



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ABUSO DE DIREITO PELO ROMPIMENTO ABRUPTO DAS TRATATIVAS NA
FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL

Lucas Cruzeiro Codeceira

Rio de Janeiro
2021

LUCAS CRUZEIRO CODECEIRA

ABUSO DE DIREITO PELO ROMPIMENTO ABRUPTO DAS TRATATIVAS NA
FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL

Artigo científico apresentado
como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

ABUSO DE DIREITO PELO ROMPIMENTO ABRUPTO DAS TRATATIVAS NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL

Lucas Cruzeiro Codeceira

Graduado pela Universidade Estácio de
Sá. Advogado. Pós-graduando pela
Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro.

Resumo – o Direito Civil moderno é observado sobre o influxo da constitucionalização do Direito, sendo certo que, com o passar do tempo, vários institutos sofreram verdadeira releitura e ressignificação de seus conceitos. As premissas clássicas não podem ser analisadas dissociadas dos valores fundamentais que permeiam o ordenamento jurídico. Nesse sentido, as obrigações e relações contratuais devem ser concebidas como um processo, ou seja, uma sequência desencadeada de atos. Aqui incide o postulado da boa-fé objetiva, bem como a projeção dos deveres anexos à fase pré-contratual, coibindo a prática de condutas abusivas e desleais no momento das negociações contratuais. A essência do trabalho é abordar a consequência da deslealdade negocial de uma das partes, revelando qual deve ser o comportamento do Poder Judiciário frente a tal conduta. Nesse sentido, é possível defender a imposição de indenização, como espécie de sanção, pela conduta abusiva perpetrada.

Palavras-chave – Formação dos Contratos. Abuso de Direito. Projeção da Boa-fé Objetiva. Responsabilidade Civil. Locação Residencial.

Sumário – Introdução. 1. A projeção dos deveres anexos à fase de formação dos contratos de locação residencial: uma questão de boa-fé. 2. Tratativas e legítima expectativa do negociante: qual o limite da desistência?. 3. Abuso de direito e o papel do judiciário frente ao rompimento abrupto das tratativas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa a discutir a possibilidade de adjudicação compulsória, bem como o cabimento de indenização pelo rompimento abrupto das tratativas na formação dos contratos de locação residencial.

Sabe-se que, numa visão neopositivista, o Direito Civil sofre o influxo do Direito Constitucional, naquilo que se denominou constitucionalização do Direito Civil. Dessa forma, vários institutos passam por uma releitura, ganhando relevância os primados da boa-fé objetiva, eticidade e solidariedade.

Nesse sentido, na seara contratual, surge a chamada tríplice função da boa-fé objetiva, sendo certo que da boa-fé objetiva como integração dos negócios jurídicos emergem os chamados deveres anexos.

A doutrina civilista moderna, nesse contexto, estuda e defende a projeção dos deveres anexos à fase de formação dos contratos. Discute-se o limite da boa-fé e até que ponto ficam

vinculadas as partes no momento das negociações. A ebulição modernista do Direito Civil passa a se contrapor à doutrina clássica, regada pelo primado da *pacta sunt servanda*.

Aquele que, ainda na fase negocial, rompe de forma abrupta as tratativas acaba por violar a tutela da legítima expectativa de terceiro, cometendo, conseqüentemente, ato ilícito por abuso de direito. É possível pleitear a adjudicação compulsória do contrato? Sendo negativa a resposta, é possível perquirir indenização por perdas e danos? Como fica a relação jurídica rompida?

A resposta para todas essas indagações perpassa pela análise da projeção da boa-fé objetiva, da incidência dos deveres anexos na fase pré-contratual, da caracterização do abuso de direito como ato ilícito *lato sensu*, bem como pela observância do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

Em suma, objetiva-se com esse trabalho enfatizar a projeção dos deveres anexos à fase pré-contratual, demonstrando a necessidade, cada vez maior, de as partes negociantes observarem a boa-fé objetiva e a tutela da legítima expectativa de terceiro, destacando-se qual deve ser o papel do Poder Judiciário quando instado a se manifestar sobre o tema.

Tem-se como foco o rompimento abrupto das tratativas e a sua consequência na formação dos contratos de locação residencial, ou seja, este artigo visa a estabelecer, mediante análise científica, a possibilidade de adjudicação compulsória e/ou indenização por perdas e danos.

As conclusões, por sua vez, visam a influenciar na maneira como a jurisprudência entende a temática e pauta suas decisões, e, conseqüentemente, estabelecer uma nova lógica comportamental das partes no momento da formação dos contratos de locação residencial.

No primeiro capítulo, faz-se uma abordagem de como a boa-fé objetiva atua na integração de negócios jurídicos específicos e como seus deveres anexos se projetam para a fase negocial dos contratos de locação residencial. Nesse sentido, o primeiro capítulo vem explicar como ocorre a projeção da boa-fé objetiva e dos deveres anexos na fase de formação dos contratos de locação residencial, tudo isso sob o influxo da constitucionalização do Direito Civil.

Evoluindo para o segundo capítulo, indaga-se até que ponto o desenvolvimento das tratativas negociais geram uma legítima expectativa na parte negociante. Isso é feito mediante análise dos próprios limites de vinculação da parte na fase negocial, demonstrando-se quais comportamentos são capazes de gerar uma legítima expectativa de terceiro.

Por fim, no terceiro capítulo, tendo em vista que o rompimento abrupto das tratativas caracteriza abuso de direito, indaga-se qual a postura que deve ser adotada pelo Poder Judiciário

quando instado a se manifestar sobre o tema. Com isso, o terceiro capítulo trata da possibilidade de adjudicação compulsória dos contratos ou o arbitramento de indenização por perdas e danos.

O presente trabalho usará o método hipotético-dedutivo, visto que serão criadas hipóteses com origem em problemas, cujas consequências e resultados serão confirmados ou refutados pelo pesquisador.

Para tanto, a abordagem escolhida será a qualitativa, por meio da qual o pesquisador recorrerá à jurisprudência, à doutrina e ao ordenamento jurídico para sustentar sua tese.

1. A PROJEÇÃO DOS DEVERES ANEXOS À FASE DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO RESIDENCIAL: UMA QUESTÃO DE BOA-FÉ

O Direito Civil é um dos ramos mais clássicos e longínquos da ciência jurídica, possuindo institutos que datam do direito romano (753 a.C.)¹, sendo certo que, diante de sua imensidão e riqueza histórica, muitos conceitos foram se consolidando ao longo do tempo.

A Ciência do Direito, contudo, sofreu enormes transformações, principalmente após os eventos da Segunda Guerra Mundial e do julgamento de Nuremberg, nos quais restou evidenciada a necessidade de se superar a lógica positivista do Direito.

Nesse contexto, surge o chamado pós-positivismo, que, nas lições de Sarmiento e Souza Neto², “[...] se caracteriza por buscar a ligação entre o Direito e a Moral por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo”.

É diante de todo esse cenário que o Direito Civil passa a sofrer a influência do Direito Constitucional. Inicia-se uma nova era nas relações privadas, cuja perspectiva é o direito civil-constitucional.

Segundo Anderson Schreiber³, o direito civil-constitucional opera uma espécie de remodelagem dos institutos civilistas, tendo como fulcro as diretrizes constitucionais, especialmente os valores fundamentais que permeiam o ordenamento jurídico.

O Código Civil de 2002 foi cunhado sob essa nova perspectiva jurídica, possuindo um forte vetor hermenêutico, baseado na operabilidade, socialidade e eticidade. O legislador

¹ É utilizada como referência o ano de fundação da cidade de Roma.

² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO NETO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 164.

³ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 70.

introduz a chamada despatrimonialização do Direito Civil, consistente na primazia dos interesses existenciais em detrimento dos patrimoniais.

Nesse sentido, o instituto da boa-fé está diretamente atrelado a eticidade, correção e lealdade. Adota-se uma dimensão concreta da boa-fé, ou seja, aquilo que se denomina de boa-fé objetiva. Tartuce⁴, inclusive, ao analisar a teoria geral dos contratos, conceitua o princípio da boa-fé objetiva como a exigência de conduta leal dos contratantes.

A doutrina civilista mais moderna indica uma tríplice função da boa-fé objetiva: em primeiro lugar, a boa-fé objetiva se presta à interpretação dos negócios jurídicos; em um segundo momento, a boa-fé funciona como limite ou controle ao exercício de direitos; e, por fim, em uma terceira perspectiva, a boa-fé atua na integração de negócios jurídicos.

Especificamente no campo obrigacional-contratual, Schreiber⁵ leciona que a boa-fé objetiva cumpre com a criação de verdadeiros deveres anexos à prestação principal. Com efeito, os deveres anexos não se aplicam somente à fase contratual propriamente dita, mas também às fases pré e pós-contratual.

Sobre o tema, Judith Martins-Costa⁶ esclarece que:

[...] com efeito, atualmente a relação obrigacional não é mais vista de forma estática. Pelo contrário, se tem como assente que constitui processo onde o vínculo é concebido em seu dinamismo como “ordem de cooperação” polarizada pelo seu adimplemento. Essa importantíssima “descoberta” dogmática” permitiu que - visualizado dinamicamente o vínculo em seus planos do nascimento e desenvolvimento, finalisticamente voltados ao plano do adimplemento - exsurgisse a compreensão dos chamados deveres anexos ou secundários de conduta como resultado da incidência, na relação obrigacional, dos princípios rectores do ordenamento jurídico, entre eles, com especial estatura, o princípio da boa-fé objetiva a impor o crescimento, para ambas as partes da relação, dos deveres juridicamente assumidos em razão do vínculo.

As relações jurídicas obrigacionais, muitas das vezes materializadas em contratos, surgem a partir da livre manifestação da vontade humana. Por essa razão, Arnaldo Rizzardo⁷ afirma que é possível visualizar, no caminho que percorrem os contratantes, duas fases fundamentais, quais sejam: fase negociatória e fase decisória.

A fase negociatória é permeada por atos preparatórios, ou seja, a parte, futura contratante, age sem nenhuma intenção de se vincular. Em outras palavras, até a elaboração de uma proposta definitiva, a parte negociante não tem qualquer responsabilidade civil pelos atos de negociação.

⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 909.

⁵ SCHREIBER, op. cit., p. 599.

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, V. 8. p. 597.

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 85.

Todavia, não é mais viável conceber as ditas fases contratuais como uma classificação estanque, funcionando como etapas que não dialogam entre si. Essa concepção clássica está superada.

Na palavras de Judith Martins-Costa⁸:

[...] hoje se tem como assente que, do vínculo obrigacional, defluem deveres para ambos os participantes do vínculo, na medida em que a relação obrigacional é vista como uma totalidade que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, que é o seu fim, formando uma "cadeia de processos" teleologicamente interligados.

Processo está intimamente ligado à ideia de uma série de atos destinados ao atingimento de um determinado fim. Nesse contexto, a obrigação como processo significa dizer que a relação obrigacional-contratual representa uma série de atos voltados a determinado atingimento.

É nesse íterim que se projetam os deveres anexos. Esses devem ser compreendidos à luz da obrigação como um processo. Clóvis Couto e Silva⁹ observa que “[...] os deveres secundários comportam tratamento que abrange toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica [...]”.

É possível apontar alguns deveres anexos ao contrato: dever de cuidado, informação, prestação de contas, colaboração, cooperação, sigilo.

Salutar apontar que a projeção da boa-fé objetiva – e seus consequentes deveres anexos –, à fase pré-contratual encontra guarida no artigo 422 do Código Civil¹⁰. Segundo Tepedino¹¹, “[...] o termo ‘conclusão do contrato’, tal como constante do art. 422, merece uma interpretação igualmente extensiva, abrangendo também a fase preliminar à conclusão, ou de pré-conclusão”.

Saliente-se que, na prática forense, é possível pensar casos concretos em que a fase de negociação já está tão adiantada, que resta muito tênue a divisão entre tratativas e formalização da proposta.

Ademais, podem-se verificar condutas de um dos negociantes que geram no outro, ainda em fase negocial, uma legítima expectativa de ter o contrato celebrado.

Imagine-se a hipótese em que, visando a alugar seu apartamento, o proprietário propõe a locação ao interessado, desde que este apresente um projeto de revitalização da sala de estar. Após apresentado o projeto, o proprietário demonstra interesse em continuar as tratativas, sendo

⁸ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 597.

⁹ COUTO E SILVA apud TARTUCE, op. cit., p. 648.

¹⁰ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406/compilada.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: 2. ed. V 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 16.

certo que o futuro locatário adquire os insumos e materiais necessários à reforma. Ocorre que, antes da assinatura do contrato, o proprietário desiste do negócio e resolve alugar para outro.

Note-se que, pela situação hipotética ilustrada, não resta dúvida que a relação obrigacional deve ser vista como uma cadeia de atos (obrigação como processo). Nas palavras de Tepedino¹², “[...] o que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva é assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato”.

Dessa forma, não se pode negar que a aplicação da boa-fé objetiva está intimamente ligada ao princípio da função social. No âmbito das relações jurídicas contratuais, a função social do contrato exerce um poder de limitação à liberdade de contratar, bem como tem por escopo impedir o abuso do direito.

Consoante Arnaldo Rizzardo¹³, a função social do contrato leva a prevalecer o interesse público sobre o privado e, conseqüentemente, impõe o proveito coletivo em detrimento do meramente individual, tendo em conta mais uma justiça distributiva do que meramente retributiva.

Nesse contexto, os contratos de locação residencial sofrem um grande influxo da função social dos contratos. Isso, porque essa espécie contratual, regida pela Lei 8.245/91, está inserida no âmbito de análise econômica do Direito.

Segundo Paulo Nader¹⁴:

[...] das modalidades de locação, a residencial é a que encerra maior significado social, pois afeta a qualidade de vida de grande parte da população. A questão que envolve é complexa, pois a proteção ao economicamente mais fraco não deve realizar-se penalizando o locador, mas impedindo a ganância e o abuso do poder econômico nas relações *ex locato*.

Ressalte-se que, justamente por esse destaque social que possuem os contratos de locação residencial, deve-se tornar cada vez mais robusta a projeção dos deveres anexos da boa-fé objetiva à fase pré-contratual, cuidando-se para que não sejam renegados os primados da legítima expectativa, da boa-fé, da função social, da eticidade e da socialidade.

¹² Ibid.

¹³ RIZZARDO, op. cit., p. 60.

¹⁴ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 275.

2. TRATATIVAS E LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO NEGOCIANTE: QUAL O LIMITE DA DESISTÊNCIA?

A tutela da legítima expectativa de terceiro decorre do chamado “princípio da confiança”, sendo esse um desdobramento da própria função interpretativa da boa-fé objetiva. Existem comportamentos que geram expectativa, ou seja, a forma como uma dada pessoa se comporta faz com que outra pessoa espere por desdobramentos lógicos da conduta anterior.

Nesse sentido, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁵ “[...] ao depositar, antecipadamente, um cheque pós-datado o credor viola, frontalmente, a boa-fé objetiva, atentando contra a legítima expectativa despertada no devedor”.

Note-se que o Código Civil de 2002 disciplinou expressamente a formação dos contratos, adotando, para isso, um sistema binário, composto por proposta e aceitação. Para Schreiber¹⁶, sendo o contrato verdadeiro acordo de vontade destinado a produzir efeitos obrigacionais, a sua formação ocorre com o encontro dessas duas manifestações de vontade.

Nas lições de Orlando Gomes¹⁷, “[...] a proposta e a aceitação constituem atos pré-negociais, cujos efeitos são determinados pela lei”. Contudo, como bem adverte Anderson Schreiber¹⁸, “[...] a formação dos contratos muitas vezes escapa, na prática, ao esquema desenhado pelo Código Civil, em que o contrato emerge do encontro de dois atos unilaterais prontos e acabados, quais sejam, a proposta e a aceitação”.

Isso porque, na visão moderna da obrigação como um processo, as tratativas possuem um desenvolvimento que, conforme o seu próprio caminhar, ocasiona na parte negociante certa expectativa. Nesse contexto, a tutela da legítima expectativa atua como um limite da liberdade de desistência do negociante.

No exemplo supramencionado, no momento em que o pretendente locador aceita o projeto de revitalização da sala de estar, apresentado pelo pretendente locatário, há em relação a este o surgimento da legítima expectativa. No instante em que o negociante manifesta a sua anuência com o projeto, a fase de negociação avança, alcançando um *status* diferente daquele verificado no início das tratativas.

Assim, o que se pretende dizer é que não é lógico conceber a fase de negociação como um todo, ou seja, existem momentos diferentes durante as tratativas. Desse modo, a

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 130.

¹⁶ SCHREIBER, op. cit., p. 648.

¹⁷ GOMES apud TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 63.

¹⁸ SCHREIBER, op. cit., p. 664.

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é precisa ao estabelecer que se deve reconhecer à responsabilidade pela reparação de danos originados na fase pré-contratual caso verificadas a ocorrência de consentimento prévio e mútuo no início das tratativas, a afronta à boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo dessas, a existência de prejuízo e a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido¹⁹.

Schreiber²⁰ observa que o debate sobre a responsabilidade civil pré-contratual surgiu na Alemanha, sendo certo que a doutrina e a jurisprudência brasileira reconhecem a existência de responsabilidade civil pré-contratual nas hipóteses em que a ruptura das tratativas ocorre de modo repentino ou surpreendente, ou seja, nos casos em que há lesão à legítima expectativa despertada na outra parte pelo comportamento de quem dá causa à ruptura.

É preciso, contudo, estabelecer quais comportamentos, durante a fase de negociação, fazem emergir a legítima expectativa. Analisam-se os limites de vinculação da parte na fase das tratativas. Para isso, apontam-se certos requisitos indispensáveis para a configuração da responsabilidade civil pré-contratual.

Consoante Anderson Schreiber²¹, indispensável que a ruptura ocorra unilateralmente; que o comportamento anterior da parte que dá causa à ruptura tenha despertado a legítima expectativa da outra parte de que o contrato seria formado; e, por fim, que a vítima tenha sofrido dano causado pela ruptura.

Nessa lógica, especificamente quanto aos contratos de locação residencial, para que haja legítima expectativa do negociante, imperioso que as tratativas avancem ao ponto de se fazer crer que o contrato será celebrado. É o caso, por exemplo, da desistência em momento anterior à entrega das chaves, após as partes terem trocado todos os documentos, negociado os termos do contrato e reconhecido firma das assinaturas.

Saliente-se que, segundo entendimento de Flávio Tartuce²², por ausência de expressa previsão legal, não se pode afirmar que a fase das tratativas vincula as partes, como ocorre com a proposta.

Por outro lado, embora seja possível defender que as tratativas não ocasionam efeito vinculante, evidente que, desde os debates prévios, as partes encontram-se vinculadas à

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp n° 1.051.065*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seque ncial=26862931&num_registro=200800886452&data=20130227&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 12 jan. 2021.

²⁰ SCHREIBER, op. cit., p. 665.

²¹ Ibid.

²² TARTUCE, op. cit., p. 941.

observância dos deveres anexos. É nesse contexto que a ausência de lealdade de um dos negociantes, por exemplo, resulta em responsabilidade civil.

Observe-se que a responsabilidade civil por ruptura abrupta das tratativas decorre igualmente da projeção do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium* à fase pré-contratual. Segundo Tepedino²³, “[...] a ninguém é dado vir contra o próprio ato. Em sua acepção contemporânea, este princípio veda que alguém pratique uma conduta em contradição com sua conduta anterior, lesando a legítima confiança de quem acreditara na preservação daquele comportamento inicial”.

Nesse ponto, fundamental destacar que, na *venire contra factum proprium*, a contradição se opera entre condutas lícitas se isoladamente interpretadas. Assim, no momento da negociação de um possível contrato de locação residencial, é lícito a parte impor determinadas condições ao interessado, bem como lhe é lícito desistir do negócio antes de sua celebração.

Ocorre que, ao negociante não é permitido desistir do negócio quando, anteriormente, adotou comportamentos específicos que fizeram despertar na outra parte uma legítima expectativa, consubstanciada na confiança de que o pacto seria celebrado.

Ademais, no que toca aos contratos de locação residencial, a tutela da legítima expectativa na fase preliminar ganha especial relevância, tendo em vista a função econômica e social dessa espécie contratual.

Consoante os ensinamentos de Anderson Schreiber²⁴:

[...] Como se vê, a responsabilidade civil por ruptura das negociações preliminares é fundada não na culpa em seu sentido tradicional, mas sim na violação à boa-fé objetiva. É lícito romper negociações preliminares a uma contratação, por motivos que vão desde a não obtenção do acordo de vontades até o simples desinteresse, passando, naturalmente, pela identificação de melhores ofertas de negócios. O que se procura reprimir é o comportamento de quem, após agir como se a contratação fosse ocorrer, rompe abruptamente as negociações preliminares, lesando a confiança da outra parte e lhe causando algum dano.

Logo, em relação à fase pré-contratual dos contratos de locação residencial, é possível apontar alguns limites para a desistência da celebração do pacto definitivo, todos imbricados pela constitucionalização do Direito Civil, quais sejam: função social, análise econômica do contrato, tutela da legítima expectativa de terceiro, vedação ao comportamento contraditório e boa-fé objetiva.

²³ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 43.

²⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 666.

Todos esses institutos apontados são decorrência lógica de um Direito Civil que preserva a lealdade e a cooperação entre os negociantes, ou seja, tutela a incidência dos deveres anexos à fase pré-contratual.

Nas lições de Tepedino²⁵, a interpretação de certos institutos deve ocorrer de forma ampla, em decorrência dos deveres anexos que emanam da solidariedade constitucional e da boa-fé objetiva.

3. ABUSO DE DIREITO E O PAPEL DO JUDICIÁRIO FRENTE AO ROMPIMENTO ABRUPTO DAS TRATATIVAS

Na classificação dos atos, fatos e negócios jurídicos, é possível visualizar o chamado ato antijurídico, consubstanciado na violação dos limites axiológico-normativos impostos pelo ordenamento jurídico.

O abuso de direito está expressamente previsto no artigo 187 do Código Civil²⁶. Segundo esse dispositivo, os titulares de direitos devem exercê-los nos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Nesse sentido, Flávio Tartuce²⁷:

[...] o art. 187 do CC/2002 determina qual a sanção para a pessoa que contraria a boa-fé no exercício de um direito: cometerá abuso de direito, assemelhado a ilícito (função de controle da boa-fé objetiva). Ato contínuo, o art. 422 da Lei Geral Privada valoriza a eticidade, prevendo que a boa-fé deve integrar a conclusão e a execução do contrato (função de integração da boa-fé objetiva).

Essa categoria de ato ilícito remonta ao direito romano. Naquela época, conforme ensina Gustavo Tepedino²⁸, já se identificava que o exercício de um direito subjetivo poderia contrariar a sua própria finalidade, aquilo que se conhecia por *summum jus, summa injuria*.

Saliente-se que é firme o entendimento na doutrina brasileira, a exemplo de Anderson Schreiber²⁹, de que a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito dispensa a demonstração de culpa, sendo certo, ainda, que o elemento do ato ilícito não é essencial para qualificar o exercício do direito como abusivo.

²⁵ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 575.

²⁶ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406/compilada.htm>. Acesso em: 17 jan. 2021.

²⁷ TARTUCE, op. cit., p. 97.

²⁸ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 364.

²⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 328.

Ademais, Schreiber³⁰ adverte que “[...] os efeitos do abuso não são restritos ao dever de indenizar, não havendo uma ‘sanção específica’ predefinida pelo ordenamento, na esteira da tendência de superação da taxatividade dos remédios jurídicos”.

Essa posição tangencia o papel do Poder Judiciário frente ao abuso de direito. O rompimento abrupto das tratativas, caracterizador do abuso de direito, tem o condão de viabilizar a adjudicação compulsória da formação contratual ou a matéria ficaria adstrita à indenização por perdas e danos?

Num primeiro momento, importante destacar que a análise do abuso de direito, como ato ilícito, transcende a dicotomia responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual. Nas lições de Flávio Tartuce³¹, a responsabilidade civil do Código Civil de 2002 está assentada nos conceitos de ato ilícito e abuso de direito, sendo certo que este último também se aplica em sede de autonomia privada.

Nesse viés, às relações contratuais construídas desde as negociações preliminares aplica-se o instituto do abuso de direito. A falta de lealdade, portanto, e o consequente rompimento das tratativas, ao caracterizar abuso de direito, requer providências por parte do Poder Judiciário.

Indubitável que a conduta que causa danos a outrem enseja a reparação correspondente. Não é isso que se pretende discutir. Cogita-se a hipótese de reparação ou de tutela específica em relação àquele que desiste, sem aparente razão, de celebrar um contrato, ainda que não caracterizado um prejuízo aparente à outra parte.

A primeira hipótese – indenização pelo rompimento abrupto das tratativas – é de mais fácil solução. Conforme se extrai do Enunciado nº 539 da VI Jornada de Direito Civil³², o abuso de direito, categoria autônoma que é, enseja um controle independente de dano.

O escopo do mencionado enunciado é demonstrar que o exercício abusivo de uma posição jurídica deve ser duramente repreendido na esfera jurisdicional. O exercício abusivo do direito é deletério para as relações jurídicas, uma vez que se quebra a confiança e a lealdade, abalando a confiança em contratar.

Aquele que rompe tratativas, alterando diametralmente sua vontade, mesmo após ter dado demonstrações de que o pacto seria firmado, abala sua própria credibilidade. É justamente por esse motivo que o Poder Judiciário deve agir, reprimindo tais condutas e aplicando sanções.

³⁰ Ibid.

³¹ TARTUCE, op. cit., p. 706.

³² BRASIL. CJF. *VI jornada de direito civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

Aqui, indaga-se: qual deve ser a sanção aplicada?

Para Tepedino³³, o direito civil contemporâneo preceitua que a aferição da abusividade de um direito é de ordem objetiva, ou seja, depende tão somente da desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento.

Por tudo que envolve, aquele que rompe abruptamente tratativas negociais deve ser sancionado pelo Poder Judiciário. A correspondente indenização visa a desestimular a reiteração da conduta abusiva, protegendo o aspecto econômico do direito, bem como a reprimir o uso indevido de uma posição jurídica.

Observe-se que não se trata puramente de indenizar o dano sofrido pela outra parte, vítima do ato abusivo, mas também de potencializar o *quantum debeatur* diante da forma de agir do negociante. Em suma, o valor da indenização conferido em favor da vítima do ato abusivo seria a soma do dano por ela suportado (caso reste demonstrado o abalo à sua esfera individual) e da quantia correspondente à reprimenda estatal à conduta abusiva.

Nesse contexto, Schreiber³⁴ leciona que: “[...] impõe-se ao intérprete verificar, além da simples licitude do ato (não ilicitude), se este pode ser considerado como a realização prática de uma ordem jurídica de valores, extraída da Carta Constitucional – apenas nessa hipótese poderá o ato ser reputado merecedor de tutela”.

Assim, além das hipóteses em que o exercício abusivo de uma posição jurídica faz surgir responsabilidade civil, o abuso de direito deve receber respostas jurisdicionais eficazes. Nesse viés é que se toca em ponto sensível da temática: o Poder Judiciário pode determinar a celebração compulsória de um contrato? Em outras palavras, o rompimento abrupto das tratativas pode ensejar adjudicação compulsória?

Consoante ensina Antônio Campos Ribeiro³⁵, nos ditos contratos preliminares, já estão presentes os elementos constitutivos e essenciais, sendo certo que não se trata de contrato definitivo, porque a celebração deste é justamente a obrigação daquele, e, somente em tais contratos, admite-se adjudicação compulsória.

A adjudicação compulsória por rompimento abrupto das tratativas acabaria por macular a autonomia privada. A tutela específica, nesses casos, ocasionaria uma celebração contratual compulsória, o que não se admite. Da mesma forma que a Constituição Federal tutela a boa-fé objetiva, também protege a liberdade de contratar. Ninguém pode ser compelido a

³³ TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, op. cit., p. 365.

³⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 330.

³⁵ RIBEIRO, Antônio Campos. *Responsabilidade pré-contratual*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1999/revdireito1999A/est_responsprecontrat.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

pactuar um negócio jurídico de locação residencial, sob pena de se afrontar até mesmo a propriedade privada.

Desse modo, o arbitramento de indenização se mostra a via mais adequada numa análise de ponderação de interesses. Essa postura por parte do Poder Judiciário não causa mácula à autonomia privada, bem como não desampara a boa-fé objetiva, coibindo o uso abusivo de um direito.

Nas lições de Judith Martins-Costa³⁶:

[...] Atualmente, não se têm dúvidas em fundar a responsabilidade pré-contratual - que alguns autores sustentam formar um *tertium genus*, ao lado da responsabilidade contratual e da aquiliana - redimensionando o seu âmbito de incidência, no princípio da boa-fé objetiva porquanto a relação dirigida à conclusão de um negócio torna-se fonte da obrigação de comportar-se com boa fé no momento em que surge para uma ou para cada uma das partes confiança objetiva na outra.

Nessa senda, verifica-se que a postura do Judiciário não há de ser outra que não a de coibir a prática de posturas abusivas nas relações negociais, ainda que não se tenha um dano aparente, sem poder utilizar, contudo, tutela específica. Essa forma de decidir garante a credibilidade dos negociantes, tutela a legítima expectativa de terceiro e garante a eficácia dos deveres anexos projetados à fase pré-contratual.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como questão central, a existência de um aparente embate entre a liberdade de contratar e a tutela da legítima expectativa de terceiro. Trata-se de conflito aparente, uma vez que, passível de solução pela técnica da ponderação de interesses.

Conforme se verificou no segundo capítulo, a obrigação contratual deve ser modernamente pensada como um processo. Nesse sentido, a sequência desencadeada de atos negociais (fase das tratativas), não pode ser pensada como uma fotografia, mas sim como um verdadeiro filme.

Dessa forma, a depender do quanto adiantada esteja a negociação, a liberdade de desistência de um dos negociantes diminui, ao passo que aumenta a proteção jurídica da legítima expectativa da outra parte.

Essa sistemática é vital para os contratos de locação residencial. Isso porque, como já dito, essa espécie contratual possui forte carga social, ligada diretamente a análise econômica

³⁶ MARTINS-COSTA, op. cit., p. 597.

do direito. Tutelar a legítima expectativa do negociante é garantir segurança jurídica às negociações locatícias, e, conseqüentemente, possibilitar uma higidez do mercado.

Ressalte-se que, o ordenamento jurídico pátrio já possui todo o arcabouço necessário para que o aplicador do direito coíba o abuso da desistência negocial. Não é necessário nenhum tipo de providência em âmbito de *lege ferenda*.

A doutrina abordada no terceiro capítulo é assente ao preceituar o cabimento de indenização diante do rompimento abrupto das tratativas. O abuso de direito, como categoria autônoma que é, possibilita uma proteção robusta àquele que tem sua boa-fé, sua lealdade e sua expectativa legítima, frontalmente maculadas.

O Poder Judiciário não deve ter outra postura que não reprimir jurisprudencialmente condutas contrárias aos deveres anexos que permeiam o direito contratualista. Como restou evidenciado, a celebração compulsória do contrato é medida demasiadamente drástica e que afeta, em certo ponto, o direito constitucional de propriedade.

Nesse contexto, a indenização é alternativa proporcional e razoável, apta à solucionar a ponderação de interesses, sendo certo que esse provimento condenatório não necessita passar por uma análise de responsabilidade civil contratual ou extracontratual, uma vez que a responsabilidade civil pré-contratual surge como um terceiro gênero de responsabilidade.

A doutrina civilista moderna, citada ao longo da presente pesquisa, reconstrói e ressignifica um Direito Civil embalsamado por valores constitucionais, razão pela qual a releitura de vários institutos se faz presente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406_compilada.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resp nº 1.051.065*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

CJF. *VI jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/150>>. Acesso em: 17 jan. 2021.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística*. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil. V. 8, Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIBEIRO, Antônio Campos. *Responsabilidade pré-contratual*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1999/revdireito1999A/est_resp_onsprecontrat.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil: contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO NETO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil. Volume Único*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. V.2. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.