

RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL

Silvia Marques Sá

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo – o Código Civil brasileiro não contempla expressamente a responsabilidade civil pré-contratual, deixando uma lacuna quanto a possibilidade de indenização pelo rompimento injustificado das tratativas preliminares. Nesse sentido, surgiram diversos fundamentos doutrinários e jurisprudências sobre o tema capazes de viabilizar a aplicação da responsabilidade civil na fase pré-contratual. A presente pesquisa visa a análise da doutrina da *culpa in contrahendo* surgida em 1861 e aplicada a diversos ordenamentos jurídicos europeus, bem como do princípio da boa-fé objetiva e suas funções e deveres, sendo os principais fundamentos jurídicos apontados pela doutrina e jurisprudência pátria. Diante disso, o artigo busca dirimir as controvérsias quanto a aplicação da responsabilidade pré-contratual.

Palavras-chave – Responsabilidade civil pré-contratual. Culpa *in contrahendo*. Princípio da boa-fé objetiva. Rompimento inesperado e injustificado das negociações.

Sumário – Introdução. 1. A formação dos contratos pelo código civil e aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas fases contratuais. 2. Notas de direito comparado em matéria de responsabilidade civil pré-contratual. 3. A responsabilidade civil pré-contratual e o princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho evidência a temática da responsabilidade civil na fase pré-contratual no ordenamento jurídico brasileiro. Procura-se demonstrar se é possível ou não responsabilizar a parte que, inesperadamente e injustificadamente, rompe as negociações preliminares, não pactuando o contrato em negociação, mesmo após gerar legítima expectativa.

Para tanto, abordam-se posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se o princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos são aplicáveis a fase pré-contratual de forma a justificar a responsabilização, com a devida indenização, nas hipóteses de rompimento abrupto e injustificado na fase pré-contratual.

O tema assume importante papel na sociedade na medida em que busca trazer segurança jurídica para as negociações preliminares, assegurando o direito da parte que gerou expectativa legítima, em razão do comportamento da outra, de que o contrato seria celebrado.

Devido ao fato do Código Civil ser omissivo e a jurisprudência ainda não ter critérios objetivos sobre o tema, mostra-se necessário o debate para consolidar a viabilidade jurídica da

responsabilidade civil pré-contratual respaldada no princípio da boa-fé objetiva, conforme vem se consolidando na doutrina e na jurisprudência.

Para melhor compreensão do tema, busca-se diferenciar as negociações preliminares do contrato preliminar, uma vez que neste há contrato que estabelece obrigação de fazer, em geral a celebração de contrato definitivo (Ex.: promessa de compra e venda), já nas tratativas preliminares inexistente contrato. Na fase pré-contratual, as partes discutem, elaboram cálculos e a minuta do contrato.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as fases contratuais e a repercussão da Constitucional Federal de 1988 e do Código Civil nos contratos e no Direito Privado.

Segue-se, no segundo capítulo, trazendo notas de direito comparado em matéria de responsabilidade civil pré-contratual, demonstrando a aplicação da doutrina da *culpa in contrahendo* em diversos ordenamentos jurídicos e a incidência do princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos na fase pré-contratual, gerando responsabilidade civil aos negociantes.

O terceiro capítulo pesquisa a aplicação da responsabilidade civil a fase pré-contratual e do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Procura-se explicitar a responsabilidade civil pré-contratual ou responsabilidade por culpa *in contrahendo*, sendo aquela ensejadora de indenização por comportamento danoso de um dos negociantes antes da formalização do contrato, fundamentada através do princípio da boa-fé objetiva nas negociações preliminares.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa-quantitativa, pois, para a análise deste tema, são necessárias interpretações subjetivas e objetivas, teóricas e concretas. Assim, a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, com auxílio da legislação, da jurisprudência e de dados estatísticos.

A partir disso, será utilizado o método exploratório, a fim de validar as conclusões do presente artigo, sustentando fundamentadamente a hipótese defendida.

1. A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS PELO CÓDIGO CIVIL E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS FASES CONTRATUAIS

Conforme melhor doutrina¹, é possível identificar quatro fases na formação dos contratos, quais sejam: a fase de negociações preliminares (pré-contratual), a fase de proposta,

¹ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2020, p. 940.

a fase do contrato preliminar e a fase do contrato definitivo. O trabalho discorrerá sobre cada uma delas com enfoque na responsabilidade civil na fase pré-contratual, de acordo com o Código Civil.

A fase pré-contratual é a fase inicial, por meio da qual ocorrem as negociações preliminares, as tratativas, as conversas sobre o contrato, onde as partes discutem, elaboram cálculos e a possível minuta do contrato preliminar ou definitivo.

Conforme ilustra Flávio Tartuce²:

[...] Essa fase não está prevista no Código Civil de 2002, sendo anterior à formalização da proposta, podendo ser também denominada fase de proposta não formalizada, estando presente, por exemplo, quando houver uma carta de intenções assinada pelas partes, em que elas apenas manifestam a sua vontade de celebrar um contrato no futuro.

Na fase preliminar, não se pode dizer que há qualquer vinculação entre os participantes quanto à celebração do contrato definitivo. Contudo, o artigo abordará mais adiante sobre a possibilidade de responsabilização contratual nessa fase do negócio jurídico, aplicando o princípio da boa-fé objetiva, o qual é inerente a toda e qualquer relação civil.

Sobre a fase de proposta, é possível dizer que é a fase em que há a formalização da oferta, sendo essa uma manifestação de vontade unilateral que produz efeitos ao ser recebida pela outra parte contratante.

Discorre Carlos Roberto Gonçalves³:

[...] Nem toda iniciativa ou manifestação de vontade no sentido de dar vida a um contrato é oferta em sentido técnico, mas só a declaração de vontade dirigida por uma parte à outra com a intenção de provocar uma adesão do destinatário à proposta. A oferta traduz uma vontade definitiva de contratar nas bases oferecidas, não estando mais sujeita a estudos ou discussões, mas dirigindo-se à outra parte para que a aceite ou não, sendo, portanto, um negócio jurídico unilateral, constituindo elemento da formação contratual.

Conforme afirma Gonçalves⁴, a proposta deve cumprir alguns requisitos essenciais à sua obrigatoriedade, quais sejam: a apresentação de todos os elementos essenciais do negócio proposto, como preço, quantidade, tempo de entrega, forma de pagamento; e redação séria, clara, completa, precisa e inequívoca, com linguagem simples e compreensível, de modo a representar a vontade inquestionável do proponente.

² Ibid, p. 941.

³ RUGGIERO apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 100.

⁴ Ibid., p. 100 a 101.

A parte que formaliza a proposta é chamada de policitante, proponente ou solicitante. Já a parte que recebe a proposta é chamado de *policitado, oblato ou solicitado*. Quando a proposta é aceita pelo oblato, ele passa a ser chamado de aceitante, o que gera o aperfeiçoamento do contrato. Cabe salientar que, o oblato poderá formular uma contraproposta, o que acaba por inverter os papéis: o proponente passa a ser oblato e vice-versa.

Ao formalizar a proposta, o proponente é obrigado a celebrar o contrato definitivo caso a outra parte aceite os moldes da proposta, sob pena de indenização por perdas e danos (art. 427, CC/2002). Isso porque, conforme afirma Carlos Roberto Gonçalves⁵, a formalização da oferta gera legítima expectativa no aceitante, podendo-o realizar despesas, projetos ou cessação de atividades, vinculando, assim, o ofertante que responde por perdas e danos em caso de rompimento injustificado.

Entretanto, conforme consagra o art. 428 do CC/2002, há hipóteses em que a proposta deixa de ser obrigatória: (i) proposta feita sem prazo a pessoa presente e não sendo imediatamente aceita, ressaltando que considera presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; (ii) proposta feita sem prazo a pessoa ausente, tendo decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; (iii) proposta feita a pessoa ausente, não tendo sido expedida a resposta dentro do prazo dado; e (iv) quando antes de chegar a proposta ou simultaneamente a chegada da proposta, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

Ademais, em prestígio ao dever de informar corolário do princípio da boa-fé objetiva, o qual deve ser aplicado à fase de proposta, o art. 430 do CC/2002 prevê que caso a aceitação chegue tardiamente ao conhecimento do proponente, ele deve comunicar imediatamente ao aceitante, sob pena de responder civilmente.

Sobre a oferta ao público, é importante destacar que o art. 429 do atual Código Civil dispõe que “a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”. Ou seja, a proposta feita ao público, realizada por meio de vitrines, anúncios etc., também obriga o proponente desde que a oferta ao público cumpra os requisitos da proposta. Além disso, conforme complementa o parágrafo único do art. 429 do CC, é possível revogar a oferta ao público, pela mesma via da divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada, isto é, desde que respeitado o dever de informar a outra parte.

⁵ Ibid., p. 100.

Cabe ressaltar que, a proposta se distingue da fase preliminar, uma vez que essa não tem o condão de vincular nenhuma das partes, haja vista que não passa de negociações sem força obrigatória, já a proposta é uma manifestação de vontade definitiva para a celebração do contrato, gerando obrigações ao proponente.⁶

Em seguida, tem a fase do contrato preliminar regulamentada nos dispositivos legais do art. 462 ao 466 do CC. Essa fase não é obrigatória, sendo dispensável quando as partes assim o desejarem. Um bom exemplo prático de contrato preliminar é a promessa de compra e venda, contrato esse pelo qual as partes se comprometem a celebrarem um contrato definitivo de compra e venda.

De acordo com Flávio Tartuce⁷:

[...] o contrato preliminar, exceto quanto à forma, terá os mesmos requisitos essenciais do contrato definitivo (art. 462 do CC). Em suma, o contrato preliminar exige os mesmos requisitos de validade do negócio jurídico ou contrato, previstos no art. 104 do CC, com exceção da forma prescrita ou não defesa em lei. Sendo assim, no caso de uma compra e venda de imóvel, de qualquer valor, o contrato preliminar dispensa a escritura pública. [...]

É importante salientar que as negociações preliminares não se confundem com o contrato preliminar uma vez que nesse há contrato que estabelece obrigação de fazer, em geral a celebração de contrato definitivo, já nas tratativas preliminares inexistente contrato. Na fase pré-contratual, as partes discutem, elaboram cálculos e a minuta do contrato, mas não celebram nenhum negócio jurídico.

Conforme cita Flávio Tartuce, Maria Helena Diniz⁸ entende que existem dois tipos de contratos preliminares: o compromisso unilateral de contrato ou contrato de opção e o compromisso bilateral de contrato.

No compromisso unilateral de contrato, apenas uma das partes assume a obrigação de celebrar contrato definitivo, deixando para a outra parte a opção de celebrar o contrato ou não, devendo se manifestar no prazo previsto ou, inexistindo prazo, no que for razoável para a parte obrigada. Um bom exemplo é o contrato de arrendamento mercantil ou leasing quando não há a antecipação ou o parcelamento do valor residual garantido. Isso porque, nesses contratos, é possível que o arrendatário do bem opte por comprá-lo, mediante o pagamento, ao fim do contrato de locação, do valor residual garantido.

⁶ Ibid., p. 101.

⁷ TARTUCE, op. cit., p. 949.

⁸ DINIZ apud ibid., p. 949 a 953.

Enquanto isso, no compromisso bilateral de contrato, ambas as partes assinam e assumem a obrigação de celebrar um contrato definitivo, podendo ter por objeto, assim como no compromisso unilateral de contrato, bens móveis e bens imóveis. No caso de bens imóveis, há uma ressalva a ser feita. No caso do compromisso ser registrado na matrícula do imóvel, estar-se-á diante de um direito real de aquisição do promitente comprador (art. 1.225, VII, art. 1.417 e art. 1.418 do CC), que gera uma obrigação de dar, enquanto, se não houver registro, estar-se-á diante de um compromisso bilateral de contrato com obrigação de fazer.

Os compromissos de contrato criam obrigações que caso não forem cumpridas geram indenização por perdas e danos, devendo ser paga pela parte que não cumpriu com a obrigação de celebrar o contrato definitivo, isso porque a fase de contrato preliminar é regida pelo princípio da boa-fé objetiva bem como por seus deveres anexos.

Por último tem a fase do contrato definitivo, a qual é a última fase da formação do contrato, é nessa fase que há o encontro de vontades possibilitado pela autonomia privada das partes⁹. Com a celebração do contrato definitivo, as partes se vinculam e se obrigam, gerando todas as consequências advindas do Código Civil e, se for o caso, do Código de Defesa do Consumidor.

Deve-se salientar, conforme faz Flávio Tartuce¹⁰, que na fase do contrato definitivo bem como em todas as outras fases do contrato, a boa-fé objetiva com todos os seus deveres anexos ou laterais deve ser aplicada, inclusive na fase pós-contratual.

2. NOTAS DE DIREITO COMPARADO EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

De acordo com Judith Martins Costa¹¹, a doutrina da responsabilidade civil pré-contratual ou por culpa *in contrahendo* foi apresentada pioneiramente pelo doutrinador alemão Rudolph Von Jhering que criou a noção de que há culpa *in contrahendo* toda vez que uma das partes tendo criado a outra convicção razoável de que o contrato seria firmado e injustificadamente rompe as negociações causa danos a outra parte.

Para resolver o problema do dano causado por rompimento injustificado de tratativas negociais ao sujeito que tinha legítima expectativa devido o comportamento da outra parte, Jhering se debruçou sobre o Direito Romano, haja vista que nem a lei e nem a doutrina davam

⁹ TARTUCE, op. cit., p. 953.

¹⁰ Ibid.

¹¹ COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 444.

a resposta. Na época, os raros autores que a versavam sobre o tema entendiam que não havia responsabilidade pelo rompimento de tratativas uma vez que o contrato não havia sido aperfeiçoado, não sendo possível aplicar os princípios da culpa contratual ou o da culpa aquiliana (extracontratual).

Rudolph Von Jhering, ao trazer a teoria para o caso prático teve à seguinte conclusão, conforme descreve Judith Martins Costa¹²:

[...] O famoso jurista havia pedido ao amigo, o qual estava de partida para Bremen, que encomendasse junto a um comerciante local um quarto de uma caixa de charutos. O amigo se enganou e encomendou quatro caixas. Estas lhe foram enviadas pelo comerciante, e Jhering as recusou. Ao mesmo tempo, questionou: o expedidor deveria custear o valor de duas expedições, ou poderia reclamar o reembolso, fosse ao intermediário, fosse ao próprio Jhering? A resposta que deu a si mesmo merece ser transcrita:

«Seria preciso, à força de submissão ao Direito Romano, ter sufocado toda a impulsão do sentimento jurídico sadio, para se contentar em dizer que, ausente o consentimento sobre a quantidade da mercadoria, o contrato não alcançara a perfeição, que, portanto, a ação contratual não seria absolutamente possível, e que, de outra parte, as condições da *actio legis Aquiliae* não estavam presentes. Quem não percebe que é preciso aqui uma ação de perdas e danos?» [...]

Jhering encontrou no Direito Romano casos em que era concedida espécie de perdas e danos ao prejudicado em certas hipóteses de venda nula de um bem ou nos casos de vício na pessoa do vendedor, isto é, a falta de uma condição que este deveria garantir após concluído o contrato.

Após todos esses estudos, o doutrinador alemão construiu a doutrina da responsabilidade por culpa *in contrahendo*, a qual foi prestigiada e incorporada em diversos diplomas legais de diversos países integrantes do Civil Law, tais como o Código Civil Alemão de 1896, o Código Civil Italiano de 1942, o Código Civil Português de 1966 e a Lei Alemã de Modernização do Direito das Obrigações de 2001¹³.

No Direito Alemão, a culpa *in contrahendo* de Jhering foi positivado no atual § 311, inc. 2 e 3 do BGB pela reforma de 2001, estabelecendo que na fase pré-contratual a parte prejudica tem direito de insurgir-se contra a parte que a fez criar legítima expectativa. *In verbis*¹⁴:

Section 311

Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions

¹² COSTA, op. cit., p. 446.

¹³ OLIVEIRA, Leonardo. A responsabilidade civil pré-contratual e a intervenção do poder público na autonomia privada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 2015, p. 184.

¹⁴ GERMANY. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 05 fev. 2022.

(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.*¹⁵

Sobre o Direito Português, Menezes Cordeiro¹⁶ afirma que a teoria da culpa *in contrahendo* trazida pelo Jhering influenciou o Código Civil Alemão (BGB 1896) e o Código Civil Português de 1966, trazendo o art. 227º/1¹⁷ que estabelece que tanto na fase pré-contratual como na fase contratual deve ser observado o princípio da boa-fé objetiva sob pena de responder por perdas e danos. Veja:

Artigo 227.º (Culpa na formação dos contratos) TEXTO 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. 2. A responsabilidade prescreve nos termos do artigo 498.º

Ademais, de acordo com Menezes Cordeiro¹⁸, a doutrina da culpa *in contrahendo* no direito lusitano veio, num primeiro momento, permitir o ressarcimento dos danos causados na fase pré-contratual a pessoas ou a bens e, num segundo momento, exigir a circulação, entre as

¹⁵ Seção 311

Obrigações criadas por negócio jurídico e obrigações semelhantes a negócios jurídicos

(1) Para criar uma obrigação por negócio jurídico e para alterar o conteúdo de uma obrigação, é necessário um contrato entre as partes, salvo disposição legal em contrário.

(2) Uma obrigação com deveres nos termos da seção 241 (2) também passa a existir por

1. o início das negociações do contrato

2. o início de um contrato em que uma das partes, no que diz respeito a uma potencial relação contratual, dá à outra parte a possibilidade de afetar seus direitos, interesses jurídicos e outros interesses, ou os confia a ela, ou

3. contatos comerciais semelhantes.

(3) Uma obrigação com deveres nos termos da seção 241 (2) também pode vir a existir em relação a pessoas que não se destinam a ser partes no contrato. Tal obrigação surge, em particular, se o terceiro, reivindicando um grau de confiança particularmente elevado, influenciar substancialmente as negociações pré-contratuais ou a celebração do contrato. (GERMANY. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Disponível em: https://www.gesetze-iminternet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 05 fev. 2022. Tradução livre).

¹⁶ CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil II*. Portugal: Grupo Almedina, 2021, p. 208.

¹⁷ PORTUGAL. *Código Civil Português*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49779075>. Acesso em: 05 fev. 2022.

¹⁸ CORDEIRO, op. cit., p. 216-218.

partes, de todas as informações necessárias para a contratação, isto é, dever de indenizar e dever de informação.

Em relação ao Direito italiano, conforme dispõe Menezes Cordeiro¹⁹, o Código Civil de 1942 acolheu expressamente a teoria da culpa *in contrahendo* no seu art. 1.337º, surgindo no início como o produto da recepção do pensamento jurídico alemão da terceira sistemática devido a falta de tradições práticas e de jurisprudência tímida.

Já no ordenamento jurídico francês, a responsabilidade civil pré-contratual nunca teve grande desenvolvimento, se limitando apenas a referenciar o pensamento da doutrina alemã, sendo a jurisprudência limitada e antigas, conforme expressa Menezes Cordeiro²⁰, veja:

[...] No espaço jurídico francês, a culpa *in contrahendo* nunca conheceu grande desenvolvimento; as referências que nele têm surgido e que, de modo manifesto, se filiam no pensamento alemão, não devem ser tomadas por um influxo profundo que pressuporia, no mínimo, repercussões jurisprudenciais. Algumas decisões judiciais com interesse, nessa matéria, datam dos finais do séc. XIX e não tiveram seguimento. A incipiência pode explicar-se pela feição central da sistemática francesa, pouco aberta a inovações de tipo periférico e por particularidades da técnica napoleônica da responsabilidade civil. Ainda hoje, a “responsabilidade pré-contratual” é, em França, reconduzida a um instituto de responsabilidade civil delitual. [...]

Diversamente aos países da *Civil Law*, os países que adotam a *Common Law* repelem a tese de que as negociações prévias possam gerar responsabilidade, isso porque nesses países o Direito Civil visa a proteção mais intensa da autonomia privada, tendo a atuação do Estado-juiz ainda mais restrita nas relações privadas e na autonomia da vontade. Nesses Estados soberanos, o juiz somente irá atuar quando uma das partes, vinculadas por sua própria vontade, descumpre suas obrigações em prejuízo da outra parte, ou seja, o Estado-juiz irá tutelar a força obrigatória do contrato, para que não haja insegurança jurídica²¹.

Do mesmo modo que os países que adotam a sistemática da *Civil Law*, o ordenamento jurídico brasileiro caminha junto para consagração da responsabilidade civil pré-contratual, respeitando a autonomia privada e a segurança jurídica, contudo não de forma absoluta, podendo sofrer algumas ponderações com valores igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico, conforme se discorrerá mais adiante.

¹⁹ Ibid., p. 213.

²⁰ Ibid., p. 212.

²¹ OLIVEIRA, op. cit., p. 184.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diferente de alguns diplomas estrangeiros, o Código Civil brasileiro de 2002 possui lacuna quanto à responsabilidade pré-contratual. Entretanto, como será demonstrado, a existência dessa lacuna legislativa não impede a aplicação da responsabilidade pré-contratual uma vez que há arcabouço jurídico para sua aplicação.

Tanto a jurisprudência quanto a doutrina pátria desenvolveram teses sobre o tema com bases em preceitos normativos presente no ordenamento jurídico brasileiro, o que possibilitou a aplicação de deveres de conduta aos contratantes na fase pré-contratual.

Antônio Chaves²², em 1959, publicou uma obra intitulada “Responsabilidade pré-contratual”, ainda sobre a égide do Código Civil de 1916 (também lacunoso sobre o tema), trazendo a ideia de que os negociantes teriam deveres na fase das tratativas, os quais seriam a responsabilidade pré-contratual. Juntamente com Chaves, Pontes de Miranda²³ sustentava que os homens têm o dever de se comportarem com honestidade e lealdade em todas as fases do contrato, inclusive na fase preliminar. Na jurisprudência, o STJ decidiu pela primeira vez sobre o tema em 1995²⁴ no RMS 6183/MG²⁵, nesse julgado o Min. Ruy Rosado aplicou a doutrina de Jhering.

Com o Código Civil de 2002 e o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, o tema recebeu mais base normativa, princípios antes absolutos no Direito Civil como a autonomia privada e a força obrigatória dos contratos perderam força para princípios como o da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual.

O princípio da boa-fé objetiva foi um dos grandes pilares para a fortificação da responsabilidade civil pré-contratual. Esse princípio, positivado nos arts. 113, 187 e 442 do Código Civil e no art. 51, IV, do CDC, impõe às partes a observância de um padrão ético socialmente exigível²⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, em 2013, atualizou a jurisprudência sobre a responsabilidade pré-contratual ao julgar um caso da BMW do Brasil LTDA. O processo²⁷

²² DONNINI apud *ibid.*, p. 185.

²³ MIRANDA apud *ibid.*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 6183/MG*, Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 14/11/1995, Quarta Turma. DJ 18/12/1995.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.051.065/AM*, Rel.: Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Julgamento: 21/02/2013, Terceira Turma. DJe 27/02/2013.

tratava do caso no qual uma determinada pessoa jurídica motivada por anúncio publicitário veiculado em jornal pela BMW do Brasil se interessou pela possibilidade ofertada no anúncio de instalar uma revendedora BMW em Manaus, endereçando correspondência à empresa BMW do Brasil.

Iniciadas as tratativas negociais, com diversos elementos indicando a futura formalização do contrato, como o envio de correspondência do diretor-presidente da BMW do Brasil, o resultado positivo da avaliação de documentos, encontro com o diretor-presidente da BMW em Manaus, convite e participação da parte em reuniões de revendedores, bem como o pagamento em prol de empresa de consultoria, a distribuidora de veículos rompeu com as tratativas inesperadamente e injustificadamente.

Ocorre que, a ex-candidata a revendedora ingressou com ação indenizatória contra a distribuidora de carros devido aos danos causados pela ruptura injustificada das tratativas. A distribuidora da famosa marca de carros alegou a inexistência de responsabilidade civil pré-contratual uma vez que o contrato não havia sido formalmente celebrado, existindo apenas uma expectativa de direito da outra parte.

O caso chegou ao STJ através do Resp. nº 1.051.065/AM²⁸ que afastou os argumentos da BMW, reconhecendo a responsabilidade dessa pelos danos causados pela ruptura abrupta das tratativas, fundamentando tal decisão no basilar princípio da boa-fé objetiva, gerando o dever de indenizar.

Desde então, a jurisprudência vem se consolidando através de decisões do STJ em diversos processos envolvendo a responsabilidade civil pré-contratual, onde reconhece sua existência, baseando todas suas decisões no princípio da boa-fé objetiva e suas funções, fazendo referência a Pontes de Miranda, Orlando Gomes e a doutrina estrangeira sobre o tema.

Sobre o princípio da boa-fé objetiva, esse emana uma tríplice função: interpretativa, corretiva e integrativa²⁹. A função interpretativa está prevista no art. 113 do CC/02 e consiste no trabalho do intérprete em usar como base na sua hermenêutica o princípio da confiança, isto é, o intérprete deve extrair do conteúdo o que melhor se adegue a legítima expectativa. Inclusive, o CJF editou o enunciado 26 e o 27, os quais dispõem sobre a função interpretativa da boa-fé objetiva. *In verbis*:

Enunciado 26, CJF: A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

²⁸ Ibid.

²⁹ MATTIETTO apud OLIVEIRA, op. cit., p. 186-187.

Enunciado 27, CJF: Na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

Contudo, essa função unicamente não fundamentará a responsabilidade civil pré-contratual haja vista que é mero guia interpretativo.

A função corretiva da boa-fé objetiva aplicada à responsabilidade pré-contratual dá ensejo a teoria dos atos próprios³⁰ e o abuso do direito, uma vez que essa função limita direitos. A teoria dos atos próprios tem como fim mitigar a autonomia da vontade para que não haja violação a legítimas expectativas de terceiros, geradas por comportamento contraditório do titular de direito, impondo a esses últimos condutas que visam a proteção das legítimas expectativas.

O enunciado 412 da V Jornada de Direito Civil, baseada no art. 187 do CC/02 dispôs das hipóteses de exercício abusivo de direito abarcado na teoria dos atos próprios. Conforme se observa: “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.”

O *supressio* é termo derivado do latim que significa “supressão”, assim, nada mais é do que a supressão/perda de um direito ou de uma prerrogativa pela inércia do seu titular, sendo um mecanismo da boa-fé objetiva que visa desfazer a acomodação do sujeito omissor³¹.

Já o *surrectio* é termo empregado quando uma conduta reiterada faz surgir um direito ou uma prerrogativa, isto é, a atitude de um sujeito ao longo do tempo faz surgir para outra parte um direito não pactuado.

O *tu quote* é expressão que designa uma situação de abuso verificada quando uma pessoa viola uma lei ou contrato e posteriormente quer se valer dessa mesma lei ou contrato para se beneficiar. Conforme bem ilustra Luciano de Camargo Penteado³², o *tu quote* é “a vedação de dois pesos e duas medidas”, sendo a vedação de contrato não cumprido do art. 476 do CC/02 a melhor representação. Tartuce³³ ressalta que a máxima do *tu quote* é a expressão “não faça contra o outro o que você não faria contra si mesmo”.

Flávio Tartuce³⁴ discorre ainda que:

³⁰ Ibid., p. 188.

³¹ PENTEADO apud ibid., p. 189.

³² Ibid.

³³ TARTUCE, op. cit., p. 624.

³⁴ Ibid, p.922.



Relata o professor da USP que “Pelo ‘tu quoque’, expressão cuja origem, como lembra Fernando Noronha, está no grito de dor de Júlio César, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentavam contra sua vida (‘Tu quoque, filli’? Ou ‘Tu quoque, Brute, fili mi’?), evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, em defesa, a normas que ela própria violou. Trata-se da regra de tradição ética que, verdadeiramente, obsta que se faça com outrem o que não se quer seja feito consigo mesmo”.

A expressão *venire contra factum proprium* é a vedação de comportamento contraditório, isto é, como conceitua Tartuce³⁵, “não é possível exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva”.

O instituto da proibição do *venire contra factum proprium* é muito importante para a fundamentação da responsabilidade pré-contratual uma vez que as condutas praticadas durante as negociações revelam um comportamento e geram uma legítima expectativa, devendo ser mantida a confiança.

O abuso do direito (art. 187 do CC/02) como manifestação da função corretiva da boa-fé objetiva vem para atribuir caráter ilícito a algumas condutas formalmente legais, mas que revelam-se manifestamente contrárias aos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelos fins econômicos. Cabe salientar que a caracterização da abusividade prescinde de interesse de prejudicar.

Nesse sentido, sustenta o enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil, *in verbis*, “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico.”

O abuso de direito pode ocorrer na fase pré-contratual, como foi possível observar no julgamento do caso da BMW citado acima. Nesse caso, a premissa de que as tratativas prévias não vinculam os negociantes, sendo legítimo o rompimento das negociações devido a liberdade de contratar decorrente do princípio da legalidade em sentido amplo, tendo as partes mera expectativa de direito não tutelável, parece relativamente correta. Entretanto, o direito de não contratar não pode ser exercido de forma abusiva, caso contrário enseja o direito de reparar eventuais danos haja vista que se torna uma conduta ilícita.

Por último, a função integrativa da boa-fé objetiva nos leva aos chamados deveres anexos de conduta, sendo esses implícitos ao conceito de boa-fé objetiva. São deveres anexos³⁶,

³⁵ Ibid, p. 926.

³⁶ Ibid., p. 909.

entre outros, o dever de: cuidado, informação, segurança, prestação de contas, sigilo, colaboração, cooperação, lealdade, honestidade e razoabilidade.

Conforme sustentado por Oliveira³⁷, os Tribunais têm entendido no sentido de que o descumprimento de algum dever anexo da boa-fé objetiva gera responsabilização civil objetiva, ou seja, independente de culpa.

Assim, é imperioso observar que a boa-fé objetiva com suas funções e deveres anexos são o pilar da fundamentação para aplicação da responsabilidade civil pré-contratual no ordenamento jurídico brasileiro visto que o Código Civil de 2002 é lacunoso. Dessa forma, conforme ilustra Orlando Gomes³⁸, toda vez que um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu devido a violação ao princípio da boa-fé objetiva, aplicando a responsabilidade civil pré-contratual.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa almejou problematizar a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil pré-contratual no ordenamento jurídico brasileiro nos casos de rompimento injustificado e abrupto das negociações, haja vista lacuna no Código Civil de 2002.

Para tanto, inicialmente abordou as fases contratuais e seus princípios basilares, fundando o entendimento de que a fase pré-contratual é a fase inicial, por meio da qual ocorrem as negociações preliminares, as conversas sobre o contrato, onde as partes discutem, elaboram cálculos e possível minuta do contrato preliminar ou definitivo, estando essa fase regida pelo princípio da boa-fé objetiva.

Posteriormente, no segundo capítulo, analisou a aplicação histórica e comparada da teoria da *culpa in contrahendo* elaborada por Rudolph Von Jhering, em diversos diplomas da Civil Law, como na Alemanha, Itália, França e Portugal. Com isso, foi possível constatar que a doutrina da *culpa in contrahendo* não está expressamente contemplada no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, o terceiro capítulo demonstra a viabilidade jurídica da aplicação da responsabilidade pré-contratual através da doutrina e da jurisprudência.

³⁷ OLIVEIRA, op. cit., p. 190.

³⁸ GOMES apud FACHIN, Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998, p. 131.

Através do estudo do caso concreto julgado pelo STJ no Resp. nº 1.051.065/AM abriu a discussão sobre a possibilidade de indenização por danos causados pela violação do princípio da boa-fé objetiva devido termo inesperado de negociações. Isso porque, conforme explícito, o princípio da boa-fé objetiva através da sua função corretiva mitiga a autonomia da vontade para que não haja violação a legítimas expectativas geradas, nem que haja abuso do direito. Ademais, a não obediência dos deveres anexos da boa-fé objetiva também gera dever de indenizar na fase pré-contratual.

Diante do exposto, conforme entende a melhor doutrina e a jurisprudência majoritária, para aplicação da responsabilidade pré-contratual, o juiz deve analisar o caso concreto com raciocínio ponderativo, analisando todas as nuances, verificando a paridade dos negociantes ou a possível vulnerabilidade, a proximidade da concretização do negócio jurídico, a quantidade de atos praticados pelas partes, a criação de legítima expectativa, a existência de despesas e se o rompimento ocorreu sem justificativa razoável, extrapolando a autonomia da vontade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 11 dez. 2021.

_____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 11 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. nº 1.051.065/AM*, Rel.: Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1210889&num_registro=200800886452&data=20130227&formato=PDF>. Acesso em: 11 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RMS nº 6183/MG*, Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500444763&dt_publicacao=18-12-1995&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 11 dez. 2021.

CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil II*. Portugal: Grupo Almedina, 2021.

COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018.

FACHIN, Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

GERMANY. *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/. Acesso em: 05 fev. 2022.



GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2020.

OLIVEIRA, Leonardo. A responsabilidade civil pré-contratual e a intervenção do poder público na autonomia privada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, 2015.

PORTUGAL. *Código Civil Português*. Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075-49779075>. Acesso em: 05 fev. 2022.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2020.