da Alemanha, com a desvantagem de não ter sido o assunto bem sistematizado e alvo de maiores reflexões acadêmicas e jurisprudenciais. Assim, há diferentes graus de proteção das partes de um negócio. Na legislação europeia continental é possível notar que também há a prevalência dos deveres de consideração, impondo às partes condutas amparadas na boa-fé, fazendo avançar a proteção dos negociantes sobre a proteção da barganha.

Não obstante, é de interesse sopesar essa conjectura com a situação desenvolvida na Inglaterra pois, a sistemática lá desenvolvida pode, de alguma forma interessar ao jurista brasileiro, mormente ao se analisar as cláusulas gerais como “janelas” que conectam a *civil law* com a *common law*, ampliando os limites de atuação do julgador. O modo como o tema da ruptura negocial se desenha no Brasil sobreleva a importância do julgador, pois é de suas observações que serão feitas inferências e constatações que servirão de balizas para casos futuros. Não seria exagero dizer que o tema é jurisprudencial no Brasil.

Assim, pela análise tanto doutrinária quanto jurisprudencial, é possível concluir que no Brasil se aplica uma responsabilidade pré-contratual híbrida, tratando a ruptura das negociações com elementos contratuais e elementos extracontratuais. Isso decorre de uma “costura” feita pelos julgadores, que buscam dar maior guarida à parte lesada, isto é, aquela que não deu causa ao rompimento da negociação e, inclusive, fez gastos e assumiu compromissos

com vistas a concluir o negócio entabulado. É de se notar, todavia, que a lógica extracontratual é mais favorável à parte lesada, tendo o sistema jurídico brasileiro mostrado interesse em caminhar para esse tipo de aplicação. O desejo é que haja o maior grau de uniformização possível sobre o assunto, de modo que os critérios para aferição da ruptura sejam objetivos e coerentes com a legislação civil, sendo eficiente em coibir atos desprezíveis do ponto de vista negocial, bem como proteger o negociante que confiou na contraparte e sofreu uma lesão. Com bases claras e aplicação coerente, o direito brasileiro pode respeitar os princípios contratuais da autonomia da vontade privada e da liberdade contratual, mas, ao mesmo tempo prestigiar e proteger aqueles que negociam com observância à boa-fé. Encontrar esse equilíbrio entre autonomia, liberdade e consideração com a contraparte é o desafio do direito contratual brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Org.). **Comentários ao Código civil Brasileiro: Do Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BASSO, Maristela. As Cartas de Intenção ou Contratos de Negociação. **Revista dos Tribunais**. vol. 769, nov. 1999, p.28-47.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001

BEALE, H. G. (Org.), **Cases, materials and text on contract law**. 2. ed. Oxford: Hart, 2010.

BEN-DROR, Yoav. The perennial ambiguity of culpa in contrahendo. **The American Journal of Legal History**, v.27, p.142-198, 1983, p.189.

BROWNSWORD, Roger. **Contract law: themes for the twenty-first century**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

BURROWS, Andrew. **A casebook on contract**. 5.ed. Oxford: Hart, 2016.

CARTWRIGHT, John; HESSELINK, Martijn Willem (Orgs.). **Precontractual liability in European private law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

CARTWRIGHT, John. **Contract law: an introduction to the English law of contract for the civil lawyer**. 3.ed. Oxford: Hart, 2016.

CHAVES, Antonio. Responsabilidade pré-contratual. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 245-257.

CHITTY, Joseph; BEALE, H. G. (Orgs.). **Chitty on contracts**. 32.ed. London: Thomson Reuters, 2015.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm. **Economica**. vol.4, n. 16, nov. 1937, p.386-405

CORRÊA, Luiz Fabiano. Contratos preliminares ou pré-contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 211-220.

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

CUNHA, Daniela Moura Ferreira. **Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Coimbra: Almedina, 2006.

DAVID, René. **O direito inglês**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.3, 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em Direito Comparado. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. Curitiba, vol. 61, n. 3, set./dez. 2016, p. 189-212.

EBKE, Werner. STEINHAEUER, Betina. The Doctrine of Good Faith in German Contract Law. In: BEATSON, Jack; FRIEDMAN, Daniel (Orgs.). **Good Faith and Fault in Contract Law**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

EIDENMÜLLER, Horst et al. The Common Frame of Reference for European Private Law—Policy Choices and Codification Problems. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 4, p. 659–708, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

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.

FARNSWORTH, E. Allan. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. **Columbia Law Review**. vol. 87, n.2, mar.1987, p. 217-294

FRIED, Charles. **Contrato como Promessa: uma teoria da obrigação contratual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **Revista dos Tribunais**, v. 883, p.9-58, maio, 2009.

FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. **Revista de Direito Privado**. vol. 29. jan./mar. 2007. p. 201-237.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. Curitiba: Juruá, 2008.

GILIKER, Paula. The Draft Common Frame of Reference and European contract law: moving from the ‘academic’ to the ‘political’. In: DEVENNEY, James; KENNY, Mel B. (Orgs.), **The transformation of European private law: harmonisation, consolidation, codification or chaos?**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

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

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. Responsabilidade civil e interesse contratual positivo e negativo (em caso de descumprimento contratual). **Revista de Direito Privado**. São Paulo, vol.63, p. 33-58, 2015.

HARRISON, Reziya. **Good faith in sales**. London: Sweet & Maxwell, 1997.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A boa-fé na formação dos contratos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. Vol. 87. São Paulo, 1992.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.615-624.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, p.23-31, abr. 1996.

KAHN-FREUND, Otto. On Uses and Misuses of Comparative Law. **The Modern Law Review**. vol. 37, n. 1, Jan. 1974. p. 1-27.

KESSLER, Friedrich; FINE, Edith. Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study. **Harvard Law Review**. vol. 77, n. 3, Jan., 1964), p. 401-449

KLASS, Gregory. **Contract law in the United States**. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012.

LEGRAND, Pierre. Against a European Civil Code. **The Modern Law Review**, v. 60, n. 1, p. 44–63, 1997.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÖWISCH, Manfred. New Law of Obligations in Germany. **Ritsumeikan Law Review**. n.20, mar. 2003. p.141-156.

MARKESINIS, B. S. et al, **The German law of contract: a comparative treatise**, 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo Mendes. **Doutrina Essenciais Obrigações e Contratos**. Vol. 1, p.195-228. São Paulo, 2011.

MCKENDRICK, Ewan. **Contract law**. 11. ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2015.

MCKENDRICK, Ewan. Good Faith in the Performance of a Contract in English Law. In: DIMATTEO, Larry A.; HOGG, Martin (Orgs.). **Comparative contract law: British and American perspectives** Oxford: Oxford University Press, 2016.

MENEZES CORDEIRO, António. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2013.

MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Comentários ao código civil: Dos contratos em geral (Arts. 421 a 480)**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

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.

MOURA VICENTE, Dario. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002. **Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal**, vol. 8, n. 25, p. 34-41, abr./jun., 2004.

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

MOURA VICENTE, Dario. **Direito Comparado**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2014.

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

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Karina Penna. **Deveres de consideração nas fases externas do contrato: responsabilidade pré e pós-contratual**. Coimbra: Almedina, 2015.

PEEL, Edwin; TREITEL, G. H. **The law of contract**. 14.ed. London: Thomson Reuters, 2015.

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

PEREIRA, Régis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Frederico Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. vol. 38. Campinas: Bookseller, 2005.

PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2002.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**, v.3. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**, v.4. 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.

TWINING, William. **Karl Llewellyn and the Realist Movement**. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

VALCKE, Catherine. Reflections on comparative law methodology – getting inside contract law. In: ADAMS, Maurice; BOMHOFF, Jacco (org.). **Practice and Theory in Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

VON JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Coimbra: Almedina, 2008.

WHITTAKER, Simon. Good Faith, Implied Terms and Commercial Contracts. **Law Quarterly Review**, v. 129, p. 463, 2013.

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

ZELLER, Bruno, Good Faith - Is it a Contractual Obligation?. **Bond Law Review**, v. 15, n. 2, 2003.

ZHOU, Qi. The Yam Seng Case: A New Development of Good Faith in English Contract Law. **International Trade and Business Law Review**, v. 17, p. 358–369, 2014.

ZIMMERMANN, Reinhard, **Roman law, contemporary law, European law: the civilian tradition today**, Oxford [England] ; New York: Oxford University Press, 2001.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (Orgs.). **Good faith in European contract law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ZIMMERMANN, Reinhard; SCHMIDT, Jan Peter. O Código Civil Alemão e o Desenvolvimento do Direito Privado na Alemanha. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol.12, jul./set. 2017, p.317-357.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.