

# **O ALCANCE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO**

## **THE SCOPE OF CIVIL PRE-CONTRACTUAL LIABILITY UNDER BRAZILIAN LAW**

**Flávia Costa Machado.**

Mestra em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e doutoranda pela PUC/ MG em Direito Privado.

**Resumo:** O presente artigo visa estudar a extensão da responsabilidade pré-contratual no ordenamento jurídico brasileiro. Ante a superação dos antigos paradigmas individualistas que circundavam a disciplina contratual e a consagração da boa-fé objetiva como cláusula geral em nosso ordenamento jurídico, releva-se imperioso questionar a partir de qual momento este dever necessita ser observado por aqueles que desejam realizar um negócio jurídico, isto é, a boa-fé objetiva e seus deveres paralelos já devem ser observados quando há um contato social? ou apenas quando se iniciam as negociações preliminares? A resposta a estas questões implica diretamente na definição do alcance da responsabilidade pré-contratual em nosso cenário jurídico.

**Palavras-chaves:** Contrato. Negociações preliminares. Responsabilidade.

**Abstract:** This article aims to study the extent of pre-contractual liability in Brazilian law. Before the overcoming of the old individualistic paradigms that surrounded the contractual discipline and consecration of objective good faith as a general clause in our legal system, falls is imperative question from what point this duty should be observed by those who wish to conduct a business legal, the objective good faith and its parallels duties must already be observed when there is a social contact? or just when you begin preliminary negotiations? The answer to these questions directly implies the achievement of pre-contractual liability on our legal scenario.

**Key-words:** Contract. Preliminary negotiations. Responsibility.

## 1. INTRODUÇÃO

No século XIX, o fundamento do vínculo contratual assentava-se no primado da autonomia da vontade. O contrato apenas se tornava obrigatório com o livre exercício desta autonomia, pois a vontade era vista como fonte exclusiva dos vínculos contratuais.

No entanto, o panorama contratual foi alterado significativamente, não se fala mais em autonomia da vontade, mas em autonomia privada, vez que a primeira expressão coloca ênfase excessiva na vontade individual, sem conferir, de forma concreta, as liberdades que a sua noção impõe.

O que foi dito não é nenhuma novidade para os operadores do direito, mas não pode ser olvidado quando a proposta de estudo é a responsabilidade pré-contratual, pois a lembrança destas ideias nos permite fazer uma análise mais escorreita sobre a evolução desta hipótese de responsabilidade civil.

No período clássico, o contrato tem força de lei e quase nada é capaz de afastar a sua força imperativa. Sendo um fenômeno volitivo, apenas quando a vontade era livre, não pautada em vícios sociais ou do consentimento, as obrigações oriundas desta vontade formalmente livre não podiam ser afastadas. Daí é fácil compreender que, durante esta fase, buscou-se refutar a possibilidade de surgir responsabilidade civil na fase negocial, já que a liberdade de contratar era vista como um aspecto absoluto decorrente da autonomia da vontade.

Por outro lado, não é difícil intuir porque a teoria de JHERING da *culpa in contrahendo* surgiu em 1861, cujos contornos visam tutelar a parte que confiou na validade do contrato e responsabilizar aquele que não informou sobre a invalidade da avença, visto que, nesta hipótese, a vontade não pode ser considerada totalmente livre. É possível concluir que a partir desta teoria “começava a se fraturar o dogma absoluto da vontade, considerada pela Escola das Pandectas, elemento imprescindível para o nascimento do vínculo contratual” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 492).

O pontapé inicial realizado por JHERING afastando, de certa forma, a excessiva ênfase a vontade como fonte geradora de obrigações, encontra, contemporaneamente, reforço na nova visão do direito civil, pautado em outros princípios para além da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos, vez que há uma gama de outros princípios cujos objetivos são

funcionalizar, revisar e restaurar o equilíbrio no jogo contratual. A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social dos contratos cumprem esse papel no atual cenário contratual.

A teoria do contato social desenvolvida pela sociologia ajudou a perceber que as obrigações jurídicas advindas de um contrato não podem ser vistas de forma estática, isto é, apenas com vistas às obrigações principais assumidas pelas partes, pois as partes que desejam formar um vínculo jurídico desta natureza aproximam-se em momento anterior a sua conclusão e os atos praticados nesta fase não podem ser desconsiderados pelo direito porque a formação da vontade qualificada ocorrerá, em regra, somente após este momento.

Com efeito, pretende-se analisar se toda fase negocial é capaz de gerar responsabilidade civil para quem ofende os deveres laterais da boa-fé objetiva, isto é, o contato negocial de qualquer natureza gerará o dever de respeitar os ditames impostos pela boa-fé objetiva? Para tanto, realizar-se-á um estudo sobre a fase negocial para a compreensão do alcance desta modalidade de responsabilidade em nosso ordenamento jurídico.

## **2. A FASE NEGOCIAL**

Hodiernamente, reconhece-se que a vida em sociedade requer a aproximação das pessoas em diversos níveis com o fito de satisfazerem os seus desejos. No entanto, nem todas as formas de aproximação serão relevantes juridicamente, assim à mensuração do nível de aproximação é importante para se estabelecer as consequências jurídicas do contato social. Cabe à lei estabelecer quais tipos de contatos são relevantes e produzirão efeitos jurídicos e assim o fez com os contratos e com os atos ilícitos.

De tal forma, não deve olvidar que, embora o conceito de contrato seja jurídico, a sua compreensão deve perpassar por outras dimensões, vez que não constitui uma realidade autônoma (ROPPO, 1988, p.7). Com base nesta observação, o direito passou a preocupar-se mais com outras obrigações advindas do contrato, além das principais e secundárias, isto é, deixando de lado a visão simplista sobre o vínculo obrigacional contratual. Atualmente, reconhece-se que as obrigações são complexas porque “paralelamente aos deveres de prestação, principais ou secundários, podem, porém, ainda surgir para as partes outros deveres específicos de conduta (...)” (LEITÃO, 2010, p. 124).

Dito isso, a formação dos vínculos contratuais só pode ser vista como um processo, isto é, uma sequência de comportamentos humanos previstos em lei que são capazes de criar esse liame jurídico entre as partes.

O contrato não nasce pronto. É consequência de uma série de comportamentos humanos e estes comportamentos, mesmo que não haja a formação do vínculo contratual, devem atender a regras de conduta específicas porque a noção de obrigação jurídica complexa não impõe apenas o cumprimento das obrigações principais.

Sendo assim, os deveres específicos de conduta são exigíveis “(...) em três etapas sucessivas: a) a pré-contratual; b) contratual; c) pós-contratual” (FARIAS/ROSENVALD, 2011, p. 56).

O processo contratual se inicia com a realização de um contato negocial, seguindo ou não para as negociações preliminares que podem não prosseguir, ou então podem consubstanciar em uma oferta, sendo aceita pelo destinatário, está formado o elo contratual.

O contato negocial será realizado sempre que uma parte procurar, ainda que desinteressadamente, informações para a realização de um pretensão negócio jurídico, ou seja, é o contato realizado cuja razão e o fim é um negócio jurídico. (FRITZ, 2002, p.3)

As negociações preliminares/ tratativas “são conversas prévias, debates, sondagens, tendo em vista o contrato futuro” (FIUZA, 2009, p. 104). Nesta fase, as partes “(...) manifestam ideias, as discutem, redigem apontamentos, esquemas, minutas, projetos (a assim chamada pactuação), nos quais fixam os pontos de acordo alcançados provisoriamente” (CHAVES, 1997, p. 64)

Com base nestes conceitos, percebe-se que há uma linha tênue entre as duas noções, mas entendemos que o contato negocial é gênero do qual as tratativas são espécie, enquanto o contato negocial é qualquer forma de aproximação no tráfego negocial, com ou sem interesse na conclusão de um contrato, mas cujo pano de fundo é um negócio jurídico, as negociações preliminares caracterizam-se pelo interesse na realização de um futuro negócio jurídico e por este motivo são espécie de contato negocial, em outras palavras, as negociações “são um estágio mais avançado de contato negocial, no qual as partes discutem as cláusulas e condições de um determinado negócio, buscando formar a vontade de contratar (...)” (FRITZ, 2002, p.5).

Para melhor ilustrar, entendemos que configurará um contato negocial, enunciativamente, se uma pessoa, que sabendo que um amigo está vendendo uma casa, pergunta as condições que este pretende realizar a avença, mas apenas por curiosidade. Nesta hipótese, não há negociações preliminares porque ausente o elemento anímico, pois não há discussão com vistas a formar a vontade negocial. Entretanto, se uma pessoa, solicita informações da mesma forma da que foi realizada pelo amigo do vendedor, mas demonstrando interesse na aquisição da dita casa, já se estará na fase das tratativas, pois se configurará a intenção de formar a vontade de contratar.

Em regra, a doutrina brasileira apenas considera relevante às negociações preliminares. Os contatos sociais ou negociais desinteressados não são considerados relevantes juridicamente em face da ausência de norma específica que atribua juridicidade a esta fase. Com base na teoria do contato social, é possível justificar esta postura pelo fato do contato estabelecido entre as partes na fase anterior as tratativas não possuir um grau de aproximação suficientemente forte para assumir relevância jurídica. Igualmente, não podemos esquecer que a relevância jurídica de comportamentos humanos perpassa por uma análise econômica, a juridicidade dos comportamentos supracitados implicaria num maior custo de transação para os negócios jurídicos.

Na contramão desta postura, a legislação alemã reconhece a possibilidade de haver vínculo obrigacional nos contatos semelhantes aos negociais. FRITZ (2012, p.6) colaciona, em seu artigo sobre o tema, os dispositivos do BGB traduzidos para a nossa língua, senão vejamos:

“§ 311 Relação obrigacional jurídico-negocial e semelhante à jurídico-negocial.

(1) Para o surgimento de uma relação obrigacional através de negócio jurídico, assim como para a alteração do conteúdo de uma relação obrigacional, é necessário um contrato entre as partes, se a lei não tiver outra determinação.

(2) Uma relação obrigacional, com os deveres decorrentes do § 241, inciso 2, surge ainda através:

1. do início de negociações contratuais;
2. da preparação de um contrato, durante a qual uma parte, com vistas a uma eventual relação negocial, permite à outra a possibilidade de atuar sobre seus direitos, bens jurídicos e interesses, ou confia-lhe os mesmos;
3. de contatos semelhantes aos negociais.

(3) Uma relação obrigacional, com os deveres decorrentes do § 241 alínea 2, pode surgir ainda para pessoas que não deverão ser parte no contrato. Uma tal relação obrigacional surge especialmente quando o terceiro toma para si confiança, em medida considerável, e, com isso, influencia significativamente as negociações contratuais ou a conclusão do contrato. (grifos nossos)

Em contrapartida, observamos que a massificação das relações contratuais abreviou a fase das negociações preliminares<sup>1</sup> e ate mesmo a suprimiu, isto porque a discussão sobre os termos de um contrato de consumo, por exemplo, geram entraves para um desenvolvimento célere da economia. No entanto, há quem entenda que:

mesmo nos negócios jurídicos instantâneos, nos contratos de adesão e nas relações contratuais de fato há uma fase preliminar. É uma etapa breve, que não se exterioriza posto de natureza psicológica, mas na qual o contratante calcula as vantagens patrimoniais e existenciais de se submeter a uma determinada contratação.(FARIAS/ROSENVALD, 2011, p. 57).

No mesmo sentido, esclarece CHAVES que:

É que nos casos mais simples o proponente ao lançar a sua oferta frequentemente de modo tácito, pela simples exposição de seu produto à venda, e o aceitante ao acolhê-la, cada um deles separadamente, verificou consigo mesmo a vantagem da transação. Embora o fenômeno não se exteriorize, na verdade houve, de lado a lado, cálculo e aquilatação de conveniências recíprocas, não aparecendo porque o pequeno valor da transação, ou a sua repetição inúmera, não dão ensejo a qualquer discussão: trata-se de admitir ou de deixar. (CHAVES, 1997, p. 58)

Se não houve debate, conversas prévias ou sondagens como no exemplo exposto por CHAVES acima, assiste razão FIUZA ao afirmar que nestes casos não houve negociações preliminares, mas sim confusão entre estas e o motivo do contrato, ou seja, as razões íntimas de cada parte na formação do contrato. O que ocorre é que nem sempre haverá exteriorização do motivo e assim sendo, é impossível concluir ter havido negociações preliminares sem que, ao menos, tenha se exteriorizado o motivo (2009, pp. 106-107).

Por outro lado, as peculiaridades da sociedade hodierna trouxeram novos bens e serviços complexos que não são possíveis de serem negociados numa única assentada. As negociações preliminares tornam-se mais nítidas neste espaço. Neste contexto, surgiram os chamados acordos intermediários para atender estas negociações complexas e longas, estes possuem uma miríade de vertentes, mas objetivam, normalmente, estabelecer obrigações, mais ou menos vinculativas, durante a fase negocial.

---

<sup>1</sup> Embora DINIZ (2006, p. 89) e GONÇALVES (2014, p.73) afirmem que, normalmente, os contratos se formem com base em negociações preliminares, compreendemos que a formação dos contratos hodiernamente é feita de forma instantânea em virtude da relação de consumo concluir-se, em regra, por via de contratos de adesão.

De todo o modo, conclui-se que é sempre possível enxergar três momentos na fase antecedente à formação contratual num contrato instantâneo, de adesão ou paritário: i. o momento psíquico, ou seja, a fase interna de elaboração; ii. o período de exteriorização, isto é, aqui há uma atuação das partes, culminando na proposta; iii. o momento de aperfeiçoamento da atividade interna e da apreciação dos meios para a emergência material do vínculo contratual (Cfr. CHAVES, 1997, p. 59).

É óbvio que a fase psíquica não importará responsabilidade e vinculação jurídica se não for exteriorizada, pois “enquanto permanece no interior da consciência, esse germe de direito não adquire caráter jurídico (...)” (CHAVES, 1997, p. 61).

Ultrapassada a fase psíquica, o contato negocial qualificado poderá ensejar responsabilidade civil, ou seja, a partir do período de exteriorização as partes sujeitam-se a arquétipos de conduta impostos pelo princípio da boa-fé objetiva, mesmo que não haja a formação do elo contratual.

## **2.1 AS TRATATIVAS CONTRATUAIS E DA PROPOSTA:**

A formação dos contratos costuma obedecer a um *iter* negocial, ou seja, o processo de conclusão do contrato é construindo por meio de um contato inicial, prosseguindo com debates sobre as cláusulas contratuais que poderão culminar numa proposta e sendo aceita, está concluído o contrato.

Na fase das tratativas, inexistente proposta que vincule as partes, isto porque estas apenas estão sondando a conveniência de criarem um vínculo contratual entre si. Os termos do pretensão contrato ainda não estão definidos, podendo haver consenso sobre alguns pontos que passam a integrar as minutas, esboços ou cartas de intenção – acordos intermédios. O que se observa nestes acordos parciais que não há ainda a obrigação de celebrar o contrato principal porque não há definição dos elementos essenciais do pretensão contrato (FARIAS/ROSENVALD, 2011, p. 57).

Nesta fase, as partes contratam profissionais para realização de estudos de viabilidade do contrato, buscam informações mais precisas sobre o produto ou serviço, verificam quais são as garantias de cumprimento que cada uma das partes está disposta a oferecer, fixam os pontos comuns, sem fixar todos os termos do contrato principal. Razão pela qual as tratativas podem representar um investimento vultoso para as partes. Daí ser comum, as partes realizarem um contrato/ acordos intermediários que estabeleça quem será o responsável pelas

despesas nesta fase, sem, contudo, assumirem o compromisso de realizarem o contrato principal.<sup>2</sup>

O fundamento da não vinculação, em regra, das negociações preliminares (tratativas) se assenta no princípio da liberdade contratual, isto é, as partes possuem autonomia para se vincularem ou não juridicamente. Isto porque “a liberdade é valor fundante, decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana a quem se reconhece, pré-juridicamente, a autodeterminação” (MARTINS-COSTA, 2006, p. 221).

Lado outro, está à proposta/ oferta que é “(...) a firme declaração receptícia de vontade dirigida à pessoa com a qual pretende alguém celebrar um contrato, ou ao público” (GOMES, 2008, p. 73). Trata-se de uma declaração unilateral de vontade emitida pelo proponente ao destinatário cujos contornos já apresentam os elementos essenciais do contrato que se pretende formar.

A doutrina aponta como elementos essenciais para caracterização da proposta que ela seja inequívoca, precisa e completa, isto é, “determinada de tal sorte que, em virtude da aceitação, se possa obter acordo sobre a totalidade do contrato” (GOMES, 2008, p. 73). Daí não ser possível confundir a proposta com as tratativas porque nestas não há definição dos elementos essenciais do pretenso contrato.

Doutra banda, a proposta vinculará o proponente, exceto “se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso” (art. 427 do Código Civil). Esta regra reforça a ideia de que as tratativas não se confundem com a proposta, pois nesta, em regra, não há vinculação jurídica.

Em outro sentido, FRITZ assevera que há uma falsa ideia de que as negociações são despidas de força obrigatória, já que a fase pré-contratual enseja vinculação por força do princípio da boa-fé objetiva que determina a obediência de uma miríade de deveres específicos, razão pela qual entende ser mais adequado compreender que as negociações são vinculativas, mas são alteráveis (2002, p.5). Em nosso ordenamento jurídico, nos parece que a tese de FRITZ não encontra guarida, pois só o contrato ou a lei são capazes de criar este elo jurídico. O que se quer dizer ao se expressar que as tratativas não são vinculativas é que estas de *per si* não geram vínculos entre as partes, ou seja, não há obrigação, em regra, de se seguir os termos

---

<sup>2</sup> Os acordos intermédios/ intermediários/ cartas de intenção não se confundem com as tratativas, pois são contratos propriamente ditos, isto é, um acordo de vontades qualificado cujo objeto é estabelecer vínculo jurídico sobre, por exemplo, as despesas na fase pré-contratual ou o compromisso de manter exclusividade nas negociações.

discutidos nesta fase, tal como ocorre na proposta irretroatável, embora já surja o dever de atuar em conformidade com os ditames da boa-fé objetiva.

Não estará vinculado, como é óbvio o destinatário, enquanto não emita a sua declaração. Embora BESSONE nos relate que há quem defenda que o convívio social impõe o dever de manifestar-se em relação às propostas, daí atribuindo valor jurídico ao silêncio. Tese esta ultrapassada, seja porque a própria norma afasta de forma expressa a vinculação por força do silêncio<sup>3</sup> – inação total – ou porque consagrada a fórmula conceitual de POTHIER sobre os contratos, isto é, os contratos são um acordo de vontades e a inação foge deste esquema (1997, p. 119).

Em relação à natureza da vinculação da proposta, para uns seria de obrigação de contratar mais tarde e para outros se trata de obrigação de manter a proposta. No entanto, assiste razão BESSONE ao afirmar que não é uma nem outra a natureza desta modalidade de vinculação, vez que após a aceitação da proposta não é necessário nenhum outro ato para conclusão do contrato - refutando a teoria da obrigação de contratar no futuro. Por outro lado, alega que também não poderá a vinculação se qualificar como obrigação de manter a proposta, pois se admite a revogação da mesma. Daí concluiu que a natureza é simplesmente de indenizar o prejuízo ocasionado por força “do ato contrário à expectativa voluntariamente criada para o destinatário”(1997, p. 128). Sendo assim, a frustração da conclusão do contrato por incumprimento da proposta gerará o dever de indenizar o interesse contratual negativo, isto é, “o dano sofrido pelo destinatário de uma declaração, em razão de sua confiança (...)”(GONÇALVES, 1997, p.27), não sendo indenizável o interesse contratual positivo que reflete o interesse da parte nos efeitos do contrato pretendido.

### **3. O ALCANCE DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL**

#### **3.1 ABRANGÊNCIA DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL**

O dever de indenizar na fase pré-contratual foi suscitado pela primeira vez na tese desenvolvida por JHERING em 1861 na seara jurídica. Nesta oportunidade, JHERING defendeu a ressarcibilidade dos danos oriundos da celebração de contrato inválido por força da não observância do dever de cuidado na fase de formação do contrato.

Para melhor esclarecer a tese de JHERING, nos socorremos das palavras de António Chaves,

---

<sup>3</sup>No Brasil, o silêncio só tem relevância jurídica quando a lei ou as circunstâncias permitirem, conforme estabelece o art. 111 do Código Civil.

(...) cabe a IHERING a construção dogmática do instituto e a definição da culpa in contrahendo: justamente atribuiu a esse instituto fundamento contratual, explicando que quem se põe a contratar sai da esfera negativa das relações extracontratuais para entrar na positiva das relações contratuais e obriga-se a prestar, in contrahendo a mesma diligência que dele se exige in adimplendo assumindo-se um pacto de responsabilidade cuja violação leva à obrigação de corresponder, a título de ressarcimento, à parte que viu vir a faltar expectativa da realização do contrato o interesse negativo (assim definido por I H E R I N G), isto é, o equivalente ao interesse que a parte teria obtido em não contratar. (CHAVES,1974, p.237)

Atualmente, a *culpa in contrahendo* está disciplinada no BGB (2001), o qual prevê de forma expressa a responsabilização daqueles que causam dano na fase negocial.

No Brasil, o atual estágio dos estudos sobre o tema permite afirmar-se que a tese de JHERING foi alargada, ainda que mais amplamente no campo doutrinal do que nas decisões judiciais<sup>4</sup> e na legislação cível, vez que a nossa atual codificação cível não disciplina de forma expressa o dever de indenizar na fase pré-contratual. Inicialmente, verificou-se alguma resistência no reconhecimento pelo Judiciário em virtude do art. 422 do Código Civil, que trata do dever de observância da boa-fé objetiva nas relações contratuais, apenas fazer menção expressa à observância deste primado na fase da conclusão e da execução contratual.<sup>5</sup>

Embora não haja previsão expressa da responsabilização, a doutrina majoritária brasileira parece ter superado este argumento, pois compreende que a boa-fé objetiva é uma cláusula geral e assim sendo, deve ser observada em todas as fases contratuais, inclusive na fase pré-contratual.<sup>6</sup>

Conforme já mencionado, JHERING foi o primeiro a suscitar a responsabilidade pré-contratual, mas a restringia aos casos de invalidade do contrato. Posteriormente, a sua tese foi alargada, incluindo a hipótese de responsabilidade nesta seara oriunda de rompimento injustificado das tratativas. Razão pela qual, há quem entenda que a responsabilidade pré-contratual coincide somente com a ideia de rompimento abusivo das negociações preliminares

---

<sup>4</sup> Não se pode deixar de mencionar que, mesmo antes da entrada em vigor da nossa atual legislação cível, encontramos algumas decisões que reconheceram a responsabilidade pré-contratual, mesmo sem haver menção no Código Civil de 1916 sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais. São citados por MARTINS-COSTA, o caso dos tomates –AP. Civ. 591028295, Canguçu, TJRGS, 5ª Câmara, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., em 06/06/1991 – e o caso do posto de gasolina –AP. Civ. 591017058, Porto Alegre, TJRGS, 5ª Câmara, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr., em 25/04/1991 –(2000, pp. 473 e ss.)

<sup>5</sup> Art. 422 do Código Civil disciplina: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>6</sup> A conclusão nº 25 da Jornada de direito civil – STJ/CJF prevê a aplicação da boa-fé objetiva na fase pré-contratual.

e da culpa *in contrahendo*. E assim, parece ser o pensamento de AMARAL, ao enunciar que “responsabilidade pré-contratual é aquela que se configura no caso de ruptura das negociações preliminares do contrato” (2004, p. 597).

Não parece ser esta a melhor posição sobre o âmbito da responsabilidade pré-contratual, existem outras circunstâncias que poderão gerar dever de indenizar na fase negocial, exemplificativamente, a quebra do dever de informação ou mesmo iniciar uma negociação sem que haja desde o início a pretensão de formar o contrato. Sendo assim, melhor compreender que sempre que houver dano na fase pré-contratual em decorrência da quebra de uma confiança legítima, haverá responsabilidade, isto é, a violação dos deveres laterais oriundos da cláusula geral da boa-fé objetiva culminará no dever de indenizar quando presentes os requisitos da responsabilidade civil.<sup>7</sup>

Com efeito, a responsabilidade pré-contratual não está restrita apenas as hipótese de culpa por formação de contrato inválido, reconhece-se a possibilidade de sua configuração quando houver rompimento injustificado das negociações preliminares ou em decorrência de contratos inúteis para o contraente formados por força do descumprimento dos deveres laterais oriundos da boa-fé objetiva.

No direito germânico, o alcance da reponsabilidade pré-contratual está previsto no § 311 do BGB, este dispositivo legal abarca, inclusive, período anterior às tratativas, já que a situação de contato negocial no sentido amplo ou de contatos semelhantes aos negociais criam vínculo obrigacional entre as partes, que deverão respeitar os deveres de consideração oriundos da boa-fé objetiva sob pena de responsabilização (FRITZ, 2002, p.7).

Percebe-se, portanto, que no direito alemão houve um alargamento positivado da reponsabilidade pré-contratual, incidindo sempre que as partes se aproximam com a finalidade negocial. Todavia, esta hipótese entre nós, parece não poder ser acolhida, já que apenas as negociações preliminares possuem relevância jurídica. Por outro lado, o tratamento

---

<sup>7</sup> Não haverá espaço para tratar da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. De todo o modo, adiantamos que um dos temas mais polêmicos sobre a responsabilidade pré-contratual é a sua qualificação. Os estudiosos do tema apontam para soluções antagônicas, encontra-se quem defenda que a responsabilidade pré-contratual é espécie da reponsabilidade extracontratual, mas outras vozes disciplinam que a responsabilidade pré-contratual é subtipo da responsabilidade contratual e, ainda, há quem defenda ser outra via de responsabilidade, não se enquadrando como subtipo da responsabilidade aquiliana ou contratual. A qualificação em um tipo ou outro não é apenas um problema de vaidade acadêmica, vez que os elementos para caracterização da existência da reponsabilidade civil ora são supridos, ora presumidos dependendo do tipo que se enquadre. Daí a importância da definição da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual para questões de prova.

conferido pelo legislador alemão sobre o tema, difere daquele dado pelo legislador nacional, pois não há aqui vínculo jurídico obrigacional se quer na fase das tratativas, apenas o dever geral de nesta fase agir em conformidade com os ditames da boa-fé objetiva.

De todo o modo, mesmo não havendo acolhimento de relevância jurídica a fase anterior às tratativas em nosso ordenamento jurídico, no caso concreto poderá haver responsabilização por ato ilícito quando houver violação de algum direito subjetivo da outra parte ou exercício abusivo de direito – arts. 186 e 187 do Código Civil, mas não parece haver espaço para atuação supletiva da boa-fé objetiva, enquanto arquétipo de conduta, vez que esta etapa é despida de relevância jurídica no Brasil. Portanto, o que há nesta fase é o dever genérico de não causar dano a outrem, sem recurso a boa-fé objetiva.

Por outro lado, não custa salientar que nem sempre as negociações preliminares ensejarão responsabilidade daquele que exerceu de forma legítima a sua liberdade de não contratar. Somente haverá espaço para a responsabilização, se houver rompimento abusivo das negociações ou condutas que vão de encontro aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva. Dito de outro modo, somente é possível falar em responsabilidade civil pré-negocial quando houver entre as partes confiança legítima e “a confiança, para poder ser qualificada como legítima, deve, pois, fundar-se em dados concretos, inequívocos, avaliáveis segundo critérios objetivos e racionais” (MARTINS-COSTA, 2003, p. 484).

### **3.2 FUNDAMENTO PARA O DEVER DE REPARAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL:**

O código civil vigente, conforme já dito, não conferiu tratamento específico à fase pré-contratual, especificamente em relação às negociações preliminares, em dissonância com a tendência dos códigos europeus – Itália, Portugal e Alemanha possuem dispositivo específico sobre o tema em suas respectivas legislações.

Apenas a interpretação extensiva do art. 422 do Código Civil nos proporciona entender que há possibilidade de responsabilização nesta fase do iter negocial, na medida em que a sua redação prevê que as partes devem observar a boa-fé objetiva e a probidade na fase da conclusão do contrato e na fase de sua execução, sem mencionar as negociações preliminares. No entanto, se a formação do contrato é um processo, não é sensato compreender que apenas na conclusão e na execução deve-se atender a boa-fé objetiva. Pensar de forma contrária implicará na permissão de comportamentos maliciosos na fase pré-contratual e não parece que

ser honesto, leal e correto são deveres que apenas se impõem em determinadas fases da relação contratual.

Em consonância com o dito acima, NEGREIROS afirma que:

Na promoção de uma ética de solidariedade contratual, o princípio da boa-fé opera de diversas formas e em todos os momentos da relação, desde a fase de negociação à fase posterior à sua execução, constituindo-se em fonte de deveres e de limitação de direitos de ambos os contraentes. (2006, p.118)

Na Alemanha, conforme nos relata MENEZES CORDEIRO (2001, pp.636-637), o fundamento dos deveres paralelos oriundos da boa-fé objetiva, a lealdade e a confiança, assentam-se ora na lei, ora na relação contratual em virtude do tratamento dicotômico que o legislador conferiu a reponsabilidade contratual e a responsabilidade aquiliana. Isto porque as hipóteses que ensejam responsabilidade aquiliana naquele país são mais restritas do que a incidência mais genérica conferida pelo legislador português, na medida em que neste ordenamento jurídico haverá responsabilidade extracontratual sempre que houver desobediência a preceito legal que cause dano a outrem, enquanto na Alemanha a responsabilidade aquiliana:

resulta de três cláusulas que, embora gerais, não cobrem todo o universo delitual possível (373): responde o agente que, com dolo ou negligência, viole um direito de personalidade, real ou semelhante — § 823/1 — que, nas mesmas condições, viole uma norma destinada à protecção de outrem — § 823/2 — ou que, dolosamente, provoque danos, atentando contra os bons costumes — § 826. Por este esquema, um dano patrimonial, que no caia no § 823/1 e não integre uma previsão normativa específica, só seria reparado se fosse contra *bonos mores* e, ainda então, havendo dolo (374). (MENEZES CORDEIRO, 2001, p.637)

Razão pela qual o direito alemão trata da fase negocial como verdadeira fase obrigacional com vistas a sanar a restrição do seu sistema de responsabilidade aquiliana. Em outras palavras,

Lá, a relação obrigacional é entendida não apenas como um vínculo jurídico em função do qual o credor tem o direito de exigir do devedor o cumprimento de um dever de prestação (obrigação em sentido técnico), seja oriundo do contrato ou de ação ilícita, mas como um vínculo jurídico bem mais amplo que se forma já com os primeiros contatos negociais e só se finda depois da extinção do contrato, quando esgotado o risco de lesão à posição adquirida com o negócio, a qual os deveres pós-contratuais visam em última instância conservar (FRITZ, 2002, p. 7).

Comparando o nosso sistema com a da Alemanha e o português, percebe-se que adotamos sistema mais semelhante ao do direito português, ou seja, haverá responsabilidade extracontratual sempre que houver ofensa a preceito legal, causando dano a outrem. Por adotarmos um sistema aberto neste prisma, é preferível entender que aqui a boa-fé objetiva e os seus deveres laterais sempre se justificam na lei. E assim o é porque nos contratos inválidos não se poderia explicar o dever de obediência à boa-fé objetiva, já que desprovidos de efeitos, a inexistência do vínculo face o reconhecimento da invalidade, não permite concluir que a obrigação de atenção aos preceitos da boa-fé objetiva decorre do contrato, já que este não se aperfeiçoou.

De tal forma, não se deve olvidar que “o contrato é fonte efectiva dos deveres contratuais; no entanto, para efeitos de aplicação da boa fé — art. 762.º/2 — ele funciona como mero facto jurídico em sentido estrito” (MENEZES CORDEIRO, 2001, pp.646-647).

Em sentido diverso do adotado pelos países do *Civil Law*, a Inglaterra e os E.U.A adotaram por muito tempo a teoria do *all or nothing*, isto é, ou há um vínculo contratual ou se está diante de um acordo sem vinculação jurídica. No entanto, tem se percebido uma alteração desta postura, especialmente em relação às *letters of intente*. Embora se sinta mais esta mudança de postura nos E.U.A do que na Inglaterra, pois neste apenas vem se reconhecendo a vinculação dos acordos intermediários em que as partes assumem o compromisso de não negociar com terceiros. Já nos E.U.A se reconhece a vinculação das chamadas *misrepresentation* e *promissory estoppel*. As primeiras sancionam a falsa representação de seriedade razoável perante a outra parte; e as segundas são promessas específicas cujo conteúdo vise instigar a negociação e que geram uma razoável expectativa na contraparte em confiar nelas (SANTOS JÚNIOR, 1997, pp. 582-583).

Por outro lado, NEGREIROS nos relata que nos sistemas do *common law* se houver uma cláusula contratual expressa que afaste a aplicação da boa-fé, sustenta-se não ser possível aplicá-la como regra geral e nem mesmo na sua função interpretativa e integrativa (2006, p. 137). Com efeito, ao contrário do que ocorre nos países que adotam o *Civil Law*, não se concede a boa-fé objetiva o carácter de cláusula geral aplicável em todas as fases contratuais. Reconhece-se, timidamente, em algumas circunstâncias específicas, a aplicação deste princípio, normalmente, quando há avença das partes invocando a sua aplicação e nas modalidades de acordos supracitados.

No Brasil, a reponsabilidade pré-contratual não foi tratada de forma descritiva pelo legislador como ocorre na Alemanha e muito menos houve uma opção pela teoria do *all or nothing* de tradição nos sistemas do *common law*. Estamos, talvez, no meio do caminho, vez que não atribuímos responsabilidade civil em decorrência da violação do dever de boa-fé objetiva em toda fase negocial, ou melhor, na fase anterior as negociações preliminares e, mesmo não compreendendo haver vínculo jurídico entre as partes durante as tratativas, os deveres paralelos da boa-fé objetiva se impõem, não sendo admissível afastá-los sequer por uma convenção expressa neste sentido.

Na construção da teoria da culpa *in contrahendo*, JHERING limitou a responsabilidade pela invalidade do contrato ao interesse contratual negativo, isto é, o ofensor deve repor a situação anterior que se encontrava a parte lesada antes da realização do contrato invalido. (FARIAS/ROSENVOLD, 2011, p. 61).

Embora tenha se alargada a noção de responsabilidade pré-contratual desde JHERING, nos parece que a noção do dano indenizável se mantém a mesma para a doutrina majoritária, ou seja, apenas o interesse contratual negativo é indenizável. O grande obstáculo para o reconhecimento da possibilidade de indenizar o interesse contratual positivo é a liberdade contratual, vez que o seu reconhecimento, permitiria a parte lesada exigir da outra o próprio contrato frustrado, já que o interesse contratual positivo representa os benefícios que se alcançaria com a conclusão do contrato. (FARIAS/ROSENVOLD, 2011, p. 61).

O fundamento para manutenção desta postura assenta-se no fato de se compreender que, ao menos quando se trata de revogação da proposta, a obrigação não é de caráter contratual, pois advém de uma declaração unilateral de vontade (BESSONE, 1997, p. 133).

Em outras palavras, se a possibilidade de contratar ou não é uma liberdade, não se pode exigir a contratação em si sob pena de se estar retirando o livre exercício da liberdade em causa. Sem que com isso não se reconheça, é claro, que nenhuma liberdade é absoluta, isto é, sofre limitações. Razão pela qual aquele que, ao exerce um direito, causar prejuízo a outrem, deverá reparar o dano. Desta forma, se garante a liberdade contratual, mas não de forma irresponsável (Cfr. PEREIRA, 2005, p. 38)

Em contrapartida, nos conta FRITZ que, embora majoritária a posição supramencionada, o doutrinador alemão WOLF entende que a responsabilidade pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares funda-se no dever de celebração do contrato e não

na ruptura injustificada, razão pela qual entende ser possível, em certas circunstâncias, a ressarcibilidade do interesse contratual positivo, pois a finalidade é colocar o lesado na posição que se encontraria caso não houvesse lesão aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva. (2002, p. 32). Entretanto, compreendemos ser mais acertada a posição majoritária, vez que o objetivo do ressarcimento por força de um dano na fase negocial, não é restaurar posição potencial que seria alcançada com a contratação, mas sim restaurar a situação que se encontrava a parte antes do dano, sendo certo que o interesse contratual positivo nesta fase implicaria na obrigação de contratar, invalidando o princípio da autonomia privada. Tal posição, apenas se justificaria no Direito Alemanha, pois lá, conforme dito acima, reconhece-se vínculo jurídico desde os contatos semelhantes aos negociais.

### 3.3 OS DEVERES DE CONDUTA IMPOSTOS NA FASE NEGOCIAL

Como é sabido, o exercício de uma liberdade poderá ensejar responsabilidade. Daí que, apesar de se conferir liberdade para contratar ou não em nosso ordenamento jurídico decorrente da autonomia privada, esta não é ilimitada.

Em relação aos limites a liberdade de contratar, MARTINS- COSTA esclarece que existem duas vertentes, que estabelecem o seguinte:

1. Teoria interna: os direitos e respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica; o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta dessa compreensão do direito “nascido” com limites; logo, o âmbito de proteção de um direito é o âmbito da garantia efetiva desse direito.
2. Teoria externa: os direitos e as restrições são dimensões separadas; as restrições são sempre “desvantagens” impostas externamente aos direitos; o âmbito de proteção de um direito é mais extenso do que a garantia efetiva, porque aos direitos sem restrições são apostos limites que diminuem o âmbito inicial de proteção ( 2006, p.232)

O supedâneo da segunda teoria permite concluir que existem direitos sem limites, pois os limites não se encontram no próprio direito, as restrições existirão apenas se houver limitações legais (MARTINS-COSTA, 2006, p. 232). Contudo, compreendemos que a segunda vertente não se aplica ao princípio da liberdade contratual porque é um direito de conteúdo patrimonial e assim sendo, ainda que não houvesse limites explícitos na legislação vigente, não seria coerente pensar num direito com este conteúdo ser irrestrito.

Com efeito, o que irá gerar para todos aqueles que a queiram exercer a liberdade de contratar é o dever de respeitar a legítima confiança da outra parte por força da cláusula geral da boa-fé objetiva configurar-se um limite a esta liberdade.

A mudança de paradigma do direito civil hodierno culminou no alargamento da noção de reponsabilidade ate então experimentada sob a ótica do modelo liberal, daí não é atoa que MARTINS-COSTA afirma que o “alargamento da responsabilidade representa uma “re-significação da autonomia privada como poder-jurígeno” (2006, p. 226).

Não custa lembrar que esta nova tônica, desloca do centro do direito civil os interesses individuais egoísticos e o preenche com os ideais de solidariedade, assim:

(...) em meio ao processo de despatrimonialização ou de funcionalização do direito civil, a noção de autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito do contrato, sintetizadas na afirmação de que a autonomia negocial, diferentemente das liberdades existenciais, não constitui em si mesma um valor.( NEGREIROS, 2006, pp.106-107)

A boa-fé objetiva é princípio basilar de todas as relações jurídicas, a qual busca tutelar a confiança no tráfego das obrigações, com a finalidade de se manter a convivência pacífica e próspera que sem aquela não seria possível atingir. Por conseguinte, reconhece-se, inclusive, o dever de agir com boa-fé objetiva nas negociações preliminares à celebração do contrato. Muito embora não exista um vínculo obrigacional entre os pré-contratantes, impõem-se deveres oriundos do desdobramento do primado da boa-fé objetiva, tais como, o dever de informar a contraparte, dever de manutenção sigilosa das conversações e o dever de comunicar imediatamente à contraparte que não há mais interesse no pretense negócio.

O que se busca tutelar é a confiança justificada que uma parte confere à outra, quando as mesmas negociam a celebração de um futuro contrato, não se admitindo neste momento que uma parte seja desleal com a outra, mesmo que estas não cheguem a um consenso, acabando por não celebrar o contrato. Assim, a doutrina e jurisprudência, sobretudo dos sistemas jurídicos da Civil Law, admitem que incida responsabilidade civil pré-contratual sobre aquele que injustificadamente quebre a confiança esperada da outra parte.

Em razão desta assertiva, MOTA PINTO assevera que

(...) aplicado aos contratos, o princípio da boa fé em sentido objetivo constitui uma regra de conduta segundo a qual os contraentes devem agir de modo honesto,

correcto e leal, não só impedindo assim comportamentos desleais como impondo deveres de colaboração entre ele (2005, p.125).

Desta forma, a função da boa-fé objetiva se traduz em limites de atuação para ambas as partes, portanto, somente uma interpretação da declaração negocial com base neste primado será capaz de traduzir uma “(...) justiça social e materialmente fundada (...)” (PINTO, 2006, p.124).

O supedâneo da boa-fé e de seus deveres laterais é a tutela da confiança, ou seja, deve-se ter em conta que, em determinadas situações, é importante que a confiança justificada que alguém deposita no comportamento de outrem seja considerada juridicamente relevante, conquanto que este último tenha agido de modo a que essa confiança por si conquistada fosse merecida em virtude de determinadas circunstâncias em particular.

Neste sentido, LARENZ assevera que a boa-fé objetiva permite que se possa confiar nas declarações que tenham sido realizadas de forma juridicamente obrigatória e, que nas declarações de vontade receptícias, assumam relevância o alcance intelectual daquele ao qual se dirige a declaração, pois o autor considera que este deverá poder confiar no sentido por si compreendido segundo a situação de fato (1978, pp.58-59).

A tutela da pessoa humana é o fundamento constitucional do princípio da boa-fé objetiva, o que se visa é sanar condutas abusivas no exercício da liberdade contratual, pois o âmbito obrigacional não é espaço para promoção do individualismo à custa da noção de solidariedade e cooperação (NEGREIROS, 2006, pp. 117-118).

Numa tentativa conceitual, assevera MIGUEL REALE que

(...) a boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal (2003, s/p).

Todavia, conceituar a boa-fé objetiva de forma a atender todo o seu alcance, não é tarefa fácil, MENEZES CORDEIRO inclusive afirma que “a boa fé continua indefinida, incapaz de delimitação conceitual e com largo espaço a construir” (2001, p.44). De todo o modo, é possível afirmar que a sua noção decorre da obrigação de agir em conformidade com os ditames da lealdade e da confiança legítima que devem nortear todas as relações obrigacionais.

Na Alemanha, as expressões que representam a boa-fé objetiva são *treu e glauben* que significam em português, respectivamente, lealdade e confiança. Portanto, a noção de lealdade é ínsita à própria noção de boa-fé objetiva ou é até possível afirmar-se que com ela se confunde, mas este raciocínio limitaria a boa-fé objetiva a esta aceção, o que não corresponde à totalidade do fenômeno.

No Brasil, o dever de lealdade é uma modalidade de dever paralelo. Os deveres paralelos são averiguados casuisticamente, daí é impossível enumerá-los. No entanto, existem alguns deveres que são visíveis, de forma geral, na fase negocial, em conformidade com MARTINS-COSTA são:

(...) os deveres de cooperação, de não contradição, de lealdade, de sigilo, de correção, de informação e esclarecimento – em suma, deveres que decorrem da boa-fé objetiva como mandamento de atenção à legítima confiança despertada no futuro contratante e de tutela aos seus interesses (2003, p. 487).

O dever de lealdade se impõe na fase pré-contratual com fulcro na teoria do contato social, isto é, as pessoas que se aproximam para tentar formar um vínculo contratual não podem agir nesta relação somente com interesses egoísticos, devem agir conjugando esforços, pois esse é o comportamento desejado pela sociedade. Portanto, aqueles que se aproximam com propósito negocial, não devem agir de forma dissonante com os imperativos sociais que esta modalidade de relação impõe, senão estarão agindo com deslealdade (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 646).

Com efeito, percebe-se que o dever de lealdade não possui um conceito fechado, mesmo porque os imperativos sociais mudam em conformidade com o tempo e o espaço, daí ser importante indagar qual é o alcance deste subprincípio? MENEZES CORDEIRO afirma que a lealdade por si só nada diz, mesmo quando considerada como objeto de deveres não se esclarece o seu teor e extensão (2001, p.648). O vetor desta questão assenta-se na tutela da legítima confiança, ou seja, a preservação da posição daquele que acreditou legitimamente, com base em elementos objetivos, no comportamento da contraparte. Desta forma, caberá ao julgador apreciar se o comportamento adotado no caso concreto respeitou, objetivamente, os ditames impostos por este dever.

De todo o modo, o dever de lealdade impõe as partes condutas positivas e negativas, algumas já assentadas de forma uníssona pela doutrina. É o que ocorre, por exemplo, com o dever de informar. Este dever está intimamente ligado à fase pré-contratual, pois apenas com

informações precisas, corretas, claras e completas é possível que as partes formem o seu juízo de convencimento sobre a conveniência da contratação de forma inequívoca. Com efeito, não é à toa que ITARRUSPE/PIEDECASAS afirmam que o contrato perfeito é formado com base em informações impecáveis, plenas e corretas (2006, p.61).

Informar é dar conhecimento sobre a real situação dos bens ou serviços, da capacidade de endividamento, etc. O fundamento desta regra está no dever de lealdade que as partes devem observar desde a fase das tratativas. A violação do dever de informação verifica-se tanto numa conduta comissiva, quanto numa conduta omissiva, sem que seja necessário verificar-se culpa para a sua configuração.

O alcance do dever de informação perpassa pela análise da posição jurídica que as partes ocupam durante a negociação, ou seja, se a negociação se realiza entre pessoas que ocupem idêntica posição jurídica ou não, pois havendo posição de superioridade deve se impor maior ênfase ao dever decorrente do dever de informação, o dever de esclarecer.

Uma questão interessante suscitada pela doutrina é a extensão e o alcance do dever de informar, isto é, questiona-se se as partes devem informar todos os aspectos sobre o bem ou serviço prestado, tais como uma informação privilegiada. Sobre este tema, ITURRASPE/PIEDECASAS nos apontam uma decisão da Corte de Apelação da Florida de 1974 que apresenta uma interessante resposta, ao apreciar sobre o dever de compartilhar informações privilegiadas. Trata-se de um dissídio que versava sobre a compra e venda de um terreno neste local, no qual o comprador omitiu o fato de Walt Disney estava considerando construir a Disneyworld por lá, a Corte concluiu que as partes haviam negociado com igualdade de oportunidades e o contrato era perfeitamente válido (2006, p. 61).

Conforme já mencionado, nos E.U.A adota-se o critério do *all or nothing*, motivo pelo qual não é dissonante a decisão citada. Contudo, mesmo nos países que adotam a boa-fé objetiva como cláusula geral, nos parece também que não está dentro do âmbito do dever de informar, o fornecimento de dados privilegiados, pois faz parte do jogo contratual pesquisar sobre a conveniência da contratação, não se podendo favorecer aquele que se manteve inerte em detrimento daquele que se esforçou para conseguir estas informações.

Em consonância com esta ideia, é possível afirmar que há um dever de se auto informar, ou melhor, de buscar esclarecimentos por conta própria, mesmo reconhecendo-se o dever de informar pela contraparte sobre os aspectos relevantes sobre o negócio jurídico, não é justo

atribuir a este o ônus exclusivo sobre a informação, se não houve interesse ou provocação pela contraparte a quem aproveita a informação.

Em outras palavras, o dever de prestar informações à contraparte, não exclui a obrigação de buscar esclarecimentos por si, mesmo porque faz parte do jogo negocial, cada uma das partes querendo tirar melhores vantagens para si da relação jurídica que se pretende realizar e a inação não pode ser privilegiada.

Este raciocínio não se aplica é claro para as relações de consumo, pois não há assimetria entre os contratantes, na medida em que o investimento realizado pelo fornecedor de serviços ou bens sobre os aspectos jurídicos, técnicos, estruturais dos negócios que costuma realizar com o consumidor, colocam aquele em posição privilegiada em relação a este. Com efeito, não é razoável compreender que o consumidor deveria investir em informações antes de celebrar os negócios jurídicos de massa na mesma proporção que o fornecedor, por este motivo quando se fala em hipossuficiência do consumidor não se está a tratar apenas de aspectos socioeconômicos, mas também se está a falar da impossibilidade concreta do consumidor deter informações em pé de igualdade com o fornecedor sobre o negócio jurídico que pretende realizar. Sendo assim, nas relações de consumo é possível afirmar que o dever de informação é mais amplo do que nas relações regidas pelo Código Civil, pois o CDC visa corrigir este desvio.<sup>8</sup>

Diferente consideração sobre o dever de lealdade na fase negocial, é saber se a atenção ao seu preceito implica no dever de não manter negociações concomitantes. Se não houve assunção de compromisso expresso neste sentido, parece não haver obrigação das partes negociarem, exclusivamente, entre si, pois é regra do tráfico mercantil buscar as melhores condições para formação do elo contratual. Por outro lado, assevera-se que se configura motivo justo para o rompimento das negociações preliminares, a obtenção de uma melhor proposta.

Outro dever que deve ser obedecido da fase pré-contratual é o dever de sigilo, as partes não devem divulgar ao público informações potencialmente danosas obtidas por força das

---

<sup>8</sup> O Art. 6º, inciso III do CDC estabelece que é o direito de informação é um direito fundamental do consumidor, *in verbis*:

São direitos básicos do consumidor: (...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

negociações. A confiança depositada por aquele que concedeu informações merece tutela, assim se houver quebra deste dever, haverá possibilidade de responsabilizar o infrator pelos prejuízos causados. Este dever ultrapassa a fase pré-contratual, isto porque mesmo após a conclusão do contrato, o detentor da informação não poderá divulgá-la enquanto houver possibilidade de causar dano ou então até o termo final estabelecido expressamente para este fim.

Por fim, merece também menção o dever de proteção, enxergado por alguns como uma forma mais intensa de dever de cuidado do que a oriunda do *neminem laedere* (FRITZ, 2002, p. 12). Na Alemanha, por força do seu peculiar sistema de responsabilidade civil já citado acima, a tendência é enxergar este dever de forma autônoma ao dever de cuidado, isto porque a responsabilidade aquiliana não resulta do dever geral de não causar dano a outrem. Assim, em virtude da maior aproximação das partes durante a fase negocial do que em outros tipos de contatos sociais, entende-se por lá que este tipo de contato majora as possibilidades de uma parte causar modificações na esfera jurídica da outra. Em nosso ordenamento jurídico, o dever de não causar dano a outrem é cláusula geral, não sendo necessário recorrer a este raciocínio para atribuir responsabilidade na fase pré-contratual a quem cometeu um ato ilícito ou abusou de um direito.

#### 4. SÍNTESE CONCLUSIVA

O alcance da responsabilidade pré-contratual está bem mais alargado do que outrora, isto pode ser observado, por exemplo, pela singela observância de que parte da doutrina tende, atualmente, a chamá-la de responsabilidade pré-negocial, visando corrigir a imprecisão da nomenclatura consagrada, pois é possível a sua configuração nos negócios jurídicos em geral e até mesmo nos atos jurídicos *stricto sensu*. De todo o modo, parece que este argumento não convenceu a doutrina majoritária, talvez porque já está consagrada a expressão responsabilidade pré-contratual, embora se admita que nos atos jurídicos em geral é possível verificar a sua ocorrência.

Em nosso ordenamento jurídico, o reconhecimento da figura acolheu recepção primeiramente na doutrina e alcançou posteriormente importância em algumas decisões judiciais, ainda quando estava em vigor o Código Civil de 1916 pautado em princípios individualistas. Hodiernamente, o Código Civil vigente determina a obediência ao princípio da boa-fé objetiva tanto na conclusão do contrato quanto na sua execução, mas já se reconhece de forma unívoca que a atenção a este primado deverá ocorrer em todas as fases da relação contratual,

vez que o contrato deve ser visto como um processo, isto é, não é possível desassociar as negociações preliminares do próprio contrato.

E ainda, mesmo que não haja a conclusão do contrato, em virtude de uma maior aproximação das partes nesta fase, os ditames da boa-fé se impõem desde as negociações preliminares. Não obstante as partes serem livres para se vincularem ou não juridicamente e apenas a proposta vincular, a boa-fé objetiva atua na sua função restritiva nesta seara, isto é, as partes são livres para romperem as negociações preliminares, desde que não a façam de forma arbitrária. Por outro lado, devem prestar informações claras, precisas e completas sobre as características dos bens ou serviços que serão objeto do negócio jurídico, sem que com isso se imponha o dever de prestar informações privilegiadas, já que faz parte do jogo negocial cada parte querer tirar o melhor proveito do negócio jurídico, sem que com isso se ofenda os ditames da boa-fé objetiva.

O que se observa é que o supedâneo da responsabilização na fase pré-contratual assenta-se na tutela da confiança, razão pela qual sempre que houver ofensa à confiança legítima da contraparte é possível responsabilizar o ofensor. Esta conclusão é retirada da teoria do desbravador da reponsabilidade civil pré-contratual – JHERING. Inicialmente restrita aos casos de invalidade contratual, esta teoria está bem mais ampla na Alemanha do que em outros países, o legislador positivou o dever de agir em conformidade com os ditames da boa-fé objetiva a partir do contato negocial, ainda quando se quer se inicie as negociações preliminares sobre o pretense contrato.

Contemporaneamente, observamos que houve uma ampliação da teoria da *culpa in contrahendo* no Brasil, mas não nos mesmos termos que ocorreu na Alemanha. A inclinação da doutrina brasileira e de nossos julgadores é atribuir relevância jurídica apenas quando houver, no mínimo, negociações preliminares, ou seja, debates sobre os elementos do pretense contrato, pois o contato negocial desinteressado não foi abarcado pelo nosso legislador como um ato juridicamente relevante, ou seja, não é um contato social qualificado pelo direito.

## **5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 5 ed. rev. , atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BESSONE, Darcy. Do contrato: teoria geral. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CHAVES, António. Responsabilidade Contratual. Caracterização. Responsabilidade Pré-Contratual. Cálculo do Ressarcimento. *In Revista da faculdade de direito*, vol. 69, nº 1, São Paulo: 1974.

CHAVES, António. Responsabilidade pré-contratual, 2<sup>o</sup> ed. rev. e ampl. – São Paulo: LEJUS, 1997.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil, Coimbra: Editora Almedina, 2001.

DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos.vol. I. 6<sup>a</sup> ed. ver., ampl. e atual de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10 – 01 - 2002), o projeto de lei 6.960/2002 e a lei n. 11.101/2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano de/ ROSENVALD, Nelson. Direito dos contratos. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

FIUZA, César. Contratos. Coleção direito civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações, *In Civilistica.com*, ano 1, ano 2. 2012, pp. 1-43.

GOMES. Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais. Saraiva: São Paulo, 2014.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. Responsabilidade civil por quebra da promessa. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1997.

LARENZ, Karl, Derecho Civil, parte general, traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Ed. Revista de Derecho Privado, 1978.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações, vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Da Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos, *In O Direito da empresa e das obrigações e o novo código civil brasileiro*, coordenação Alexandre dos Santos Cunha, São Paulo: Quartier latin, 2006, pp.218 -248.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad civil y contratos: responsabilidade precontractual/ Jorge Mosset Itarruspe y Miguel A. Piedecabras – 1ª ed. – Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Maia da Silva. Instituições de direito civil, vol. 3, contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil, 4ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra editora, 2005.

REALE, Miguel. A boa-fé no código civil. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>. Acesso: em 02/08/2014.

ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Livraria Almedina: 1988.

SANTOS JÚNIOR, E. Acordos intermédios: entre o início e o termo das negociações para a celebração de um contrato, *In Revista da ordem dos advogados*, ano 57, Lisboa, 1997.