

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

JOHANN KRAETZIG MARTINS

**A OFENSA À BOA-FÉ OBJETIVA PELO ROMPIMENTO SÚBITO E
INJUSTIFICADO DAS TRATATIVAS NEGOCIAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO
CIVIL PRÉ-CONTRATUAL**

PORTO ALEGRE

2021

JOHANN KRAETZIG MARTINS

**A OFENSA À BOA-FÉ OBJETIVA PELO ROMPIMENTO SÚBITO E
INJUSTIFICADO DAS TRATATIVAS NEGOCIAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO
CIVIL PRÉ-CONTRATUAL**

Trabalho de conclusão do curso, apresentado junto à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz

PORTO ALEGRE

2021

JOHANN KRAETZIG MARTINS

**A OFENSA À BOA-FÉ OBJETIVA PELO ROMPIMENTO SÚBITO E
INJUSTIFICADO DAS TRATATIVAS NEGOCIAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO
CIVIL PRÉ-CONTRATUAL**

Trabalho de conclusão do curso, apresentado junto à
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como
requisito parcial para a obtenção do título de bacharel
em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Dra. Maria Cláudia Mércio
Cachapuz

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Dra. Maria Cláudia Mércio Cachapuz (Orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

M.^a Isadora Formenton Vargas

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, não há como agradecer outra pessoa senão à minha mãe, pelo apoio absoluto e incondicional em todos os momentos de minha graduação e minha vida, desde os mais complicados, até os mais alegres.

Em segundo lugar, agradeço a todos que fizeram parte da minha curta, porém intensa, jornada jurídica: minha orientadora, professora Maria Cláudia, que muito me ajudou na elaboração do presente trabalho, meus amigos e, principalmente, aqueles que trabalharam comigo no dia a dia e me fizeram crescer profissional e intelectualmente.

Seguindo a ordem cronológica, agradeço ao Dr. Rodrigo por ter confiado em mim e aberto as portas do escritório para um estudante do segundo semestre, concedendo a minha primeira oportunidade de estágio, que tantas alegrias me proporcionou, sem a qual eu com certeza não me tornaria quem sou hoje.

Em seguida, ao Dr. Volnei, pelos ensinamentos e bons momentos no gabinete e à Sabrina que, durante meus dois anos no judiciário, se mostrou muito mais do que uma colega, mas, sim, uma verdadeira amiga, que sempre esteve ao meu lado quando precisei.

Por último, agradeço a toda a equipe do Consultivo Imobiliário do Eichenberg, Lobato, Abreu & Advogados Associados, que, desde agosto de 2020, se tornou tão importante para mim. Em especial, agradeço nominalmente ao Pedro, que, mesmo em meus primeiros momentos no escritório, se mostrou um grande amigo e que, de forma despretensiosa, sugeriu o tema do presente trabalho, o qual eu tanto me interessei.

“Fear urged him to go back, but growth drove him on.”

(Jack London)

RESUMO

O objetivo deste trabalho é dissertar sobre a ocorrência da ofensa à boa-fé objetiva, quando do rompimento repentino e infundado das tratativas negociais, hipótese em que pode ocorrer a responsabilização civil de quem o causar. O trabalho analisa, inicialmente, o instrumento contratual, como negócio jurídico de enorme relevância, explicando a função de dois princípios fundamentais à existência da relação contratual: o da autonomia da vontade, basilar para a formação do instrumento, e o da boa-fé objetiva, fundamental para nortear como o indivíduo deve agir, demonstrando a sua relação com a forma de contrato vigente no atual Estado Social. Em seguida, são expostas as etapas necessárias para a criação do contrato, partindo da proposta até a aceitação, com o desfecho e conclusão do negócio, explicitando a importância do momento de negociações pré-contratuais e a fidelidade à boa-fé e à confiança na conduta dos indivíduos nessa fase. Nesse ímpeto, é feita uma observação à luz da doutrina, com o objetivo de entender como funciona o equilíbrio da autonomia privada com a boa-fé objetiva no momento prévio à conclusão da relação. Ao final, com o intuito de demonstrar a caracterização de ilícito por quem rompe as negociações de forma súbita e injustificada, é realizado um estudo de caso, capaz de demonstrar a importância da boa-fé objetiva e seus deveres anexos nas tratativas negociais.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Responsabilidade pré-contratual. Autonomia da vontade. Boa-fé objetiva. Tratativas preliminares. Confiança negocial. Rompimento.

ABSTRACT

The main goal of this work is to discourse about the occurrence of the offense to objective good faith, when the sudden and unfounded disruption of the negotiation dealings happens, hypothesis in which the civil liability of those who cause it may occur. The work initially analyzes the contractual instrument, as a highly relevant juridical transaction, explaining the function of two fundamental principles for the existence of the contractual relationship: the autonomy of the will, which is essential for the formation of the instrument, and that of objective good faith, fundamental to guide how the individual should act, demonstrating its relationship with the form of contract in the current Welfare State. Then, the necessary steps for the creation of the contract will be exposed, starting from the proposal until its acceptance, followed by the ending and conclusion of the deal, explaining the importance of the moment of pre-contractual negotiations and the fidelity to good faith and trust in the conduct of individuals in this phase. In this impetus, a historical observation of the doctrine is made, in order to understand how the balance of private autonomy with objective good faith works in the moment prior to the conclusion of the relationship. Finally, in order to demonstrate the characterization of illicit by those who break the negotiations in a sudden and unjustified way, a study case is made, which is capable of demonstrating the importance of objective good faith and its attached duties in business dealings.

Keywords: Civil responsibility. Pre-contractual liability. Autonomy of the will. Objective good faith. Preliminary negotiations. Business confidence. Disruption.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 O CONTRATO COMO NEGÓCIO JURÍDICO.....	12
2.1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS: AUTONOMIA DA VONTADE E BOA-FÉ OBJETIVA.....	17
2.2 O DIRIGISMO CONTRATUAL	30
3 A FORMAÇÃO DO CONTRATO	36
3.1 A PROPOSTA.....	37
3.2 A ACEITAÇÃO	40
4 AS TRATATIVAS NEGOCIAIS.....	42
4.1 A TEORIA E A EVOLUÇÃO DA CULPA IN CONTRAHENDO	47
4.2 ESTUDO DE CASO: A CONFIGURAÇÃO DE ILICITUDE E A INDENIZAÇÃO PELO ROMPIMENTO SÚBITO E INJUSTIFICADO	58
5 CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	74

1 INTRODUÇÃO

O modelo contratual clássico, de concepção liberal, assentado fortemente na autonomia privada, na imposição da vontade dos contratantes, exposto à plena subjetividade de seus arbítrios, não mais é capaz de explicar as peculiaridades modernas dos contratos. A Constituição Federal de 1988 apresentou uma base principiológica fortemente apegada à dignidade humana e solidariedade social, o que refletiu no Direito Civil e seus principais institutos, como é o caso do instrumento contratual¹.

A boa-fé, apesar de ter sido deixada de lado durante muito tempo pela doutrina, devido à valorização exacerbada da autonomia da vontade, nunca deixou de estar presente nos ordenamentos jurídicos ao longo da história², de forma que é impossível listar todos os momentos e legislações nos quais foi mencionada³. O princípio foi definitivamente trazido de volta à discussão doutrinária no século XX, pelo parágrafo 242 do Código Civil alemão e, desde então, tornou-se um marco para a análise das relações obrigacionais⁴.

No Direito Brasileiro, a boa-fé ficou implícita no Código Civil de 1916, no qual não havia menção expressa ao princípio⁵. Com crescente valorização pela doutrina, tornou-se um instituto essencial no Código Civil vigente, sendo fundamental entender como funciona a sua aplicação em diferentes momentos das relações contratuais, sobretudo no pré-negócio, momento em que não há instrumento formalizado e a observação à boa-fé, especialmente em sua forma objetiva, juntamente com seus deveres anexos, é a única maneira de analisar se a conduta das partes está sendo realizada de forma coerente.

Este trabalho consiste na análise da responsabilidade civil pré-contratual, sob o prisma do princípio da boa-fé objetiva e a segurança jurídica por ela proporcionada. A ausência de menção expressa acerca do pré-negócio no Código Civil de 2002⁶

¹ NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28 e 29.

² NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 122.

USTÁRROZ, Daniel. Direito dos contratos: temas atuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 17.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 135.

⁵ Ibidem, p. 46.

⁶ BRASIL. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

demonstra a falta de valorização da fase no ordenamento brasileiro, sendo deixada de lado pelos legisladores quando da elaboração do texto legal.

O núcleo deste artigo é explicitar a relevância do momento das tratativas negociais, demonstrando que, mesmo sem possuir espaço em nosso Código Civil, ela é parte importante das relações contratuais. Essa importância será demonstrada através da análise do momento das tratativas, relacionando-o com o princípio da boa-fé objetiva como um norte a ser seguido no estágio em que os futuros contratantes estão negociando as condições do póstero contrato.

O momento da formação do instrumento contratual é chamado de conclusão. Esse é o ponto em que as partes não mais irão especular sobre o que será tratado no negócio, mas, de fato, possuirão o dispositivo contratual formalizado, com suas obrigações claramente estabelecidas. A chamada conclusão não se confunde com o adimplemento contratual. Este, diferentemente daquela, é definido como o tempo em que as partes consumaram o que delas era esperado, ocorrendo a extinção das obrigações. Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, a relação é polarizada pelo adimplemento, sendo o seu o próprio fim.⁷

A visão de obrigação como processo, apresentada por Couto e Silva, ajuda a entender a dinâmica da relação obrigacional, partindo-se do pré-negócio, até que se chegue ao momento da tônica pelo adimplemento. É importante ressaltar que tal teoria, pode, conforme esclarecido por Maria Cláudia Cachapuz⁸, ser vista, por vezes, com um teor funcionalista, ou utilitarista, da obrigação⁹, que busca como fim único a sua extinção, polarizada pelo adimplemento¹⁰.

Durante o desenvolvimento contratual, as partes devem confiar umas nas outras para que exista um relacionamento sustentável e saudável, de forma que é criada expectativa pelo momento de sua conclusão, isto é, a sua formalização. Contudo existem muitos pontos a se observar antes da formalização do instrumento.

⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006 p. 17.

⁸ A obra da professora Maria Cláudia Cachapuz "A Obrigação Pelo Discurso Jurídico", p. 76-78, faz uma complementação ao entendimento da relação obrigacional trazido pelo professor Clóvis do Couto e Silva, em sua memorável obra "A Obrigação como Processo", de 1976, considerando o cenário observado pós Código Civil de 2002.

⁹ CACHAPUZ, Maria Cláudia. A obrigação em perspectiva discursiva (uma revisão contemporânea da obrigação como processo). Revista da AJURIS, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 335-351, jun. 2019, p. 337.

¹⁰ CACHAPUZ, Maria Cláudia. A obrigação pelo discurso jurídico: A Argumentação em Temas de Direito Privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017, p. 76-79.

Para fins de melhor elucidação do conteúdo exposto, o trabalho é dividido em três partes. De início, será feita uma exposição geral sobre dos contratos como negócios jurídicos e o porquê de serem considerados uma ferramenta tão importante. Explicar-se-á do que se tratam, como funcionam e qual sua diferença em relação aos demais negócios jurídicos. Ainda na primeira parte, serão expostos dois princípios contratuais fundamentais: a autonomia da vontade e a boa-fé, esta, especialmente, em sua forma objetiva. Ambos os princípios são equivalentemente importantes nas relações contratuais contemporâneas, com amplo campo de estudo na doutrina e jurisprudência.

A segunda parte consiste em uma amostra da formação da relação contratual. Serão explicados dois momentos fundamentais na vida dos contratos: a proposta e a aceitação. O que se observa é que, por maior relevância que esses dois momentos possuam, por vezes não são as únicas fases indispensáveis à formação do negócio, de forma que vir a ser necessário um período de negociações, anterior à proposta e à aceitação.

Hodiernamente, em um cenário mundial de desenvolvimento econômico, as relações jurídicas estão cada vez mais complexas. Com isso, observa-se que a simples análise contratual através de sua conclusão pode não ser suficiente. As obrigações pré-contratuais vinculadas ao contrato também possuem enorme relevância.

Ao final, na terceira parte do trabalho, será explicado o porquê de ocasionalmente haver a necessidade de uma fase pré-contratual, que ocorre anteriormente à dita conclusão do contrato. Aqui, cerne do estudo, será explicada a teoria da responsabilidade civil pré-contratual desde a sua origem, quando foi criada a chamada culpa *in contrahendo*, pelo jurista alemão Rudolf Von Jhering. Explicar-se-á que a teoria evoluiu, com a inclusão do princípio da boa-fé objetiva como parte da análise da fase de negociações. O princípio deve ser observado por ambos os contraentes em todos os momentos da vida dos contratos e, no caso do pré-contrato, caso uma parte rompa as negociações de forma repentina e injustificada, será constituído ilícito digno de reparação.

Para que seja entendido o instituto da boa-fé objetiva, será feito um estudo acerca do princípio e seus deveres anexos, sobretudo analisando a confiança no futuro negócio gerada nos contratantes. A violação dessa confiança configura ilícito,

expresso pela combinação dos artigos 187¹¹ e 947¹² do Código Civil, o que implica na reparação dos danos causados.

Na fase de negociações, por se tratar de um momento em que não há instrumento formalizado, é necessário utilizar a régua da boa-fé objetiva para avaliar se a conduta das partes é adequada. A observância do princípio ganha grande relevância nesse contexto, em que o intuito é entender se as expectativas que as partes do contrato depositaram umas nas outras eram verdadeiras.

O início das tratativas preliminares não é de fácil constatação, pois a aproximação das partes pode ocorrer de diversas maneiras e em diferentes intensidades. Porém, no momento em que elas começam a se aproximar e estabelecer expectativas na criação do contrato, é necessário que sejam observados certos deveres de conduta. A celebração do pacto contratual não é obrigatória, de forma que não estão as partes obrigadas a formalizar o contrato, o que iria de encontro ao princípio da autonomia privada, pois ninguém é obrigado a contratar contra a sua vontade. O que será explicado é que, mesmo quando da escolha por não formalizar o negócio, há deveres decorrentes da boa-fé objetiva que devem ser observados.

Por não existir contrato estabelecido no momento das negociações, o dano causado pela ruptura das negociações preliminares não advém diretamente da violação da obrigação principal, que seria observada no contrato firmado, mas, sim, dos deveres acessórios, especialmente o da confiança. Ocorrendo conduta contrária à confiança negocial, quem rompe as negociações de forma injustificada, age de forma inadequada e deve, de acordo com o caso e o dano causado, ser responsabilizado. Conquanto possa ser argumentado o princípio constitucional da autonomia da vontade¹³ como contrário ao estabelecimento da responsabilidade civil

¹¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹² Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. BRASIL. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

pré-contratual, o mundo pós-moderno exige respostas mais adequadas à sua realidade, de forma a corresponder ao que se pensa de um Estado Democrático de Direito.

O tema do trabalho apresenta pertinência jurídica, pois, como será exposto, não há consagração formal em nosso ordenamento acerca do assunto das tratativas preliminares, o que constitui um problema para julgar os casos envolvendo essa matéria. A ausência de resposta positiva imediata aos casos de responsabilidade civil pré-contratual confere à doutrina e à jurisprudência maior relevância na resolução dos casos. O conteúdo também possui grande relevância social, tendo em vista a inestimável quantidade de relações contratuais que são realizadas diariamente, ou que, no caso, deixam de ser firmadas pela conduta irregular de uma das partes, que rompe o que estava sendo tratado de forma abrupta, prejudicando a outra que confiava na conclusão do negócio. Com isso, mostra-se necessária uma resposta do ordenamento, para entender como ele responde às diversas demandas que surgem a respeito do tema.

Ao final, na terceira parte, será demonstrado o funcionamento da fixação do valor da indenização nos casos de responsabilidade civil pré-contratual, através da explicação dos conceitos de interesse positivo e interesse negativo. Para isso, utilizar-se-á um julgado importante no ordenamento pátrio concernente ao tema como estudo de caso. O chamado caso dos tomates é visto há anos como uma referência jurisprudencial fundamental quando o assunto é responsabilidade civil pré-contratual pelo rompimento súbito e injustificado das tratativas. Será feita uma análise completa da lide, com a explicação de cada ponto dos votos e suas especificidades.

2 O CONTRATO COMO NEGÓCIO JURÍDICO

Na doutrina de Emilio Betti, negócio jurídico pode ser definido como o ato através do qual o indivíduo determina, por si próprio, os seus interesses, nas relações com outros indivíduos¹⁴. Os negócios jurídicos detêm uma posição de destaque na dogmática jurídica, pois se apresentam como a mais cabal expressão da liberdade e da autonomia individual respaldada pelo ordenamento.

Na vida em sociedade, os particulares buscam, previamente à intervenção jurídica, por meios que possibilitem a expressão da sua autonomia privada, sendo os negócios jurídicos perfeitos para tal fim¹⁵. Por se tratar de um instituto de grande relevância, mostra-se importante entender como se dá a sua formação. Segundo Betti, o negócio jurídico apresenta três perguntas distintas que devem ser respondidas: como é (forma); o que é (conteúdo); por que é (causa)¹⁶. As duas primeiras versam a respeito da estrutura (forma e conteúdo), enquanto a terceira refere-se à sua função.

O autor coloca, em relação à primeira questão, para que se determine a constituição do negócio jurídico, a necessidade de que a declaração de vontade seja socialmente reconhecida, quer dizer, objetivamente mensurável em seu ambiente social, seja por declarações ou comportamentos, momento em que passa a ser um fato social¹⁷. A declaração que torna o negócio socialmente reconhecido e que obriga, em regra, o agente¹⁸.

No tocante à segunda pergunta, que diz respeito ao conteúdo, é apontado que o negócio jurídico é um preceito da autonomia privada, direcionado a regular interesses concretos do indivíduo¹⁹. A declaração de vontade cria consequências que ultrapassam o mero querer individual, gerando relevância, em um primeiro momento, social e, após, jurídica²⁰.

Partindo ao terceiro questionamento, sobre a função do negócio jurídico, tem-se que ele possui uma função econômico-social que lhe é característica, com um objetivo determinado. Quem realiza o negócio, via de regra, conhece a sua função e, através dela, coloca em prática a sua intenção²¹. A função é o que faz com que o

¹⁴ BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 107, 1969.

¹⁵ Ibidem, p. 88.

¹⁶ Ibidem, p. 108.

¹⁷ Ibidem, p. 108.

¹⁸ Ibidem, p. 251-252.

¹⁹ Ibidem, p. 110.

²⁰ Ibidem, p. 111.

²¹ Ibidem, p. 111.

negócio seja necessário e relevante em relação à ordem jurídica, como estrutura a ser segura. De forma a resumir a teoria de Emílio Betti, coloca Marino:

[...] De acordo com Betti, os negócios jurídicos são geneticamente atos de autonomia privada: surgem na vida social como atos por meio dos quais os particulares estabelecem, para o futuro, um regramento de interesses vinculativo, a fim de disciplinar suas recíprocas relações. Assim, os negócios jurídicos, criados sob o impulso das necessidades dos homens (dentre as quais a circulação de bens), desenvolvem-se espontaneamente, satisfazendo diversas funções econômico-sociais.²²

Contextualizado o significado e os requisitos para a formação dos negócios jurídicos, pode-se entender como estes influenciam nas relações humanas. Estão inseridos nos negócios jurídicos, como demonstrações de arbítrio, tanto os contratos, negócios jurídicos bilaterais, que serão o foco do presente trabalho, quanto os negócios jurídicos unilaterais, como, por exemplo, o testamento.

Todos os negócios jurídicos, independentemente de sua forma, possuem enorme importância. Dentre eles, especialmente os contratos destacam-se como ferramentas fundamentais para o desenvolvimento das relações humanas e a prosperidade da economia mundial, construindo as coletividades e a sociedade como as conhecemos hoje. As sociedades antigas, por mais arcaicas que fossem, precisavam procurar meios de se organizar. Ao se considerar o contexto mais primitivo da vida contratual, em realidades tribais, nas operações de permuta, nas quais os envolvidos trocam entre si mercadorias, é possível verificar que as negociações tendiam a funcionar e possuir grande êxito, mesmo sem a existência de um estado regulador, baseadas apenas na autonomia da vontade²³.

“Contrato” é, na mais trivial e simples definição, “acordo, trato em que duas ou mais pessoas assumem certos compromissos ou obrigações, ou asseguram entre si algum direito”²⁴. A palavra tem origem do latim *contractus*, que significa unir, contrair, criar um pacto²⁵. São o negócio jurídico de maior prestígio, responsáveis por fazer com que os indivíduos possam convencionar seus interesses, criando ou extinguindo uma relação jurídica²⁶. Complementa o conceito Caio Mário: “Seu fundamento ético é

²² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Interpretação do negócio jurídico. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

²³ BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 89.

²⁴ CONTRATO. In: DICIO, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/contrato/>>. Acesso em: 02 de novembro de 2020.

²⁵ MAGALHÃES, F. Dicionário português-latim. São Paulo: Editora Lep S.A, 1960, p. 102.

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 42.

a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações.”²⁷.

Contratos são uma modalidade de negócio jurídico que se diferenciam em sua formação, na qual é necessário haver, ao menos, duas partes²⁸. No mundo comercial, o contrato é o meio utilizado para que ocorra a materialização da vontade das partes, sendo um mecanismo fundamental para o desenvolvimento social e econômico de um país²⁹. Versar sobre contratos é, nas palavras de Enzo Roppo, sempre sinônimo de falar sobre operações econômicas, seja implícita ou explicitamente³⁰. Por ser um instrumento fundamental no desenvolvimento de uma economia e de uma sociedade, precisa ser constantemente estudado e adaptado, de acordo com as novas necessidades sociais que possam vir a surgir. Na visão de Orlando Gomes, os contratos podem ser amplos ou restritos: estes representam acordo de vontades produtivo de efeitos obrigacionais na esfera patrimonial, já aqueles são todos os negócios jurídicos formados pelo concurso de vontades³¹.

O consentimento das partes envolvidas em uma relação contratual não configura apenas um requisito de validade para um contrato, mas, mais do que isso, é um pressuposto obrigatório para a sua formação³². A base fundamental do negócio jurídico contratual é o consenso da vontade das partes nele envolvidas.

O contrato é, de fato, a fonte de obrigação mais usual e que possui maior relevância, por ter diversas formas e inúmeras consequências ao mundo jurídico³³. Todos os dias, é realizada uma quantidade imensurável de contratos, que causarão efeitos jurídicos e vincularão as partes envolvidas, gerando uma obrigação entre elas. Estamos rodeados, a todo momento, de situações que nos vinculam a outros sujeitos, para a satisfação de determinados objetivos. Atos simples e cotidianos, como, por exemplo, o de utilizarmos o transporte coletivo, por meio do pagamento de uma tarifa, configuram um vínculo jurídico de natureza pessoal e obrigacional, ou seja, um contrato.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 33.

²⁸ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 23.

²⁹ CÁRNIO, Thaís Cíntia. Contratos internacionais: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2009, p. 6.

³⁰ ROPPO, Enzo. O Contrato. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 8.

³¹ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 59.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 14.

Em suma, o contrato apresenta os seguintes atributos: é um negócio jurídico bilateral, que necessita de, ao menos, duas partes para ser viabilizado; é fruto do arbítrio e da manifestação de vontade dos envolvidos; faz surtir efeitos jurídicos, considerando que os contratantes se veem obrigados de forma mútua entre si, buscando a execução do que foi acordado. O instrumento contratual tem de estar em consonância com as características estruturais e funcionais da sociedade em que ele é desenvolvido³⁴. No Brasil, atualmente, isso pode ser observado pelos seguintes princípios³⁵: da solidariedade social³⁶; da livre iniciativa³⁷; da proteção à dignidade humana³⁸; e da igualdade substancial³⁹.

A relação contratual é o resultado da associação entre a vontade declarada, que personaliza a aplicação do instituto jurídico, identificando seu objeto e as obrigações das partes, e a lei, que define as condições essenciais à sua formação. Com isso, as partes ajustam o contrato à lei, dentro das possibilidades permitidas, para que seus interesses sejam atendidos⁴⁰. Com isso, as partes podem, pela própria vontade, criar obrigações a si mesmas. Não necessariamente o pacto contratual será pautado pela relação entre credor e devedor, podendo se estender a outras searas jurídicas, como o Direito das Coisas, Direito de Família, Direito das Sucessões, Direito Administrativo, Direito internacional etc⁴¹.

³⁴ MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Civil: contratos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 111.

³⁵ Ibidem, p. 29.

³⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária. BRASIL. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

³⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. BRASIL. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

³⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana. BRASIL. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

³⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. BRASIL. (Constituição 1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.

⁴⁰ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil, volume 3: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 38.

⁴¹ Ibidem, p. 41.

Os contratos são responsáveis por conferir um caráter jurídico aos fenômenos mais corriqueiros do cotidiano das pessoas, as quais realizam relações negociais a todo o momento, seja conscientemente ou não, a fim de satisfazer as suas necessidades de bens ou serviços. A cada instante da vida cotidiana o cidadão realiza contratos, mesmo sem saber⁴².

O positivismo jurídico e científico do século XIX colocava o Direito de maneira engessada e pragmática, de forma que o papel do juiz se limitava a verificar a aplicação do fato à norma. Análises éticas, políticas ou econômicas eram deixadas em segundo plano, visando unicamente ao desenvolvimento econômico empresarial. Assim, após firmado o contrato, este possuía força obrigatória, sem possibilidade de reequilíbrio de uma possível relação desigual. Nesse contexto foi elaborado o Código Civil de 1916.⁴³

O contrato contemporâneo no Brasil, sob a égide do Código Civil de 2002, possui uma abordagem diferente. Princípios como o da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico do contrato demonstram o valor que o legislador atribuiu ao tema contratual, criando uma nova maneira de tratá-lo, resultado de novas necessidades da sociedade contemporânea⁴⁴. Nos dias atuais, o contrato mostra-se muito mais do que um mero acordo de vontade entre as partes, tornando-se “uma categoria indispensável e insubstituível do negócio jurídico, de relevância inegável para as relações sociais”⁴⁵. O contrato é uma poderosa ferramenta econômica e social, com aplicação no cotidiano de todos os membros de uma sociedade.

Ao se falar em contrato, é natural pensar diretamente em sua conclusão ou, até mesmo, no seu adimplemento, por serem momentos contratuais mais palpáveis e observáveis. Nesse sentido, seria uma relação estática e simples, na qual dois indivíduos oferecem algo um ao outro e, a partir disso, se relacionam para obter um benefício mútuo, no qual há extinção do vínculo na ocasião em que satisfeitas todas as obrigações deles esperadas.

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social. Revista do Curso de Direito da UFSC, Florianópolis, nº 2, ano 1, p. 30-34, nov. 1994.

⁴³ PIVATO, Marcilei Gorini; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. O pós-positivismo e os princípios contratuais da boa-fé e da função social. Scientia Iuris, Londrina, v. 20, n. 3, p. 264-291, nov. 2016, p. 266. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p264. ISSN: 2178-8189.

⁴⁴ SILVA, Ariadna Fernandes; ROCHA, Maria Vital da. A noção de contrato do Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno. Revista Brasileira de Direito Civil em perspectiva, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 01-22, jul/dez. 2017. e-ISSN: 2526-0243.

⁴⁵ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, v. 3: contratos. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 46.

Utilizando a visão de Clóvis do Couto e Silva e seu conceito de “obrigação como processo”, com a ideia de que a formação contratual não é estática, mas, sim, dinâmica, com diversas fases inter-relacionadas que aparecem com o avanço do contrato, através das atitudes necessárias para a satisfação do credor⁴⁶, é possível compreender como a boa-fé objetiva possui importância em todas as fases da relação contratual. O conceito trazido por Couto e Silva ajuda na compreensão da dinâmica da relação obrigacional como um todo, não apenas pela obrigação estática contraída em si. Seria este “processo obrigacional”, nas palavras de Judith Martins-Costa:

[...] a *relação obrigacional*, entidade dinâmica, dotada de início (nascimento, com fase em determinados fatos jurídicos em sentido lato), meio (desenvolvimento, ou execução, instantânea ou prolongada no tempo) e fim (adimplemento, ou qualquer outra forma extintiva sem adimplemento).⁴⁷

Nesse sentido, verifica-se que o fim do contrato é o cumprimento das obrigações nele previstas, através de sucessivas ações, relacionadas entre si. A ideia de obrigação como um processo, contínuo e vivo, rompe com o que era tradicionalmente observado, contexto no qual acaba ganhando relevância a boa-fé objetiva⁴⁸, que deve ser seguida em todo o decorrer do processo obrigacional.

2.1 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS: AUTONOMIA DA VONTADE E BOA-FÉ OBJETIVA

O conceito de princípio é polissêmico e possui diversos entendimentos, pois não se tratam de uma categoria simples e unitária⁴⁹. Os princípios, de maneira simplificada, remetem à ideia de um alicerce que sustenta e dá orientação à formação do aparato jurídico de um estado. Eles servem como base para nortear a criação e a interpretação de leis, bem como orientam a maneira pela qual as pessoas devem se portar em suas relações sociais. Nos ensinamentos de Humberto Ávila, princípios podem ser definidos da seguinte maneira:

⁴⁶ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 20.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. A obrigação pelo discurso jurídico: a argumentação em temas de direito privado. Prefácio. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017, p. 13 e 14.

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 394.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 162.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e compreensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁵⁰

Segundo Ávila, os princípios definem de forma imediata o comportamento, diferentemente das normas e, por isso, possuem um teor de complementaridade e parcialidade. Na mesma linha de raciocínio, se distinguem das regras, por serem imediatamente finalistas, não definindo com precisão qual o comportamento a ser seguido para que seja alcançado o fim desejado. As normas, do contrário, são mediatamente finalistas, pois definem o comportamento com exatidão, porém estabelecem fins indiretamente⁵¹.

Por exemplo, o princípio da moralidade exige a realização ou preservação de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação. Para a realização desse estado ideal de coisas são necessários determinados comportamentos. Para efetivação de um estado de lealdade e boa-fé é preciso cumprir aquilo que foi prometido. Para realizar um estado de seriedade é essencial agir por motivos sérios. Para tornar real uma situação de zelo é fundamental colaborar com o administrado e informá-lo de seus direitos e da forma como protegê-los. Para concretizar um estado em que predomine a sinceridade é indispensável falar a verdade. Para garantir a motivação é necessário expressar por que se age. Enfim, sem esses comportamentos não se contribui para a existência do estado de coisas posto como ideal pela norma, e, por consequência, não se atinge o fim. Não se concretiza, portanto, o princípio.⁵²

No Direito dos Contratos, assim como em todo Direito Civil, diversos são os princípios existentes. Contudo, deve-se destacar dois deles, que há muito tempo possuem posição de prestígio na doutrina: a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. Uma exposição sobre sua conceituação é necessária para que se compreenda a forma e as peculiaridades com que se dá a relação contratual. Os instrumentos contratuais, enquanto de representação da vontade dos contratantes, possuem regras próprias de conduta a serem seguidas. Os princípios que serão abordados, o da autonomia da vontade e o da boa-fé objetiva, são responsáveis por grande parte da dinâmica contratual e precisam ser observados por todos os envolvidos no negócio.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: a definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 165.

⁵² ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: a definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 103.

Antes de adentrar na exposição sobre o princípio contratual da autonomia da vontade, mostra-se relevante fazer uma breve apresentação em relação ao próprio conceito de autonomia. Para tal, pertinente a teoria apresentada pelo renomado filósofo Jünger Habermas, na qual é exposta a diferenciação entre autonomia e liberdade. Em sua visão, a diferença entre liberdade e autonomia reside “em funções das espécies de razões pelas quais nossa vontade se ‘deixa’ determinar”⁵³. No âmbito da chamada liberdade subjetiva, a vontade seria determinada pela prudência, pelas predileções, ou por causas racionais do indivíduo, como ato de consciência de um único sujeito, um conceito individual, do qual um pode possuir maior liberdade do que o outro⁵⁴.

Já a autonomia, é uma construção coletiva, na qual todos precisam possuir o mesmo nível de igualdade. A vontade “se deixa determinar por máximas aprovadas pelo teste da universalização”⁵⁵ e é definida por parâmetros que deveriam também ser considerados por todos os outros, como membros de uma mesma comunidade moral⁵⁶, na qual compartilham as mesmas leis, costumes e princípios. Nesse sentido:

Essa interpenetração do livre arbítrio e da razão prática nos permite conceber a comunidade moral como uma comunidade abrangente que faz suas próprias leis, uma comunidade formada de indivíduos livres e iguais que se sentem obrigados a tratar uns aos outros como fins em si mesmos.⁵⁷

Deve-se enxergar no outro a mesma liberdade que em si próprio. Só será possível ser livre em sociedade através de uma visão comunitária, se for reconhecida também a liberdade do outro e, ao reconhecê-la, frear ou restringir a própria liberdade para poder, dentro de um sistema coletivo, compatibilizar os direitos subjetivos.

A teoria de Habermas explica-se através da intersubjetividade. É necessário que haja um ponto de conexão entre as subjetividades dos indivíduos, que irá torná-los parte de uma sociedade, possuidora de regras e condutas específicas, válidas para todos, e que todos concordem e possam agir de acordo com ela.

É claro que essa "obrigação" pressupõe o reconhecimento intersubjetivo de normas morais ou de práticas habituais, que fixam para uma comunidade, de

⁵³ HABERMAS, Jünger. A ética da discussão e a questão da verdade. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 12.

⁵⁴ Ibidem, p. 12 e 13.

⁵⁵ Ibidem, p. 12.

⁵⁶ Ibidem, p. 12 e 13.

⁵⁷ Ibidem, p. 13.

modo convincente, as obrigações dos atores, assim como aquilo que cada um deles pode esperar do outro.⁵⁸

Corroborando o entendimento de Habermas, Cachapuz expõe:

Participar do discurso jurídico não importa, portanto, em simples verificação de pressupostos de liberdade em sociedade, pelas escolhas realizadas de forma ampla. É preciso que se reconheça autonomia ao indivíduo, porque, no mínimo, ao menos em potencial, há o reconhecimento intersubjetivo de que tratamos, uns aos outros, como fins em si mesmos.⁵⁹

Esse entendimento traduz-se no campo contratual, no sentido de que todos que participam da relação estão de acordo com os preceitos que são colocados pela sociedade, seguem as mesmas regras e entendem o valor do instrumento contratual que estão se envolvendo. Com isso, abrem mão de sua liberdade subjetiva para participar de um “jogo”, no qual possuem autonomia de decidir o que desejam fazer, dentro de regras pré-estabelecidas.

Feita essa breve exposição acerca da ideia de autonomia, parte-se para o primeiro princípio propriamente dito. É o princípio da autonomia da vontade – ou consensualismo – e significa a liberdade da pessoa escolher com a qual irá contratar. “Contrato sem vontade não é contrato.”⁶⁰ Assim, não é possível abordar as relações contratuais sem mencionar a autonomia da vontade.

O contrato representa a manifestação máxima do princípio da autonomia da vontade, pois é através dela que é fundado e viabilizado. Ela dá ao particular o poder para autorregulamentar seus interesses, criando um autogoverno em suas relações privadas⁶¹, decidindo como ela deverá ocorrer, quais as regras a serem seguidas e o que os envolvidos têm a fazer.

Nas palavras de Orlando Gomes, através da autonomia da vontade os indivíduos capazes podem dar origem a um direito, ou contrair uma obrigação. Parafraseando o autor, significa “[...] o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica.”⁶²

⁵⁸ HABERMAS, Jünger. A inclusão do outro. Estudos de teoria política. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 12.

⁵⁹ CACHAPUZ, Maria Cláudia. A obrigação pelo discurso jurídico: a argumentação em temas de direito privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017, p. 159.

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito Civil, v. 4, tomo I: contratos, teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 91.

⁶¹ MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. Teoria geral do Direito Civil. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 102.

⁶² GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25.

Assim, autonomia da vontade é entendida como a possibilidade de indivíduos vincularem-se para a realização de objetivos em comum, dentro dos limites da lei. O princípio da autonomia da vontade evidencia-se de duas maneiras diferentes. A primeira é a liberdade de contratar, que significa a alternativa de escolha do indivíduo em realizar ou não um contrato e reflete na possibilidade inicial do sujeito adentrar em um negócio. Já a liberdade contratual é a faculdade de decidir o seu conteúdo, estabelecendo o modo pelo qual será executado.⁶³

Historicamente, a liberdade foi um princípio de grande importância para o desenvolvimento da humanidade. Inúmeros conflitos foram – e continuam sendo – travados em seu nome e em busca de seu exercício. Para entender como esse princípio influi na formação contratual, é preciso fazer uma breve análise histórica de sua aplicação, para depois trazê-lo aos tempos modernos.

O ideal liberal foi um princípio basilar para a evolução das relações contratuais. Seu desenvolvimento deu-se no contexto do liberalismo francês, no qual o instrumento possuía força de lei entre as partes⁶⁴. Nessa época, os contratos eram imbuídos de um forte sentimento individualista. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

Na visão do Estado Liberal, o contrato é instrumento de intercâmbio econômico entre os indivíduos, onde a vontade reina ampla e livremente. Salvo apenas pouquíssimas limitações de lei de ordem pública, é a autonomia da vontade que preside o destino e determina a força da convenção criada pelos contratantes. O contrato tem força de lei, mas esta força se manifesta apenas entre os contratantes.⁶⁵

No direito liberal clássico, os limitadores da autonomia da vontade eram as regras legais de ordem pública e os bons costumes. Nesse modelo, a vontade era o cerne do contrato, representando o papel de maior valor na relação. Assim, os contratantes possuíam grande liberdade para negociar, desde que o pactuado não fosse de encontro aos dois critérios elencados. “No Estado liberal, com a nítida separação entre o Estado e a sociedade, assumiu extraordinário relevo a autonomia dos particulares, sendo-lhes deferida quase totalmente a formação da ordem privada”⁶⁶.

⁶³ WOLD, Arnaldo. Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral do contrato. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 230.

⁶⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: contratos, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 28.

⁶⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. O contrato e sua função social, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 1.

⁶⁶ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 24.

A autonomia da vontade, como importante princípio contratual, representa, portanto, a liberdade do indivíduo realizar, ou não, determinada ação, ou tomar alguma decisão, de acordo com o seu próprio arbítrio, em um negócio jurídico. É um pressuposto fundamental para a existência de um contrato, pois, sem a autonomia da vontade, não há como um indivíduo expressar seu desejo de contratar. Nesse contexto, o ideal liberal foi de imensurável importância para o desenvolvimento das relações contratuais e do estudo do instrumento contratual. Com o passar dos anos e a expansão da necessidade de uma abordagem mais social para a relação contratual, a situação foi paulatinamente sendo alterada, até chegar aos dias atuais.

Miguel Reale ilustrou esse pensamento, no anteprojeto do Novo Código Civil: “[...] a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade.”⁶⁷. Fica atestada a verdadeira valorização de um vínculo contratual alicerçado fortemente na boa relação entre as partes no Direito Brasileiro, desde meados da década de 70.

A forma contratual baseada na liberdade plena de contratar foi muito adequada ao desenvolvimento do capitalismo e suas necessidades no século XIX. Essa noção, porém, deturpava a realidade, estipulando apenas uma igualdade formal entre as partes e escanteando a igualdade material, o que resultava um desequilíbrio na relação contratual.

Partindo à análise do segundo princípio, adentra-se na seara da boa-fé. O conceito não é moderno, porém recebeu grande destaque no ordenamento brasileiro na elaboração do Código Civil de 2002, que deu especial atenção à maneira de contratar baseada na conduta retilínea das partes.

Historicamente, a boa-fé advém do Direito Romano, mais especificamente dos períodos arcaico e pré-clássico, pelo conceito chamado de *fides*, que, entre suas abertas concepções, remetia a comportamentos de natureza religiosa e moral⁶⁸, atrelada a uma ideia de “uma pessoa de aparência e comportamento confiáveis, cuja palavra dada era passível de confiança”⁶⁹. A carência de documentos históricos, bem como a dificuldade em reconstituir a realidade social do ambiente em que a *fides* era

⁶⁷ REALE, Miguel. Anteprojeto de Código Civil, Brasília. Ministério da Justiça, Comissão de Estudos Legislativos, 1972, p. 18. Apud: RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 61.

⁶⁸ CORDEIRO, Antônio Menezes. Da boa fé no Direito Civil, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013, p. 53-56.

⁶⁹ DONNINI, Rogério José Ferraz. Bona fides: do direito material ao processual. Revista de Processo, vol. 251, p. 2, jan. 2016.

aplicada, torna árdua a missão de entender a sua natureza primitiva⁷⁰. Judith Martins-Costa conceitua o significado inicial de *fides*:

Expressão polissêmica, a *fides* será entendida, amplamente, como confiança, mas, igualmente, como colaboração e auxílio mútuo (na relação entre iguais) e como amparo ou proteção (na relação entre desiguais); como lealdade e respeito à palavra dada; como fundamento da justiça e da virtude cívica; como o liame que une entre si os membros da *societas inter ipsos*, e, ainda, como instrumento técnico-jurídico, seja por meio de exceções, seja, de modo especial por via dos *iudicia ex fide bona*, sua vigência se manifestando «de maneira fluida e elástica em todos os níveis jurídicos, políticos e sociológicos» da cultura romana, constituindo o seu valor ético fundante.⁷¹

A mudança do conceito inicial de *fides* para *fides bona* foi sutil. O centro semântico permaneceu inalterado (lealdade à palavra dada por parte de quem é titular da *fides*). Nas palavras de Martins-Costa: “ponto de deslizamento reside, precisamente, nas relações creditícias, internacionais e internas, e na percepção de seus sentidos ativo e passivo.”⁷². O conceito evoluiu, portanto, no sentido de lhe ser atribuído um caráter creditício, ou seja, mercantil.

Na modernidade, a boa-fé passou a integrar os ordenamentos internos de algumas nações. Foi positivada, inicialmente, no Código Civil francês de 1804, mas foi o parágrafo 242 do Código Civil Alemão (BGB), que realmente valorizou o conceito, sendo considerado, por Judith Martins-Costa, como o mais célebre exemplo de cláusula geral, com os dizeres “O devedor deve [está adstrito a] cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico”⁷³. Sua criação possibilitou a observação de outros institutos importantes, dela derivados, quais sejam: a *culpa in contrahendo*, os deveres acessórios, o abuso do direito e a alteração das circunstâncias⁷⁴.

A boa-fé aparece na doutrina sob duas variações: a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva. Neste estudo, a ênfase estará na primeira forma, pois se mostra a mais abordada nas relações contratuais. A boa-fé objetiva diferencia-se da subjetiva pois esta, diferentemente daquela, seria um estado psicológico, que traduziria a ideia de

⁷⁰ CORDEIRO, António Menezes. Da boa fé no Direito Civil, 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013, p. 53.

⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 53 e 54.

⁷² Ibidem, p. 62.

⁷³ Ibidem, p. 135.

⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes. A boa fé nos finais do século XX. Revista da Ordem dos Advogados Portugueses, Lisboa, ano 56, v. III, p. 887-912, dez. 1996

“agir de má-fé”, o que não compreende a realidade da boa-fé objetiva. É um “estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios”⁷⁵. Martins-Costa, faz a diferenciação da boa-fé objetiva em relação à subjetiva:

A chamada boa-fé objetiva configura, diferentemente, uma norma jurídica. A expressão boa-fé objetiva (boa-fé normativa) designa não uma crença subjetiva, nem um estado de fato, mas aponta, concomitantemente a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela agregação de duas ou mais normas); (ii) um standard ou modelo comportamental pelo qual os participantes do tráfico obrigacional devem ajustar o seu mútuo comportamento (standard direcionador de condutas, a ser seguido pelos que pactuam atos jurídicos, em especial os contratantes); e (iii) um princípio jurídico (norma de dever ser que aponta, imediatamente, a um «estado ideal de coisas»)⁷⁶.

Fernando Noronha complementa o entendimento:

A boa-fé contratual cabe dentro da objetiva. Aliás, como já tivemos ocasião de dizer, os contratos são o principal campo de aplicação da boa-fé objetiva. A boa-fé contratual, especificamente, traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte.⁷⁷

A observação da boa-fé em território brasileiro aparece sob a égide de um contexto em que o positivismo jurídico europeu possuía grande relevância, de modo que sua aplicação no Código Civil de 1916 era diferente da que conhecemos atualmente. Nas palavras de Flávio Tartuce, observava-se que o antigo Código vigente era “individualista e apegado a um tecnicismo exagerado”⁷⁸, fazendo com que não houvesse espaço para uma ampla aplicação e interpretação da boa-fé objetiva no Diploma.

Judith Martins-Costa aponta que a ausência de menção expressa à boa-fé no antigo Código Civil causava problemas interpretativos e lacunas, de forma que o princípio da autonomia privada já não se mostrava satisfatório para resolver

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 279.

⁷⁶ Ibidem, p. 282.

⁷⁷ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 147.

⁷⁸ TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 3: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 23.

determinados casos. A partir da década de 80, a doutrina nacional começou a valorizar a boa-fé como cláusula geral, mesmo sem menção expressa no Código⁷⁹.

A inexistência de expressa previsão no Código Civil ao princípio da boa-fé passou a exprimir lacuna, angustiosamente sentida quando os tradicionais princípios de Direito das Obrigações - o da autonomia privada, expresso na *auto-vinculação*, e o da responsabilidade por culpa - começaram a se mostrar mais que nunca insuficientes para uma justa solução de casos resultantes, por exemplo, da contratação por adesão, ou do exercício abusivo de posição contratual, ou do indevido recesso das tratativas contratuais, ou da necessidade de revisão das bases contratuais em casos de excessiva onerosidade, entre outros tantos que poderiam ser aqui lembrados.⁸⁰

O Código de 2002 mudou essa realidade, na medida em que trouxe menção ao princípio em diversos artigos, mesmo sem conceituá-lo expressamente em nenhum deles⁸¹. Essa falta de descrição expressa no Diploma, contudo, não o impede de ser uma cláusula geral de grande relevância ao ordenamento, que regula relações e serve como base para diversos julgamentos nos tribunais pátrios. Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva: “A seu turno, o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o alter.”⁸². Assim, a boa-fé objetiva seria um compromisso de consideração que uma parte precisa ter com a outra.

A boa-fé é uma cláusula geral, observada em importantes artigos do Código Civil de 2002, tais como os de número 113, 187 e 422⁸³. As cláusulas gerais surgiram em meio à crise da Alemanha do final do século XX, como forma de balancear os negócios jurídicos, apresentando-se como uma solução para o julgamento de processos por meio de conceitos amplos, baseados em ideais morais, como a boa-fé e os bons costumes, resultando em um maior poder de interpretação por parte dos

⁷⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale). Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 347-379, ago. 2004, p. 355. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49203>>. Acesso em: 08 abr. 2021. doi:<https://doi.org/10.22456/2317-8558.49203>.

⁸⁰ Ibidem, p. 355 e 356.

⁸¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 30.

⁸² Ibidem.

⁸³ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

juízes⁸⁴. O Código Civil vigente dá notável importância às cláusulas gerais, tratando-as como grandes diretrizes, que irão nortear a análise do caso concreto⁸⁵. As cláusulas gerais dão dinamismo ao direito, impedindo um formalismo exacerbado e engessado, no qual não se há espaço para a interpretação. Judith Martins Costa resume as cláusulas gerais da seguinte forma:

[...] constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípio valorativos, expressos os ou ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.⁸⁶

Entre as cláusulas gerais contidas no diploma, a boa-fé possui grande destaque, pela sua ampla aplicação e notoriedade nas relações contratuais, sendo largamente adotada na doutrina e jurisprudência. As cláusulas gerais são norteadas por princípios constitucionais, assim como em construções culturais de um povo, balizadas de forma clara⁸⁷. Importante esclarecer que as cláusulas gerais nem sempre irão exprimir os valores contidos em um princípio. São técnicas legislativas, que delegam poderes do legislador ao intérprete, e estão expressas em lei. Por vezes, como é o caso da boa-fé, as cláusulas gerais carregam consigo a carga valorativa de determinado princípio, a exemplo do art. 422⁸⁸ do Código Civil⁸⁹:

Aliás, boa parte da incerteza acerca dos limites das cláusulas gerais e dos princípios é devida à confusão entre o sintagma cláusula geral e o enunciado, com a correspondente proposição normativa, contido num texto que consubstancia cláusula geral. Aí se fala, indistintamente, no «princípio da boa-fé», inscrito no art. 422 e na «cláusula geral da boa-fé», desenhada pelo mesmo texto legislativo, como se poderia falar no conceito juridicamente indeterminado revelado na expressão linguística «boa-fé».⁹⁰

⁸⁴ MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: A Subsunção e a concreção dos conceitos. Revista da AJURIS, n. 106, p 69-94, 2006.

⁸⁵ MARINELLI, Gabriel Machado. Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares. São Paulo: Editora Contracorrente, p. 166, 2017.

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 274.

⁸⁷ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV, p. 30, 2006.

⁸⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 170 e 171.

⁹⁰ Ibidem, p. 170.

A respeito das cláusulas gerais e suas diversas funções, coloca a professora Maria Claudia Cachapuz:

As cláusulas não apenas conferem proteção jurídica às relações entre cidadãos e o Estado, como tornam reconhecível, no sistema jurídico, a mesma pauta de valores proposta numa Constituição.⁹¹

[...]

As funções analisadas em relação às cláusulas gerais, portanto, adquirem importância de estudo quando contrapostas, a partir da normatividade civil predisposta na legislação infraconstitucional, às ferramentas constitucionais oferecidas à interpretação dos direitos fundamentais – e, no caso, por permitirem identificar caminhos à concreção de direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Reconhece-se que a concreção efetiva destes direitos só se fará alcançada se souber o intérprete lançar mão, pela argumentação, dos instrumentos normativos oferecidos pelo Código Civil – especialmente, quando disposta a discussão por meio de cláusulas gerais -, potencializando, em concreto, as situações abstratas reconhecidas normativamente no ordenamento jurídico posto.⁹²

Judith Martins Costa conceitua, em linhas gerais, boa-fé objetiva como uma noção técnico-operativa⁹³, baseada na conduta que se esperaria de uma pessoa íntegra, prezando pela honestidade, lealdade e probidade, devendo-se observar fatores palpáveis, como a condição cultural e pessoal do indivíduo⁹⁴. A autora alerta que, apesar de se tratar de um conceito amplo, com possibilidades diferentes de interpretação e aplicação, deve-se ter cuidado para que seu emprego não se torne completamente aberto, motivo pelo qual deve ser analisado o caso concreto:

Isso não significa, de modo algum, que a expressão boa-fé objetiva constitua *flatus vocis* ou elástico cheque em branco a ser preenchido de acordo com o impressionismo jurídico (principalmente aquele, muito perigoso à democracia, que é o ditado pelo incontrolável e subjetivo «sentimento de justiça»). Há – mesmo na relatividade do tempo e no espaço – um conteúdo mínimo (traduzido no *honeste vivere* ciceroniano) que lhe está conotado.⁹⁵

A boa-fé objetiva contrapõe-se na balança contratual em relação à autonomia da vontade, pois ela expõe a maneira pela qual o indivíduo deve agir, pautado na honestidade e na retidão esperada de um indivíduo na sociedade em que está inserido, limitando a absoluta liberdade de agir dos contratantes. Em um cenário ideal,

⁹¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia. A obrigação pelo discurso jurídico: a argumentação em temas de direito privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017, p. 107.

⁹² Ibidem, p. 113.

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 436.

⁹⁴ Ibidem, p. 411.

⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43.

onde todos agissem de forma integral e com lealdade, o princípio não possuiria uma projeção tão ampla, como teve no Código Civil de 2002⁹⁶, o que comprova a necessidade de sua existência, bem como sua ampla aplicação no ordenamento pátrio. A boa-fé objetiva configura uma resposta ao individualismo, que demanda das partes envolvidas uma postura de consideração ao interesse de seu parceiro contratual. É evidente que existem limitações em sua utilização e aplicação, pois não há como sobrepor as vontades do outro em relação aos próprios interesses. A ideia não é de que ocorra um altruísmo exacerbado, de colocar a contraparte como prioridade na relação. O intuito do princípio é que aconteça uma verdadeira colaboração entre os contraentes, de forma que mantenham uma postura adequada durante a relação. O intérprete do negócio não pode apenas se basear na autonomia das partes para realizar seu julgamento. Ele precisa também considerar a observância da boa-fé objetiva na relação contratual, em todas as suas fases, utilizando-a como cláusula geral, para preencher lacunas que venham a surgir.

O Código Civil de 2002 é alicerçado no princípio da eticidade, de forma a dar grande valor à conduta ética dos contratantes⁹⁷. Em todos os artigos do diploma legal nos quais o princípio da boa-fé é citado, independentemente da função que ele ocupe, é observado o fim comum de servir como uma régua ética para as atitudes das partes envolvidas, um em relação ao outro⁹⁸.

A boa-fé objetiva é um conceito abstrato, que depende de uma verdadeira compreensão do caso para que seja aplicada. Fernando Noronha, citado por Karina Fritz, a classifica como o “dever de agir com determinados padrões, socialmente recomendados de correção, lisura e honestidade”⁹⁹. Ustárroz, corroborando com a ideia, faz a seguinte afirmação:

Dentre outros, decorrem da boa-fé os deveres de proteção, lealdade, correção, probidade, esclarecimento, que podem perdurar inclusive após a extinção do contrato, na medida em são justificados pela aproximação negocial. No momento em que incidem os deveres criados pela boa-fé, o

⁹⁶ DINIZ, Carlos Eduardo Iglesias. A boa-fé objetiva no direito brasileiro e a proibição de comportamentos contraditórios. In: 10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos, v. I. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 61-75.

⁹⁷ JÚNIOR, Humberto Theodoro. O contrato e sua função social, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 21.

⁹⁸ Ibidem, p. 23.

⁹⁹ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais, p. 136. Apud: FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé objetiva na fase pré-contratual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 103.

exercício jurídico da pessoa sofre uma limitação, que é justificada pela necessidade de se oferecer segurança à contraparte.¹⁰⁰

Esses deveres de proteção, lealdade, correção, probidade e esclarecimento citados pelo autor precisam ser observados em todas as relações contratuais. É fundamental entender que se há uma conduta baseada na boa-fé objetiva pelos contratantes, há também a observação de todos os demais princípios anexos dela decorrentes.

A boa-fé possui diversas facetas e possibilidades de utilização dentro do direito. Ela é aplicável a todas as partes presentes no contrato, conforme ensina Clóvis do Couto e Silva: “Endereça-se a todos os partícipes do vínculo e pode, inclusive, criar deveres para o credor, o qual, tradicionalmente, era apenas considerado titular de direitos”¹⁰¹. É um princípio tão importante que, conforme se der a sua utilização, pode vir a inverter a tradicional relação obrigacional entre credor e devedor. Caso o detentor do crédito rompa com a boa-fé objetiva em suas atitudes, pode eventualmente ser responsabilizado.

A boa-fé objetiva, além de uma mera forma de qualificar o comportamento do indivíduo, o impõe deveres, tornando-se, de fato, uma norma de conduta¹⁰². Com ela, o indivíduo fica vinculado a uma forma de agir e, se não a seguir, romperá uma expectativa criada não só pela outra parte, como pela sociedade em que está inserido. O princípio demonstra o valor da ética na relação contratual, vinculando os contratantes a uma obrigação com a lealdade, correção e verdade em seus atos. Sua propagação traz consigo uma nova identidade ao contrato, baseado na cooperação mútua, na qual deve imperar o respeito entre as partes na busca por um objetivo em comum. A boa-fé objetiva coloca as partes em uma constante reflexão sobre suas condutas na relação contratual. Os sujeitos envolvidos encontram-se diante de uma contínua ponderação acerca de seus atos, analisando se sua forma de agir está de acordo com o que a outra parte espera, assim como de seu contexto social.

Do exposto até agora, percebe-se que a boa-fé objetiva é um conceito consolidado na doutrina, e que possui ampla relevância no ordenamento pátrio. Os tribunais a utilizam como uma régua moral para julgar os casos, analisando as

¹⁰⁰ USTÁRROZ, Daniel. Direito dos contratos: temas atuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 35.

¹⁰¹ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 33.

¹⁰² NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

peculiaridades do contexto em que as partes estão inseridas, sopesando a realidade social do negócio que os contratantes se propuseram, sendo de grande importância em todas as fases contratuais.

O Código Civil de 2002, em sua criação, sofreu grande influência da Constituição Federal de 1988. Arraigada em ideais pós-positivistas, como o bem-estar social, a humanização das relações sociais, a cooperação, a igualdade substancial, os direitos humanos e a eficaz aplicação do direito às situações concretas, ela foi um importante norteador para a criação do Código Civil e definiu os princípios que o diploma viria a seguir.¹⁰³

2.2 O DIRIGISMO CONTRATUAL

Ambos os princípios explicitados, cada um à sua maneira, moldam a forma pela qual se dará a relação contratual. Enquanto a autonomia da vontade guia os contratantes no sentido de agirem de acordo com o seu arbítrio, a boa-fé objetiva atua como uma espécie freio moral nessa liberdade. Na sociedade contemporânea, com o advento do Estado Democrático de Direito e do fato de as associações entre indivíduos ficarem cada vez mais complexas, foram desenvolvidos parâmetros a serem seguidos, guiados fortemente pela valorização da boa-fé objetiva. Com isso, houve necessidade de se desenvolver uma resposta por parte dos tribunais aos abusos cometidos no exercício das liberdades contratuais.

No início do século XX, importantes transformações, tanto na esfera social, quanto na política e econômica, demonstraram a necessidade de um ajuste da teoria da liberdade contratual. O mundo já não era mais o mesmo e o estudo das relações contratuais possuía diferentes demandas e respostas que fossem condizentes com a nova realidade. Diversos acontecimentos da primeira metade do século XX definiram o rumo que o ideal liberal tomaria, dentre os quais podem ser citadas a Primeira Guerra Mundial e a Grande Depressão de 1929. Neste segundo, inclusive, se pôde observar uma grande atuação do aparato estatal na tentativa de resolver o problema. O colapso do Estado liberal ocorreu por sua própria inaptidão e fez surgir o conceito

¹⁰³ BATISTA, Neimar. A constitucionalização do Direito Civil e suas repercussões nas relações contratuais. *Âmbito Jurídico: revista* 143, dez. 2015. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-constitucionalizacao-do-direito-civil-e-suas-repercussoes-nas-relacoes-contratuais/>>. Acesso em: 02 nov. 2020

de justiça social. Uma nova ideia de igualdade modificou o valor absoluto da liberdade. O Estado deixou de ser sinônimo de governo para a liberdade e tomou a forma de governo para o bem-estar social¹⁰⁴.

Enzo Roppo conceitua perfeitamente a realidade contratual observada no Estado Liberal, destacando que existia uma perigosa igualdade formal entre as partes, advinda da abolição dos privilégios jurídicos e legais que eram anteriormente observados no absolutismo, utilizados para justificar um suposto equilíbrio no contrato. Afinal, teoricamente, se não havia privilégios jurídicos e legais, como havia anteriormente, e considerando que se estava diante da vontade das partes, a relação contratual seria justa:

Neste sistema, fundado na mais ampla liberdade de contratar, não havia lugar para a questão da intrínseca igualdade, da justiça substancial das operações *económicas* de vez em quando realizadas sob a forma contratual. Considerava-se e afirmava-se de *facto*, que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo facto de o conteúdo deste corresponder à vontade livre dos contraentes, que, espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com seus interesses, e, sobretudo, o determinavam num plano de recíproca igualdade jurídica (dado que as revoluções burguesas, e as sociedades liberais nascidas destas, tinham abolido os privilégios e as discriminações legais que caracterizavam os ordenamentos em muitos aspectos semifeudais do “antigo regime”, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei); justamente nesta igualdade de posições jurídico-formais entre os contraentes consistia a garantia de que as trocas, não viciadas na origem pela presença de disparidade nos poderes, nas prerrogativas, nas capacidades legais atribuídas a cada um deles, respeitavam plenamente os cânones da justiça comutativa. Liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se complementavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer “contratual” equivale a dizer “justo” (“*qui dit contractuel dit juste*”).¹⁰⁵

A Alemanha do início do século XX foi o berço da utilização das cláusulas gerais, a exemplo da boa-fé, como um mecanismo de reequilíbrio em relações jurídicas. A realidade do pós-guerra mundial foi responsável pelo surgimento de diversas disputas judiciais, que demandavam uma abordagem diferente por parte do judiciário, que não encontrava respaldo apenas na legislação vigente para resolvê-las. Assim, com o advento das cláusulas gerais, os magistrados vieram a possuir mais liberdade para interpretar os casos de acordo com a realidade fática observada¹⁰⁶.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 22.

¹⁰⁵ ROPPO, Enzo. O contrato. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 35.

¹⁰⁶ MARINELLI, Gabriel Machado. Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 161 e 162.

Além dos acontecimentos históricos citados, uma nova realidade econômica emergia. Um mercado de consumo em massa, configurado por complexas relações comerciais, decorrentes do número crescente de habitantes nos grandes centros, a enorme necessidade de atendimento às demandas jurídicas, bem como as relações de trabalho cada vez mais pautadas em direitos sociais, exigiam uma atuação diferente do estado que até então se observava.

Na contemporaneidade, não mais a liberdade desimpedida é a referência para o modelo contratual. O *welfare state*, ou Estado social, apresenta-se em dissonância com o que era observado anteriormente, rompendo o ideal da absoluta autonomia contratual, buscando promover a justiça social¹⁰⁷. A concepção de contrato passou por uma contínua evolução, consequência de uma nova sociedade, muito mais complexa e industrializada, que acabou por alterar o pensamento da doutrina. Da antiga e engessada autonomia da vontade, passa-se a um instrumento jurídico mais aberto e social, que preza por maior equilíbrio nas relações.

Começa a haver um amadurecimento, de um ponto de vista jurídico, para se reconhecer doutrinariamente que existir maior necessidade de intervenção de um intérprete externo sobre as relações contratuais, para restringir o exercício de determinadas liberdades ou compor certas posições jurídicas de igualdade do ponto de vista contratual. É o momento em que a o aparato estatal começa a atuar mais fortemente a fim de responder às tensões ocorridas nas relações entre particulares. Durante este fenômeno de dirigismo contratual no sentido de um equilíbrio das relações, a utilização da boa-fé objetiva ganha ainda mais espaço. A respeito da boa-fé e a tendência à sua valorização coloca Fernando Noronha:

Foi a crítica aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual que permitiu que desabrochassem os princípios da boa-fé e da justiça contratual – os quais, aliás, nunca deixaram de estar latentes em todos os ordenamentos: apenas eram ofuscados pelo brilho artificialmente acrescentado ao princípio da (velha) autonomia da vontade.¹⁰⁸

O contrato precisa ser examinado não apenas pela liberdade das partes envolvidas, mas também como um reflexo da realidade externa em que está inserido,

¹⁰⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e mudança social, Revista do Curso de Direito da UFSC, Florianópolis, nº 2, ano 1, p. 30-34, nov. 1994, p. 32.

¹⁰⁸ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 122.

considerando a dinâmica socioeconômica da relação¹⁰⁹. Nesse íterim de socialização da relação contratual, pontua Cleyson de Moraes Mello:

Compreende-se, portanto, que, o contrato outrora de índole individualista e liberal deve sofrer uma abertura de modernos horizontes hermenêuticos, com o firme propósito de refletir o fenômeno da publicização ou socialização do direito privado, a partir de imperiosas exigências contemporâneas, como a pujança da atividade econômica do nosso tempo e as vicissitudes de uma sociedade transnacionalizada, globalizada ou pós-moderna.¹¹⁰

É imprescindível para o conhecimento do contrato e sua aplicação, o entendimento de seu valor social e constitucional, decorrentes do Estado Social¹¹¹. O negócio jurídico contratual é sempre atrelado ao momento histórico em que está inserido, como um fenômeno que acompanha as transformações da sociedade e suas necessidades em cada época. Corroborando com esse pensamento, e explicando as diretrizes do Código Civil de 2002, coloca Cachapuz:

[...] uma diretriz traçada pelo novo Código Civil que permite ao intérprete reconhecer a necessidade de aplicação da norma jurídica a uma sociedade complexa, capaz de exigir tanto o sentido de universalidade à análise normativa – e reconhecendo, por consequência, um princípio formal de igualdade jurídica –, como identificação, frente ao caso concreto, da singularidade do indivíduo e da sua posição jurídica num mundo concreto.¹¹²

Explicitando o sentido da nova maneira de contratar do mundo contemporâneo, ensina Orlando Gomes:

A nova concepção atenta para o dado novo de que, em virtude da política interventiva do Estado hodierno, o contrato, quando instrumenta relações entre pessoas pertencentes a categorias sociais antagônicas, ajusta-se a parâmetros que levam em conta a dimensão coletiva dos conflitos sociais subjacentes.¹¹³

A noção de autonomia mudou de maneira que, juntamente a ela, foi alterada a teoria da interpretação, que não mais se restringe à liberdade individual, com único impedimento para que seja exercida a configuração de ilicitude: “[...] o espaço da

¹⁰⁹ MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Civil: contratos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 28.

¹¹⁰ Op. Cit., p. 29.

¹¹¹ LÓBO, Paulo. Direito Civil: contratos, volume 3, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 18.

¹¹² CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). Doutrinas essenciais: Direito Civil parte geral, Volume IV, atos, fatos, negócios jurídicos e bens. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 778.

¹¹³ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18.

autonomia privada (estrutura dos poderes conferidos para exercício de direito dela decorrentes) é determinado pela função que desempenha na relação jurídica”.¹¹⁴.

A respeito do tratamento dado aos contratos no Código Civil de 2002, deve ser feita uma conceitualização acerca de sua função social, para que se entenda como atua o judiciário na busca do equilíbrio contratual e não ocorra confusão conceitual. O professor Gerson Branco pontua de forma excelente a respeito do tema, servindo-se da conceituação de Teubner¹¹⁵ sobre a função do contrato:

[...] esta é a característica essencial do contrato e sua função: servir como elo de conexão entre o sistema social e econômico com o sistema jurídico, para garantir estabilidade e previsibilidade em relação aos riscos futuros nas relações intersubjetivas, o que é muito bem sintetizado na expressão de que o contrato atua como “ilhas de estabilidade num mar de turbulências”.¹¹⁶

A função social do contrato é a função esperada de uma determinada espécie de contrato. Ela não interfere na autonomia das partes, mas, ao contrário, gera segurança jurídica ao negócio, pois é através dela que a parte sabe que seu objetivo será garantido:

Essa função, que em terminologia técnica legitimada pela tradição, se denomina a “causa”, ou seja, a razão do negócio, liga-se, logicamente, àquilo que é o conteúdo do negócio, sem, no entanto, se identificar com ele. Conteúdo do negócio é – como dissemos (§ 16) – não uma “vontade” qualquer, expressão vazia e incolor do capricho individual, mas um preceito da autonomia privada, com o qual as partes pretendem regular os seus interesses, nas relações entre elas ou com terceiros, em vista de escopos práticos de caráter típico, socialmente valoráveis pela sua constância e regularidade na vida de relações corrente.¹¹⁷

Na compra e venda, por exemplo, a função social é a da transferência de propriedade de um determinado bem, mediante pagamento de um valor em espécie. É buscando resguardar essa função que o estado deve atuar caso, por algum motivo, ocorra um desvio em uma direção contrária ao estipulado pela função social: “Por isso,

¹¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. Revista brasileira de Direito Civil, v. 1, p. 8-37, jul/set. 2014, p. 12.

¹¹⁵ TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoiético. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 242.

¹¹⁶ BRANCO, Gerson. A cláusula geral da função social como norma de invalidade dos contratos. Revista Bonijuris, V. 24, ano XXIV, n. 6, p. 6-22, jun. 2012, p. 10.

¹¹⁷ BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 333 e 334.

a regra é a prevalência da estipulação contratual, podendo ocorrer a intervenção como forma de recondução funcional do contrato aos fins da autonomia privada.”¹¹⁸.

Finalizando a análise da função social do contrato, analisa Cristiano de Sousa Zanetti:

Todo instituto jurídico desempenha algum papel na sociedade. Não é diferente com o contrato. Seu propósito é o de criar, resguardar, modificar ou extinguir relações jurídicas obrigacionais segundo o programa estipulado pelas partes. A função social do contrato, portanto, é promover a execução do programa ajustado pelas partes. Ao determinar a necessária observância da função social, o Código Civil reforça a tutela do contrato, a fim de que os objetivos previstos pelos contratantes sejam atingidos.¹¹⁹

Ao se tratar de contratos típicos, conforme o caput do art. 421¹²⁰ do Código Civil, fica clara aplicação de suas funções sociais, por se tratarem de contratos regulados em lei. Entretanto, os contratos atípicos, tratados no art. 425¹²¹ do mesmo Diploma, também são negócios jurídicos lícitos, válidos e que cumprem sua função social, no momento em que exista consenso estabelecido entre as partes sobre o que será discutido na relação.

A realidade de um contrato mais social, arraigado na boa-fé objetiva fez imergir a necessidade de preocupação com outros aspectos, como a busca por resolver eventuais desequilíbrios contratuais que possam vir a ocorrer. Com esse pensamento, ganha importância a responsabilidade civil pré-contratual, na qual ainda não há contrato formulado, porém existe a expectativa de sua criação, e, por isso, as partes já possuem deveres umas com as outras, mesmo sem a formalização do instrumento.

¹¹⁸ BRANCO, Gerson. A cláusula geral da função social como norma de invalidade dos contratos. Revista Bonijuris, V. 24, ano XXIV, n. 6, p. 6-22, jun. 2012, p. 18.

¹¹⁹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Título V: dos contratos em geral. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 698.

¹²⁰ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹²¹ Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

3 A FORMAÇÃO DO CONTRATO

A criação de um vínculo contratual decorre de dois fatores. O primeiro é a proposta, também chamada de oferta, policitização ou oblação – que não depende de forma específica – e a aceitação dessa proposta¹²². Essas duas fases são de fácil observação e identificação, pois são muito características do instrumento contratual.

A formação de um contrato é conhecida como conclusão e, ao contrário do que o nome sugere, não significa o final do vínculo entre as partes, mas, sim, o começo da relação contratual formalizada. O final de uma relação contratual é chamado de extinção¹²³, e ocorre quando do cumprimento das obrigações pelas partes.

O objetivo final de um contrato é vincular as partes à realização das obrigações que foram estabelecidas. Quando essas obrigações são realizadas, se diz que o contrato foi executado¹²⁴. É, ao final, o que todos os envolvidos no negócio jurídico esperam quando exercem a faculdade de contratar.

Também pode ocorrer, de forma não obrigatória, uma fase de negociações preliminares. Ela acontece antes da conclusão do negócio e caracteriza-se por ser um momento em que as partes ainda não chegaram a um consenso sobre as características do negócio que pretendem realizar.

Os contratos, como negócios jurídicos, são uma expressão da autonomia privada. Para que seja formado precisa de uma declaração de vontade, que transpassa os limites da subjetividade relativos à vontade individual e começa a possuir uma relevância social, com uma eficácia operativa própria¹²⁵. A respeito da declaração, ensina Emilio Betti:

E visto que o resultado do acto é tal que se concretiza sempre na mente alheia, apelando umas vezes só para a consciência, e outras também para a vontade, a declaração é, por sua natureza, um acto conscientemente destinado a ser conhecido por outros, dando-lhes conhecimento de um determinado conteúdo: um acto, portanto, que se dirige, necessariamente, a outros.¹²⁶

¹²² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 72.

¹²³ LÔBO, Paulo. Direito Civil: contratos, volume 3, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 92.

¹²⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Civil, 3: contratos. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210.

¹²⁵ BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 111.

¹²⁶ Ibidem, p. 248.

A parte que faz a declaração precisa ser clara em expressar seus pensamentos. Determinados negócios possuem linguagens específicas, as quais a parte deve dominar para que seja compreendida pelo seu interlocutor.

Considera-se, geralmente, como ônus do declarante, falar claro, sem reticências nem fingimentos, e em todo o caso, reputa-se indispensável, no interesse dos terceiros, um mínimo de univocidade e clareza, embora ressalvando sempre as exigências da terminologia técnica, correspondente à matéria do negócio.¹²⁷

Seguindo essa linha de raciocínio, parte-se agora à análise das fases de um contrato. Elas são criadas a partir de declarações de vontade dos envolvidos, que externalizam seus desejos intrínsecos e os levam ao conhecimento da contraparte com a qual pretendem negociar.

3.1 A PROPOSTA

A primeira fase, de proposta, é um ato unilateral e explicita uma declaração de vontade de quem a realiza. É definida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald de forma precisa, da seguinte maneira:

A proposta, oferta ou policitação, é a declaração receptícia - pois para produzir efeitos tem de alcançar o destinatário -, pela qual alguém (policitante, proponente, solicitante) efetivamente dirige a vontade declarada a outrem (aceitante, policitado, oblato), pretendendo celebrar um contrato. A proposta será escrita, quando se efetiva pela via de carta ou outro documento enviado ao policitado; será oral, quando se aperfeiçoa de viva voz, ou tácita, quando exteriorizada por atos inequívocos, tal como a exposição de um determinado objeto com o preço afixado na mercadoria.¹²⁸

Ou seja, é uma manifestação de vontade do proponente, ou policitante, ao aceitante, ou oblato, que vincula aquele aos termos que apresentou a este¹²⁹, devendo ser feita de forma séria, objetiva e precisa. Deve conter as informações principais do negócio jurídico, como, por exemplo, o preço, forma de pagamento, tempo de

¹²⁷ BETTI, Emílio. Teoria geral do negócio jurídico. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 254.

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: contratos. Salvador: Editora JusPodvim, 2017, p. 87.

¹²⁹ Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

execução, além de elencar as condições necessárias para que o contrato seja concretizado¹³⁰. Essas informações principais ao negócio jurídico possuem a finalidade de possibilitar a conclusão do contrato. São elementos que, se não forem expressos, não se poderá configurar determinada categoria de negócio jurídico. Nas palavras de Junqueira: “são os elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis”¹³¹.

A proposta deve ser feita de maneira que a aceitação da outra parte seja o suficiente para que ocorra a conclusão do contrato. Na fase de proposta, não se tem o objetivo de negociar, ou debater as condições do contrato, o que deve ser feito em momento anterior¹³².

A proposta séria é aquela que demonstra efetiva vontade de contratar, não um simples espírito jocoso ou social, por exemplo. A proposta feita ao público em vitrinas, mostruários, catálogos, anúncios etc. vincula o ofertante.¹³³

Muito embora não exista lei expressando os requisitos da proposta, ela deve ser realizada de forma séria e precisa, pois é o primeiro passo concreto para a formação de uma fonte de obrigação¹³⁴. A proposta é uma fase obrigatória para a vida de um contrato, considerada um marco na relação contratual.

A proposta pode ser realizada entre presentes ou ausentes. Considera-se proposta entre presentes, a que possui comunicação imediata entre o proponente e o destinatário, com chance de celebração instantânea do contrato, sem intervalo de tempo considerável entre a formulação da proposta e sua aceitação. Contudo, há de se atentar que os contratantes não precisam estar presentes fisicamente para que a proposta seja considerada entre presentes. Eles podem estar em contato por telefone ou através de algum programa que possibilite contato imediato¹³⁵, a exemplo, nos dias atuais, de aplicativos como o *teams* ou o *zoom*.

Já na proposta entre ausentes, não há comunicação imediata entre as partes. É observado um intervalo de tempo considerável entre a proposta e a aceitação e as

¹³⁰ MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Civil: contratos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 114.

¹³¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Negócio Jurídico: Existência Validade e Eficácia, 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35.

¹³² GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 73.

¹³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 602.

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 61.

¹³⁵ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Título V: dos contratos em geral. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 712.

regras que serão observadas dependem da estipulação, ou não, de prazo para aceitação da proposta¹³⁶. A proposta perderá a sua eficácia obrigatória de acordo com as hipóteses elencadas no artigo 428 do Código Civil¹³⁷, de acordo com os casos que seguem:

Se for feita à pessoa presente, mas não for imediatamente aceita: no caso de as pessoas estarem presentes fisicamente (podendo ser também via telefone, ou afins), fica subentendido que a aceitação deve ser dada imediatamente, ou, caso contrário, haverá perda da eficácia da proposta¹³⁸.

Na hipótese de proposta entre ausentes sem prazo estipulado, a vinculação à proposta e sua eficácia permanecem até que tenha se passado tempo suficiente para que a resposta do oblato chegue até o proponente. Esse período corresponde à soma total de três momentos: o tempo levado para que a proposta chegue ao destinatário, juntamente com a duração do período que ele utilizar para analisá-la, em conjunto com o intervalo de tempo necessário para que a resposta do oblato chegue ao proponente¹³⁹. Cabe, nesse caso, ao intérprete definir qual seria o tempo suficiente, podendo ser considerado, por exemplo, o tempo habitual necessário para a emissão de respostas para contratos de determinada natureza.

No caso de ser feita uma proposta entre ausentes com prazo estipulado, a proposta possui eficácia até a data estipulada como limite para que a resposta seja enviada pelo oblato. Após esse período, perderá a sua obrigatoriedade.

Por fim, também haverá perda da obrigatoriedade da proposta caso o proponente emita uma retratação e ela chegue ao conhecimento do destinatário antes, ou concomitantemente à própria proposta. Essa é a última das quatro hipóteses de perda da obrigatoriedade da proposta, elencadas no Código Civil.

¹³⁶ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Título V: dos contratos em geral. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 712.

¹³⁷ Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito Civil, v. 4, tomo I: contratos, teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 165.

¹³⁹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Título V: dos contratos em geral. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 712.

A vinculação do proponente à proposta é a regra e permanece ativa durante o período no qual a policitação for válida. Como exceção, existem as possibilidades de o proponente colocar, de forma expressa, que não está obrigado aos termos da proposta; na hipótese de a natureza do contrato; ou se as circunstâncias as quais estiver inserido, não possibilitarem a vinculação, conforme análise do caso concreto¹⁴⁰.

Da mesma forma que a proposta, a sua aceitação é uma manifestação da vontade unilateral, com efeitos jurídicos, que vincula o ator. Ambos os atos buscam a integração de duas vontades no sentido de criar-se a vontade contratual final, propriamente dita¹⁴¹.

Importante ressaltar que o tema central do presente trabalho, a responsabilidade civil pré-contratual, ocorre antes mesmo da proposta, que é, após a sua consequente aceitação, o marco final da fase das negociações. No momento em que é feita a proposta, se ela for aceita, são encerradas as tratativas e, portanto, não mais se pode falar em responsabilidade pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações.

3.2 A ACEITAÇÃO

Após a proposta ser feita, há a fase de aceitação. Nela, que deve ser externada sem vício – erro, dolo, lesão ou coação –, ocorre a manifestação de vontade do aceitante ou oblato, aderindo à proposta que lhe foi feita¹⁴². É negócio jurídico unilateral, na maior parte das vezes não receptício, isto é, que não depende da aceitação de seu destinatário para produzir efeitos, com o intuito de promover a formação do contrato, por meio da aprovação integral aos termos da proposta¹⁴³. Nas palavras de José Carvalho Santos:

[...] para a aceitação ser havida como realizada, em regra, basta um 'sim' ou um 'aceito', assim como para manifestar a não aceitação da proposta basta um 'não' ou um 'não aceito', não havendo fórmulas mais expressivas do que

¹⁴⁰ LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, v. 3: contratos. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157.

¹⁴¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 603.

¹⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito Civil, v. 4, tomo I: contratos, teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 170 e 171.

¹⁴³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. Título V: dos contratos em geral. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 716.

essas, embora mais extensas sejam utilizadas geralmente no mundo dos negócios.¹⁴⁴

Para que seja efetiva, a aceitação precisa chegar até o proponente. Porém, para tal, não há obrigatoriedade de que seja realizada de maneira expressa, podendo, de acordo com o caso, se a lei assim permitir, ser realizada de maneira tácita¹⁴⁵, considerando a maneira pela a qual se dá o contrato¹⁴⁶. A aceitação realizada de forma tácita precisa ser tratada com cautela, afinal, como regra geral, quando um sujeito recebe uma proposta, ele não é obrigado a respondê-la. Assim, são as circunstâncias do negócio que definirão se é viável, ou não, a aceitação de forma não expressa.

A aceitação é fase obrigatória na relação contratual, possuindo grande relevância aos contraentes, bem como importância jurídica. O momento em que se dá a aceitação é fundamental, pois é através dele que se sabe quando ocorre a conclusão do contrato¹⁴⁷, vinculando as partes às obrigações delas esperadas e dando início à relação contratual propriamente dita. A proposta e a aceitação são atos pré-negociais, que possuem eficácia na ocasião em que são entregues à outra parte com quem se está negociando. No momento do encontro entre a proposta e a aceitação ocorre a conclusão e há o nascimento o vínculo contratual formalizado¹⁴⁸, no qual proponente e destinatário passam a ser partes de um mesmo negócio jurídico.

Contudo, nem sempre um contrato possui uma formação tão simples, através da mera apresentação da proposta e sua rápida aceitação. Antes da fase de proposta pode haver um momento de negociação preliminar, também conhecido como pontuação (antecontrato, declaração)¹⁴⁹. Essa fase não está prevista no Código Civil de 2002, o que, em princípio, por não vincular as partes, pode causar a ideia de que não existe responsabilização por atos nela realizados, porém, antes de fazer tal afirmação, é necessário que sejam feitas algumas ponderações.

¹⁴⁴ SANTOS, João Manoel de Carvalho. Código civil brasileiro interpretado, vol. XV; 9ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., p. 80-81, 1972. Apud: RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 97.

¹⁴⁵ Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹⁴⁶ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 76.

¹⁴⁷ LÔBO, Paulo. Direito Civil: contratos, volume 3, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 98, 2020

¹⁴⁸ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68.

¹⁴⁹ TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 3: Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 117.

4 AS TRATATIVAS NEGOCIAIS

Conforme exposto, muitos dos contratos realizados no cotidiano ocorrem praticamente de forma instantânea, prescindindo as tratativas contratuais, bem como uma aproximação profunda entre as partes, ocorrendo apenas através da simples oferta e sua conseqüente aceitação. Entretanto, em diversos casos, ainda é necessário transpor essa barreira da simplicidade e adentrar nas tratativas negociais de forma mais detalhada, com vistas a entender como funciona o momento em que uma parte gera expectativa em relação à outra quanto à futura conclusão do negócio jurídico.

Como ideal geral, pelo princípio da autonomia da vontade, uma parte não é obrigada a aceitar a proposta da outra, ou adentrar em um negócio contra sua vontade, exercendo seu direito de não contratar. O que irá nortear a aplicação da responsabilidade pré-contratual é o princípio da boa-fé objetiva na análise do caso concreto, por meio da ponderação do nível de expectativa que as partes criaram umas com as outras.

Em contratos curtos, de rápida realização, como, por exemplo, o da venda de soja, não é comum observar a fase das negociações preliminares¹⁵⁰, dada a natureza do que se está negociando, que pode exigir uma resposta ágil das partes, não havendo tempo hábil para se negociar. Outros, contudo, precisam de grandes períodos de negociação, nos quais as partes possuem tempo para discutir a respeito das condições do negócio e das obrigações que pretendem contrair. Orlando Gomes, em seu magistério, ensina irretocavelmente sobre as negociações preliminares:

Debates os interessados as condições que podem tornar o contrato viável, prolongando-as com o objetivo de verificarem se o negócio realmente lhes convém. Chegam, não raro, a elaborar um projeto do futuro contrato, redigindo, de comum acordo, a minuta, que servirá de roteiro, para a redação do competente instrumento, cujo texto, via de regra, a reproduz. Outras vezes, as negociações preliminares registram-se em simples apontamentos, utilizados posteriormente para precisar a vontade dos interessados quanto ao conteúdo do contrato. Seja qual for, porém, a forma que assumam, as negociações preliminares constituem atividade quem embora não seja propriamente contratual, possui, em certas circunstâncias, indiscutível relevância jurídica. Tais negociações não passam, entretanto, de mera tentativa para a realização de contratos, não se confundindo com as negociações contratuais propriamente ditas.¹⁵¹

¹⁵⁰ CACHAPUZ, Maria Claudia. Algumas notas sobre a responsabilidade pré-contratual. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano XXVI, Nº 76, p. 65-86, dez. 1999, p. 65.

¹⁵¹ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 72.

As negociações preliminares, conquanto não sejam obrigatórias, têm se mostrado cada vez mais importantes e vêm ganhando grande relevância na doutrina e jurisprudência¹⁵². A doutrina tradicional não atribuía relevância jurídica a esta fase, atendo-se ao mundo dos fatos, porém essa realidade vem mudando nas últimas décadas.

Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva “Separar o pré-contrato do contrato definitivo seria impor corte inexistente no desenvolvimento do vínculo obrigacional, desnaturando a declaração de vontade nele inserta e que lhe fixa a categoria jurídica.”¹⁵³. O pré-negócio faz parte da relação jurídica, sendo uma importante fase no desenvolvimento de um negócio, mesmo que não seja necessária em todos os casos. Judith Martins-Costa apresenta a importância dos ensinamentos de Couto e Silva acerca da valorização da fase pré-negocial:

A noção de obrigação como processo veio por um foco de luz na fase das tratativas – por longo tempo submergidas em uma espécie de limbo jurídico –, permitindo distinguir entre o contrato (fonte de relação jurídica de onde derivam direitos e obrigações contratuais) e um não contrato que não é, todavia, um «nada» para o Direito: pelo contrário, a fase polimorfa que antecede ao nascimento de uma relação contratual pode ser povoada (mormente nas operações comerciais e societárias mais complexas) por diversas figuras com naturezas e eficácias distintas. Por esta razão a fase das tratativas exige cuidadoso juízo de qualificação por parte do intérprete.¹⁵⁴

A fase de negociações pré-negociais, por si só, representa uma incerteza aos resultados que serão obtidos pelas partes. Não há certeza de que será alcançado o sucesso na relação. Quem começa uma conversação com vistas a firmar futuramente um contrato está assumindo o risco de fracassar nas tratativas e, conseqüentemente, não realizar o negócio jurídico planejado¹⁵⁵. As negociações apresentam-se como conversas prévias, debates, pesquisas, ou diversas outras formas, objetivando a celebração do contrato. Não há vinculação jurídica formal entre os contratantes, mesmo que existam projetos, minutas, ou esboços do que se pretende vir a acordar, porém, o que se tem é a necessidade de manter sua conduta de acordo com a boa-fé objetiva. Durante as tratativas contratuais, os contratantes buscam uma

¹⁵² LÔBO, Paulo. Direito Civil: contratos, volume 3, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 99.

¹⁵³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. A obrigação como Processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 111.

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 470.

¹⁵⁵ PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 283.

aproximação mútua e amigável, sem vínculo obrigacional entre eles. Nessa fase é comum ocorrer, por exemplo, reuniões, ligações telefônicas, apresentação de documentos, ou projetos¹⁵⁶.

Ao decorrer da fase pré-negocial, não existe conexão contratual propriamente dita, apenas um laço obrigacional derivado do dever de conduta estabelecido pelo princípio da boa-fé objetiva, que dá aos envolvidos certa segurança negocial, estabelecendo o padrão de comportamento que devem ter um com o outro. Aqui, ganha especial relevância o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que, não formalizada a relação contratual, as partes dependem unicamente da confiança umas às outras, depositando expectativas com vistas à celebração do contrato.

Há de se distinguir a fase das negociações preliminares com o chamado contrato preliminar, elencado na Seção VIII, artigos 462 a 466 do Código Civil¹⁵⁷. Este é um instrumento, formal, através do qual as partes comprometem-se a celebrar mais tarde o contrato principal¹⁵⁸, enquanto aquela, objeto principal do presente estudo, é informal, sendo traduzida apenas pela conduta das partes e sua aproximação, com vistas a concluir futuramente o instrumento contratual e que, se rompido de forma abrupta e injustificada, pode ensejar a chamada responsabilidade civil pré-contratual.

As negociações são uma parte importante da relação negocial, com relevância jurídica, que objetiva a concretização do contrato. Tudo que nela é feito, debatido, deliberado e idealizado, possui, como fim, o estabelecimento de um negócio jurídico formal, do interesse mútuo de todos os envolvidos. Régis Fichtner Pereira, faz brilhante exposição no tocante à fase pré-contratual:

É quase intuitivo que no momento em que duas pessoas iniciam conversações com a finalidade de realizar um negócio jurídico, não se

¹⁵⁶ MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Civil: contratos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 111.

¹⁵⁷ Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado. Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive. Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente. Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação. Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos. Art. 466. Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 abr. 2021.

¹⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 105.

encontram mais na mesma situação em que se encontram duas pessoas que conversam socialmente, trocando meras experiências ou impressões pessoais. Já existe, durante a fase das negociações, uma finalidade objetivamente verificável, de natureza econômica, para os atos praticados pelas partes. Esses atos se destinam a um fim, ainda que eventual, qual seja, o de instituírem os contratantes entre si uma relação jurídica de natureza contratual.¹⁵⁹

Complementando a colocação de Pereira, manifesta Wanderley Fernandes:

[...] ainda que o contrato não tenha se formado, a relação já estabelecida entre as partes, como uma forma de contato contratual, pode ser identificada como uma situação intermediária entre a relação contratual e a simples relação social. Nesse sentido, diverso da relação meramente casual em que se encontram o motorista e o pedestre envolvidos em um acidente de trânsito, as partes em negociação podem avaliar os riscos envolvidos nessa relação especial, nesse contato contratual, que é fazer uma negociação.¹⁶⁰

Nas tratativas, não há, necessariamente, consenso entre os envolvidos. É, de fato, um momento de negociação entre os futuros contratantes, em que cada um pode expor seu interesse sobre o que deseja para a futura relação contratual que pretendem firmar. No que concerne à postura das partes nas negociações, ensinou Pontes de Miranda:

O que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam relações jurídicas de confiança, e não só relações morais. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato.¹⁶¹

No trecho, Pontes de Miranda não se referia formalmente à boa-fé objetiva. Contudo, há alusão ao princípio, pois apresenta os termos da consequência de sua aplicação, qual seja a retidão das partes em suas condutas¹⁶². De forma geral, em todo o trecho o autor faz referência à valorização das negociações preliminares, ao afirmar que um contrato não se forma repentinamente, importando também o que antecede a sua conclusão.

¹⁵⁹ PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 53.

¹⁶⁰ FERNANDES, Wanderley. Cláusulas de exoneração e de limitação de Responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 168.

¹⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo XXXVIII: direito das obrigações. Negócios jurídicos bilaterais. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 439.

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 462.

O princípio da boa-fé objetiva é atrelado à fase das tratativas negociais, desde o momento inicial em que as partes apresentam-se e aproximam-se, bem como nos debates pré-negociais e em todos os atos pertinentes às tratativas, mesmo que sem menção expressa no Código Civil, diferentemente dos momentos de execução e conclusão, em que a observância à boa-fé está explícita no artigo 422¹⁶³. É a boa-fé objetiva que irá conferir segurança jurídica à relação no pré-contrato. Nesse diapasão, ensina Orlando Gomes:

A boa-fé enquanto fonte geradora de deveres encontra-se presente no art. 422 do Código Civil (“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”). Não obstante o dispositivo mencionar apenas a conclusão e a execução do contrato, é certo que a boa-fé cria deveres anexos também na fase pré-contratual, isto é, naquele período de negociações preliminares e tratativas que antecedem a conclusão do contrato, bem como na fase pós-contratual (*boa-fé post pactum finitum*).¹⁶⁴

A importância da boa-fé objetiva está presente mesmo na fase de pontuação, de forma que os negócios precisam ser interpretados de acordo com o princípio desde o começo da aproximação entre as partes, até o momento do adimplemento e extinção do contrato¹⁶⁵.

A fase das tratativas preliminares não se refere à mera aproximação dos envolvidos, mas, sim, a real prática da atividade negocial. Conforme se desenvolve, a responsabilidade das partes aumenta e, conseqüentemente, crescem suas expectativas. O momento de negociação chega a seu fim quando uma – ou mais – das partes manifesta sua vontade de encerrá-la, sem a criação de vinculação contratual, ou quando se chega a um consenso por todas as partes, e é criado um negócio jurídico¹⁶⁶. Com isso, são aceitos os acordos e vontades explicitadas durante o pré-negócio e alcançada a conclusão do contrato.

Com a valorização das tratativas negociais, surgiu a necessidade de se entender o que aconteceria com uma parte que rompesse a confiança da outra nessa

¹⁶³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

¹⁶⁴ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45.

¹⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro. 1. Teoria geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 480.

¹⁶⁶ PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 50.

fase. Nesse sentido surge a responsabilidade civil pré-contratual, entendendo que o indivíduo a romper injustificadamente, de maneira súbita, as negociações preliminares, trai a expectativa criada pela contraparte, o que representa um rompimento da ética negocial, tutelada pela boa-fé objetiva e seus deveres anexos, como confiança, lealdade, clareza etc¹⁶⁷.

Na fase pré-negocial, há mais importância na intenção das partes, em sua postura e seus atos, do que no negócio propriamente dito. Entende-se, por conseguinte, que há de ser responsabilizado o negociante que manifesta o desejo de contratar, fomenta o negócio, gera no outro reais expectativas e, após, sem justificativa, desiste do que havia se comprometido. Conclui, nesse sentido, Pontes de Miranda:

Não se pode dar a tal direito à indenização como fundamento à relação jurídica entre A e B, porque nenhuma relação jurídica havia entre *êles*: a nulidade existia. O fundamento está em que todos têm o dever de verdade, todos, nos negócios jurídicos, hão de comunicar o que saibam ou deviam saber ao ser concluído o contrato. É o dever de esclarecimento, a *Erklärungshaftung*.¹⁶⁸

4.1 A TEORIA E A EVOLUÇÃO DA CULPA IN CONTRAHENDO

Do exposto até aqui, verificou-se que nem sempre um contrato é formado pela mera proposta e aceitação, fases de fácil verificação. É possível que ocorra um momento prévio, no qual os envolvidos discutem as particularidades do negócio, criando expectativas sobre o que se pretende vir a contratar.

O alemão Rudolf von Jhering começou a desenvolver a teoria da *culpa in contrahendo*, em 1861, que seria a aplicação da culpa contratual em uma direção específica¹⁶⁹, a da responsabilidade pré-contratual. Nas palavras do próprio autor, sua teoria, defensora responsabilização dos atos realizados nas tratativas negociais, pode ser resumida da seguinte forma:

¹⁶⁷ MELLO, Cleyson de Moraes. Direito Civil: contratos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017, p. 111.

¹⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Tomo XXXVIII: direito das obrigações. Negócios jurídicos bilaterais. Atualizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 437 e 438.

¹⁶⁹ JHERING, Rudolf Von. Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução: Paula Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 41.

O imperativo da diligência contratual vale, tal como para relações contratuais formadas, também para relações contratuais em formação, uma sua violação fundamenta aqui, como ali, a ação contratual de *indenização*¹⁷⁰.

Segundo o autor, a ideia de culpa, não deveria figurar apenas nas relações contratuais formalizadas, mas, também, nas que estejam em processo de formação:

[...] Não são apenas as relações contratuais formadas, mas antes logo as que estão em formação que têm de estar sob a proteção das regras sobre a culpa, se não se quiser que o tráfico contratual seja neste aspecto obstaculizado de forma significativa, que cada contraente seja exposto ao perigo de se tornar vítima da negligência alheia.¹⁷¹

Quando do desenvolvimento dos estudos iniciais acerca da culpa *in contrahendo* por Jhering, enfrentou-se dificuldade de enquadramento do conceito, de acordo com o que existia de estudos sobre a responsabilidade civil na época¹⁷². A teoria foi considerada subversiva quando de sua elaboração, em uma Alemanha pandectista: “começava a se fraturar o dogma absoluto da vontade, considerada, pela Escola das Pandectas, elemento imprescindível para o nascimento do vínculo obrigacional.”¹⁷³. A perspectiva meramente contratual não satisfazia a demanda do estudo, pois, por não existir instrumento firmado, o dano não poderia advir de um descumprimento de obrigações contratuais. Da mesma forma, naquele momento, enquadrá-lo na responsabilidade extracontratual parecia não ser adequado, pois seria necessário identificar elementos essenciais da responsabilidade aquiliana, ou seja, ilicitude ou antijuridicidade, o que não era necessariamente o caso¹⁷⁴.

Foi necessário o desenvolvimento de uma categoria baseada na responsabilidade civil pela culpa para entender por que deveria existir ressarcimento dos danos causados à outra parte pelo rompimento das negociações preliminares. Jhering, buscando uma conceitualização mais precisa do que a ilicitude ou a antijuridicidade, encontrou na culpa o cerne para o desenvolvimento de sua teoria¹⁷⁵:

¹⁷⁰ JHERING, Rudolf Von. Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução: Paula Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 41.

¹⁷¹ Ibidem, p. 32.

¹⁷² CACHAPUZ, Maria Claudia. Algumas notas sobre a responsabilidade pré-contratual. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano XXVI, Nº 76, p. 65-86, dez. 1999, p. 67.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 492.

¹⁷⁴ CACHAPUZ, Maria Claudia. Algumas notas sobre a responsabilidade pré-contratual. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano XXVI, Nº 76, p. 65-86, dez. 1999, p. 67.

¹⁷⁵ Ibidem.

Não havia, quando da elaboração do trabalho de Rudolph von Jhering, um ambiente jurídico adequado para a responsabilidade sem culpa, apesar das transformações socioeconômicas já terem, à época, trazido uma série de problemas à apreciação social.¹⁷⁶

Assim, a *culpa in contrahendo* visa proteger o indivíduo que suportou prejuízos ao confiar na validade de um contrato, que acabou por se tornar nulo pela culpa da outra parte. A teoria desenvolvida por Jhering foi de grande valia para o começo do estudo da responsabilidade civil pré-contratual. Contudo, o instituto evoluiu para tomar a forma que conhecemos hoje.

Maria Fernanda Campos Lopes Soares complementa, afirmando que, com a teoria, surgiu a ideia de que, durante as tratativas preliminares, as partes deveriam considerar deveres que, uma vez violados, poderiam acarretar a indenização da parte lesada, pela desistência repentina do outro em relação ao negócio¹⁷⁷. Ainda sobre a teoria de Jhering, Leonardo David Quintanilha de Oliveira, coloca:

A responsabilidade civil pré-contratual ou, segundo nomenclatura doutrinária, responsabilidade por *culpa in contrahendo* é aquela decorrente de um comportamento lesivo do negociante antes da formalização do contrato. Noutras palavras, deriva da imputação de um ato omissivo ou comissivo da parte negociante na fase de negociações preliminares, de proposta não formalizada ou de puntação, também denominada de tratativas, conversações, debates prévios, entendimentos ou antecôtrato.¹⁷⁸

A ideia original da *culpa in contrahendo* englobava somente realidades em que era verificada a nulidade do contrato, acarretando, assim, o dever de indenizar. Apenas eram abarcados contratos que se tornassem nulos pela postura da parte violadora¹⁷⁹, em que havia “vícios de consentimento não informados no período de formação do contrato”¹⁸⁰. No entanto, a ideia do presente trabalho é também abarcar situações em que os contratos seriam válidos, sem vícios nem nulidades que possam desconstituí-los, porém acabam por não serem realizados pela conduta irregular de uma das partes, que rompeu a confiança estabelecida pela outra parte, como dever

¹⁷⁶ LISBOA, Roberto Senise. Confiança contratual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 76.

¹⁷⁷ SOARES, Maria Fernanda Campos Lopes. Responsabilidade civil pré-contratual em caso de rompimento injustificado das tratativas: possibilidade de tutela específica à luz do contrato de locação não residencial. Revista dos Tribunais, vol. 946, p. 4, 2014

¹⁷⁸ OLIVEIRA, Leonardo David Quintanilha de. A responsabilidade civil pré-contratual e a intervenção do poder público na autonomia privada. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (69), p. 182-205, 2015, p. 183.

¹⁷⁹ FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé objetiva na fase pré-contratual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 33.

¹⁸⁰ CACHAPUZ, Maria Claudia. Algumas notas sobre a responsabilidade pré-contratual. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano XXVI, Nº 76, p. 65-86, dez. 1999, p. 70.

anexo à boa-fé. António Menezes Cordeiro, faz uma breve observação sobre a evolução da teoria da culpa *in contrahendo*:

A culpa *in contrahendo* postulava que, antes de celebrado um contrato e nas negociações preliminares, as partes deveriam observar deveres de segurança, de informação e de lealdade. Tratava-se, num momento inicial, de evitar que as negociações fossem usadas para prejudicar pessoas. Mais tarde, o instituto evoluiu no sentido da tutela da parte mais fraca: caberia à mais forte, pela lealdade e pela informação, evitar que a fraqueza do seu parceiro se viesse a traduzir em desequilíbrios contratuais.¹⁸¹

O preceito básico da *culpa in contrahendo* é o de que um vínculo de confiança entre os contratantes é criado, mesmo sem a conclusão do contrato¹⁸². Sobre o tema, analisando a conduta de quem rompe a relação de forma abrupta, coloca Orlando Gomes:

O dever de indenizar, no caso, explica-se, segundo alguns, pela teoria da culpa "*in contrahendo*". Aquele que é ilaqueado em sua boa-fé, frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem direito à reparação dos prejuízos sofridos [...] deixando de contratar, age culposamente, o que, até certo ponto, implica reconhecer que, pelo menos em determinadas circunstâncias, as negociações preliminares obrigam.¹⁸³

A teoria da *culpa in contrahendo* foi reconhecida por ter apresentado à doutrina a discussão sobre a responsabilidade civil pré-contratual, em uma época em que não se tratava do tema. Através dela, como ponto de partida, foi demonstrada a importância de se preencher uma lacuna que estava presente no cotidiano jurídico do período e que não tinha uma resposta satisfatória¹⁸⁴:

[...] passou-se a considerar que para o surgimento da ideia de 'culpa in contrahendo' não se faz mais necessário chegar à conclusão do negócio jurídico. Ou mesmo admitir-se que a figura da responsabilidade pré-contratual só pode ter como fonte hipóteses de realização de acordos nulos ou anuláveis. Necessariamente, o tema da responsabilidade pré-contratual é enfrentado hoje, mesmo em países que possuem cláusulas gerais sobre a matéria, sob a visualização dos deveres de boa fé, entendendo-os como fatos constitutivos da responsabilidade. Tal se verifica, inclusive, porque os dispositivos legais – ao vincularem a responsabilidade ao dever de obrar

¹⁸¹ CORDEIRO, António Menezes. A boa fé nos finais do século XX. Revista da Ordem dos Advogados Portugueses, Lisboa, ano 56, v. III, p. 887-912, dez. 1996, p. 896.

¹⁸² LÔBO, Paulo. Direito Civil: contratos, volume 3, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 100.

¹⁸³ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 72.

¹⁸⁴ LIMA, Bernardo Silva de. Breves considerações sobre a culpa *in contrahendo* em Jhering. Revista dos Tribunais Online, vol. 68/2016, p. 109-124, Ago 2016.

conforme a boa fé no período das negociações – não chegam a delimitar o momento exato em que se pode fazer nascer o dever de reparação.¹⁸⁵

No que diz respeito à mudança da teoria original da *culpa in contrahendo*, com a inserção da boa-fé objetiva como elemento apto a validar a responsabilidade civil pré-contratual, bem como a classificá-la sob o regime da responsabilidade extracontratual, sem necessidade obrigatória do elemento culpa para sua configuração, ensina Cachapuz:

Ao introduzir o elemento da boa fé para a caracterização do vínculo entre os sujeitos de direito, a doutrina francesa abriu espaço para que fosse possível transferir o exame da responsabilidade civil pré-contratual para o prisma da chamada responsabilidade extracontratual. Primeiro, porque se reconhece que a fonte da obrigação de reparar o prejuízo não é o contrato – não concluído –, mas a violação de deveres criados no tráfico jurídico à base de uma confiança mantida entre as partes. Confiança esta decorrente de um interesse de efetivação de um negócio jurídico futuro. Em seguida, porque não apenas em casos de vícios de consentimento não informados no período de formação dos contratos, como desejava Ihering, é possível verificar-se uma quebra de confiança entre as partes contratantes. Prescinde-se do elemento da culpa, em verdade, para o dever de reparar. O que se torna fundamental é avaliar o grau de confiança depositado pelas partes contratantes no período das tratativas negociais, a ponto de ver-se caracterizada a responsabilidade pré-contratual.¹⁸⁶

A responsabilidade civil pré-contratual ganhou grande relevância na doutrina e jurisprudência brasileira nas últimas décadas, mesmo não possuindo um artigo próprio no Código Civil de 2002. Ao ser rompida, considerando-se a análise do caso concreto, presume-se que há possibilidade de responsabilização do agente causador. Independentemente de quanto possa se vir a gastar em uma negociação, ou de quão avançada ela esteja, o direito de interrompê-la, e dela desistir, é inerente às partes, como consequência da autonomia da vontade. O problema, e a possível responsabilização, ocorrem quando uma das partes deixa de observar o dever de agir conforme a boa-fé objetiva para com a outra.

Sem a observância de tudo que a boa-fé objetiva prega, o contrato seria mero instrumento de satisfação da vontade de uma das partes, podendo servir de meio para a prática de injustiças e práticas que são contra o Estado Social. É através da boa-fé objetiva, um princípio contido em uma cláusula geral, de conceito aberto, com ampla utilização na doutrina, que podemos encontrar respaldo para evitar situações de

¹⁸⁵ CACHAPUZ, Maria Claudia. Algumas notas sobre a responsabilidade pré-contratual. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano XXVI, Nº 76, p. 65-86, dez. 1999, p. 72.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 70.

desequilíbrio jurídico contratual. O que se analisa na responsabilidade civil pré-contratual é a retirada injustificada de um contratante, causando prejuízos ao outro, que confiava plenamente na criação do negócio jurídico e acabou por ser prejudicado. Nesse sentido, Judith Martins-Costa, coloca:

Ao se examinar a hipótese de recesso injustificado das tratativas, um ponto deve de início ser bem firmado: a reprovação, expressa no adjetivo «injustificado» decorre não do fato de o contrato não se ter concluído (pois, como se viu, o princípio reitor é o da liberdade de concluir, ou não, o contrato), mas do fato de um dos sujeitos ter causado ao outro danos em função da circunstância de ter-se gerado a expectativa, legítima, de que o contrato seria concluído, voltando atrás, abrupta e deslealmente. O que se veda é, portanto, a ruptura injusta porque violadora de confiança legítima, e, por isso mesmo, divorciada da conduta segundo a boa-fé.¹⁸⁷

Nas tratativas, as partes investem tempo, dinheiro e por vezes podem até deixar de realizar outros negócios. O cerne da discussão sobre a responsabilidade civil pré-contratual é entender se o encerramento sem justificativa das negociações poderia dar à parte, que sofreu o dano, a possibilidade de pleitear por uma indenização¹⁸⁸. No tocante à aplicação da boa-fé nas tratativas negociais, coloca Jorge Cesa Ferreira da Silva:

A boa-fé foi então conduzida e reconduzida uma série de eficácias, prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação, que, na ideia de confiança, encontram um de seus mais importantes fundamentos materiais. Foi entendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que, antes do nascimento do vínculo (com as expressas declarações de vontade), rompe injustificadamente as negociações tão fortemente entabuladas com a outra parte, ao ponto de gerar, nesta, fundada expectativa na conclusão das negociações.¹⁸⁹

A expressão *culpa in contrahendo* ainda é vista atualmente, como referência ao rompimento injustificado e súbito das negociações. Porém, considerando que não mais se limita exclusivamente a situações de culpa, há algum tempo são mais frequentemente observadas as expressões “responsabilidade pré-contratual”, ou, ainda, “responsabilidade pré-negocial”. Por ser um tema que foge do cerne dos contratos propriamente ditos, a última tem se mostrado a mais escolhida pela doutrina

¹⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 459 e 460.

¹⁸⁸ PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 51.

¹⁸⁹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 48.

mais rigorosa¹⁹⁰. No que diz respeito à origem da culpa *in contrahendo* e a sua denominação atual:

A culpa *in contrahendo* não se baseou inicialmente no valor da confiança. Foi elaborada como uma reação contra o voluntarismo que se afigurou metafísico e desprovido da função social esperada, e que não previa solução jurídica com o que atualmente se denomina responsabilidade pré-negocial.¹⁹¹

[...]

Penso que a culpa *in contrahendo*, apesar de idealizada em tempos nos quais prevaleciam elementos do sistema que atualmente não tem a destinação que antes possuía para a teoria geral do negócio jurídico (culpa, erro etc.) é perfeitamente compatível para o direito contemporâneo. O fato de não haver mais a necessidade de prova da culpa, bastando a verificação do atendimento da boa-fé objetiva, não importa no desprestígio da teoria, que figura-se adaptável e flexível, somente contrariando o ideário contemporâneo o seu nome (não seria culpa *in contrahendo*, quiçá dever *in contrahendo*). O valor de confiança negocial, destarte, fundamenta a atual teoria da culpa *in contrahendo*.¹⁹²

Ganha especial importância a análise do contexto e o papel do intérprete nos casos de responsabilidade civil pré-contratual, ou, como originalmente chamada, *culpa in contrahendo*. Os dois pontos que devem ser verificados para a sua aplicação, quais sejam a ruptura *injustificada* e a conseqüente confiança *legítima* rompida, são subjetivos e dependem da estrita análise do caso concreto para que possam ser verificados¹⁹³.

Para que surja a responsabilidade civil pré-contratual é necessário, portanto, que exista verdadeira inclinação das partes, em conjunto, para a elaboração de um projeto de negócio. Devem-se identificar os atos que sejam genuínas negociações, que realmente gerem expectativas e despertem a confiança do outro contratante, diferenciando-as de simples debates¹⁹⁴, que são naturais ao contrato.

Não há falar em dever de indenizar, nem em responsabilização, quando se está diante de uma negociação frustrada, desde que o sujeito tenha agido de acordo com o que se espera pelo princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos. É necessário ter-se muito cuidado para analisar o caso e verificar se realmente houve inobservância ao princípio, ou se a parte estava apenas agindo de acordo com sua vontade, se

¹⁹⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 32.

¹⁹¹ LISBOA, Roberto Senise. Confiança contratual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 75.

¹⁹² Ibidem, p. 80.

¹⁹³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 464.

¹⁹⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 54.

portando e informando o outro negociante de forma adequada. No momento em que uma parte demonstra à outra que possui real interesse na conclusão do negócio, mas, em seguida, rompe com o combinado, existe a quebra da confiança gerada. Esse corte súbito no elo negocial, caso não possua justificativa, precisa ser avaliado com cuidado, com o intuito de verificar o nível de expectativa gerado na parte contrária, bem como o dano causado.

A proteção à confiança que as partes colocam na futura realização do contrato é o cerne do fundamento da responsabilidade pré-contratual. O que se busca alcançar por meio dela é a “tutela do interesse público de uma conferência de segurança jurídica às situações anteriores à constituição do contrato”¹⁹⁵. Assim, é criada uma responsabilidade a ser observada na fase pré-contratual, baseada na observância da boa-fé objetiva e nas expectativas criadas pelas partes. Entende-se, portanto, que os deveres violados não são os principais do contrato, mas sim os secundários, que decorrem do imperativo de agir com boa-fé e lealdade¹⁹⁶:

Desde a fase das tratativas, as partes estão adstritas a agir conformemente aos deveres em cada caso deduzidos da concretização de comportar-se segundo a boa-fé. Embora na fase das tratativas não esteja ainda configurada obrigação em sentido técnico, correlativa à pretensão a um direito de crédito e ainda que não haja contrato – sendo a liberdade de romper as tratativas a regra –, pode existir entre os interessados uma relação jurídica obrigacional de fonte legal, sem deveres primários de prestação. Esta relação projeta deveres de proteção cuja violação pode, conforme as circunstâncias, gerar o dever de indenizar – no Direito brasileiro, sob o regime da responsabilidade extracontratual –, quando o dano resultar da infração de «especiais situações de confiança».¹⁹⁷

Com o advento do Código Civil de 2002, passa a se discutir a responsabilidade pré-contratual mais a fundo. Nele a liberdade de contratar é a regra, não a exceção¹⁹⁸, conforme o princípio da autonomia privada. O art. 422¹⁹⁹, o principal em relação à boa-fé objetiva na seara contratual, não faz menção expressa à aplicação do princípio na

¹⁹⁵ CACHAPUZ, Maria Cláudia. Algumas notas sobre a responsabilidade pré-contratual. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano XXVI, Nº 76, p. 65-86, dez. 1999, p. 76.

¹⁹⁶ CAPPELARI, Récio Eduardo. Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 128,

¹⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, p. 471, 2018.

¹⁹⁸ USTÁRROZ, Daniel. Direito dos contratos: temas atuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 56.

¹⁹⁹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

fase pré-contratual. Porém, a doutrina e a jurisprudência mantêm posição firme quanto à sua importância e aplicação²⁰⁰.

A ausência de menção expressa à fase pré-contratual no Código Civil, em seu Título V, que possui o título “Dos Contratos em Geral”, pode ser explicada pela tendência da transição do estudo da *culpa in contrahendo* para o escopo da responsabilidade extracontratual. Não havendo instrumento firmado, não é possível a análise sob a ótica contratual, através das obrigações firmadas pelos contratantes.

À medida que o Estado Social evoluiu, seu direito progrediu junto e, conseqüentemente, mudaram os princípios contratuais. Na visão atual, possuem relevância equiparável no direito contratual a autonomia privada, a justiça contratual e a boa-fé objetiva²⁰¹. Através dos princípios edificados pelo Estado Social, os requisitos necessários para que se fosse aceita a responsabilização na fase das tratativas foram sendo lentamente edificados, delimitando a sua amplitude, conferindo uma maior segurança jurídica à fase pré-contratual²⁰², mesmo sem menção expressa no Código atualmente vigente.

Pereira, afirma que entender a responsabilidade civil pré-contratual significa buscar compreender como se dá o abuso no direito de romper as negociações²⁰³. Afinal, o que diferencia o genuíno exercício da autonomia da vontade, na qual o contratante tem o pleno direito de desistir do negócio, da conduta lesiva à outra parte e que merece reparação? A maneira mais adequada de responder essa questão é buscar entender o que seria um motivo *justo* para o rompimento do contrato, que não ensejaria indenização pela parte que o realizasse. Com o entendimento adequado desse conceito, é possível fazer uma análise e vislumbrar se quem desistiu do contrato agiu ou não de acordo com o que se esperava dentro dos limites colocados pela boa-fé objetiva.

O rompimento só será injustificado se não for encontrado nele motivo justo. Motivo justo é uma expressão jurídica indeterminada, subjetiva, que necessita da análise do caso concreto para que seja aplicada. Seriam exemplos de motivos justos no caso de abandono de uma negociação, que não ensejariam reparação: a falta de

²⁰⁰ USTÁRROZ, Daniel. Direito dos contratos: temas atuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 56.

²⁰¹ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001, p. 107.

²⁰² LÔBO, Paulo. Direito Civil: contratos, volume 3, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 99.

²⁰³ PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 301.

consenso sobre o conteúdo que se está discutindo no contrato, a desconfiança de práticas corruptas pela outra parte, o recebimento de uma proposta melhor, desde que não esteja firmado acordo de exclusividade²⁰⁴, motivos de força maior etc. Como é um conceito indeterminado e aberto, sua aplicação fica atrelada à observação da relação negocial entre as partes, com o fito de entender o que se esperaria em relação à conduta de cada uma. A maneira pela qual se dá essa análise, é pelo prisma do princípio da boa-fé objetiva, verificando se realmente havia confiança na relação entre as partes.

Em suma, o exame acerca do grau de confiança depositado no negócio deve ser realizado de acordo com o que se esperaria de um homem médio na sociedade, considerando todas as nuances do caso concreto²⁰⁵. Entender o nível real de confiança que estava no caso é fundamental para que seja responsabilizada de forma correta a parte a quebrá-la injustificadamente.

Para compreender a presença da confiança das partes, segundo Carlyle Popp, é necessário verificá-la sob dois aspectos. O primeiro, objetivo, busca entender se o comportamento do declarante, aquele que realizou a declaração, foi suficiente para criar verdadeira confiança na outra parte, de acordo com o que seria socialmente esperado. O segundo, subjetivo, buscaria entender se o declaratório, quem recebeu a declaração, de fato confiou na outra parte²⁰⁶.

No tema do rompimento injustificado das negociações, é necessário dar ênfase ao adjetivo “injustificado”. Para que seja configurada a responsabilidade da parte que rompe as tratativas, nas palavras de Judith Martins-Costa, há critérios que precisam existir e ser analisados:

Para caracterizar-se o recesso injustificado há de existir, portanto, um «investimento de confiança», traduzido legítima expectativa de ser a negociação conduzida segundo os parâmetros da probidade, da seriedade de propósitos, e comprovável por meio de elementos objetivos ou objetiváveis, racionalmente apreensíveis. Para que se produza a confiança, é evidentemente necessário que as negociações existam, que esteja em desenvolvimento uma atividade comum das partes, destinada à concretização do negócio.²⁰⁷

²⁰⁴ MARINELLI, Gabriel Machado. Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 251.

²⁰⁵ POPP, Carlyle. Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas. Curitiba: Juruá, 2001, p. 118.

²⁰⁶ Ibidem, p. 119.

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 460.

Entende-se que os dois aspectos devem estar presentes para que se observe verdadeira quebra de confiança, digna de reparação. Ao mesmo tempo que o declarante deve ter agido de maneira a criar verdadeira convicção na conclusão do negócio pela outra parte, esta deve também ter criado genuína crença na realização do contrato. Não seria suficiente, por exemplo, que o declarante realizasse atitudes que fossem analisadas como geradoras de confiança no outro negociante, mas este estivesse desde o começo desconfiado das intenções do declarante e, por isso, não tivesse de fato nele acreditado. O contrário também se mostra verdadeiro: não seria suficiente o declaratório ter, por algum motivo, criado verdadeira confiança no declarante, sem que este tivesse agido a buscar tal sentimento.

Um exemplo concreto da ausência de responsabilidade civil pré-contratual seria um indivíduo, que despense uma grande quantia de dinheiro em uma negociação, apresenta uma proposta de projeto ao outro contratante e este, de maneira clara e justificando os seus motivos, a recusa. Quem ofertou a proposta, por mais que se depare com um prejuízo, não pode requerer a responsabilização do outro, pois se estaria diante de uma clara situação da aplicação da autonomia privada de se recusar a adentrar em um negócio contra a sua vontade. Judith Martins-Costa, elenca pontos a serem observados no caso concreto para avaliar se a retirada de uma negociação enseja, ou não, responsabilização:

(a) como se desenvolvia o relacionamento pré-contratual; (b) eventual habitualidade do procedimento concretizando, assim, prática adotada pelas partes ou uso do tráfico jurídico; (c) a eventual pendência de condições; (d) outros elementos que evidenciem a potencialidade do comportamento da parte demandada a criar a expectativa fundada de que o contrato seria concluído; bem como (e) a inexistência de justa causa para o rompimento, cabendo lembrar que «a exigência de prova deve ser adequada às circunstâncias do negócio e às condições pessoais das partes»²⁰⁸

A análise a respeito da confiança, bem como de sua quebra, possui cerne no princípio da boa-fé objetiva. Récio Eduardo Cappelari coloca dois pontos específicos a serem atentamente observados nas negociações para que seja corretamente utilizado o instituto da responsabilidade civil pré-contratual:

O primeiro, é a confiança na seriedade das tratativas. Quando se entra em uma negociação, espera-se que esta seja séria, esperando honestidade da outra parte. À medida que as tratativas vão se desenvolvendo, sendo observado o dever de postura

²⁰⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 461.

esperado dos envolvidos, uma parte vai criando mais confiança na outra, devendo esta honrar com seu compromisso. Para que uma parte abandone uma negociação, é preciso que exista justo motivo, senão, estará quebrando a confiança que lhe foi depositada²⁰⁹.

O segundo, conforme coloca o autor, é a enganiosidade da informação. Decorre do princípio da informação e refere-se à ideia de que as informações fornecidas à outra parte são verdadeiras. É na fase pré-contratual que a maior quantidade de informações é oferecida e espera-se que elas sejam reais. É rompido esse dever de prestar informações reais e precisas quando houver qualquer forma de enganiosidade na informação prestada, seja por dolo ou culpa por parte de quem a forneceu²¹⁰.

Esses dois conceitos apresentados relacionam-se diretamente com o princípio da boa-fé objetiva. A atuação das partes em consonância com o princípio da boa-fé objetiva, de forma leal, reta e honesta, considerando a pessoa do outro, respeitando sua dignidade e seus interesses, viabiliza e dá segurança jurídica à relação.

4.2 ESTUDO DE CASO: A CONFIGURAÇÃO DE ILICITUDE E A INDENIZAÇÃO PELO ROMPIMENTO SÚBITO E INJUSTIFICADO

A ilicitude objetiva referente à responsabilidade civil pré-contratual será verificada na forma de exercício dos direitos, conforme o artigo 187 do Código Civil²¹¹. Quando o exercício for realizado de forma manifestamente contrária à boa-fé ou pelos bons costumes, havendo verdadeira infração à confiança legítima da parte contrária, será verificado ato ilícito²¹², gerado por um conflito de liberdades, no caso extracontratuais, havendo a necessidade de interferência do intérprete para restaurar o equilíbrio da relação jurídica de forma específica:

[...] Tal violação – pela perspectiva de manifestação de uma contrariedade ao Direito – só pode ser compreendida quanto à normatização prevista no art. 187 e a partir do exame concreto posto. A violação só existe porque

²⁰⁹ CAPPELARI, Récio Eduardo. Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 46-48.

²¹⁰ Ibidem, p. 49 e 50.

²¹¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.

²¹² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 464.

identificada uma situação concreta que, decorrendo de um conflito de liberdades, pode resultar numa restrição de liberdade à conduta de alguém.²¹³

O raciocínio para a configuração da ilicitude no rompimento das negociações advém da combinação do mencionado artigo 187 do Código Civil, juntamente com o *caput* do artigo 927 do mesmo Diploma. A ilicitude é situada no exercício jurídico, sempre observado na situação concreta, “decorrente de uma análise da conduta humana a partir das condições fáticas e jurídicas impostas pela realidade do caso”²¹⁴ que, na responsabilidade civil pré-contratual, seria a liberdade de se retirar das tratativas, de forma contrária aos limites impostos, pela boa-fé e seus deveres anexos:

Para que se compreenda o sentido de tutela à exclusividade e à situação de experiência singular pressuposta ao indivíduo, é fundamental que os elementos da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico e social sejam analisados, do ponto de vista externo, como condicionantes à própria possibilidade de restrição a uma liberdade subjetiva, quando visualizado o conflito prático de interesses. O que o art. 187 do Código Civil determina é que, para a caracterização de uma ilicitude, torna-se essencial examinar em que medida restou ameaçada a confiança depositada pelo indivíduo numa relação de convivência, para análise de seu impulso de auto-exposição e da extensão do seu querer aparecer (boa-fé). É uma confiança que se fará determinada, igualmente, por dados empíricos da tradição (bons costumes) e das características especiais e determinadas pelo caso concreto trazido à apreciação do intérprete (fim econômico e social).²¹⁵

Nas palavras de Judith Martins-Costa, trata-se de um exercício jurídico disfuncional, “porque há disfuncionalidade ao manejar-se a liberdade de não contratar em prejuízo manifesto à confiança legitimamente despertada no parceiro das negociações pré-contratuais”²¹⁶. A fonte que justifica a reparação do dano decorrente do rompimento abrupto e injustificado das negociações decorre do dever das partes de não cessar as negociações preliminares sem um motivo justificado. Não há necessidade de que seja observado o elemento da culpa, apenas que a conduta tenha sido realizada contra a boa-fé e os bons costumes²¹⁷. É evidente a importância quanto à existência da possibilidade de indenizar quem suportou dano decorrente de uma

²¹³ CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). Doutrinas essenciais: Direito Civil parte geral, Volume IV, atos, fatos, negócios jurídicos e bens. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 787.

²¹⁴ Ibidem, p. 788.

²¹⁵ Ibidem, p. 795.

²¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 470.

²¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, Out. 2001, p. 236.

conduta desleal, ao se reconhecer verdadeira confiança depositada nas negociações e na conclusão do futuro contrato²¹⁸. Apenas com a reparação do ilícito haverá um reequilíbrio no negócio que foi rompido.

Há discussão doutrinária no tocante à extensão da indenização pela responsabilidade civil pré-contratual. A obrigação de ressarcir deve ser completa, abrangendo não só o prejuízo efetivo, como o valor gasto na negociação, mas, também, a depender da situação, o que o indivíduo deixou de auferir graças à confiança investida para a execução do futuro negócio²¹⁹, a se analisar de acordo com o caso concreto.

Sobre a indenização por dano moral, ainda que não haja impedimentos formais para que ela seja configurada, esta não se mostra com grande compatibilidade quando se trata de responsabilidade civil pré-contratual, a qual está mais interligada ao dano patrimonial²²⁰. A configuração de um dano moral mostra-se difícil, pois, para tal, é necessário que seja demonstrado que houve verdadeiro abalo à honra ou à imagem da pessoa, hipótese vista com pouca frequência na jurisprudência. Uma resposta institucional, que restrinja o direito subjetivo à liberdade contratual e à autonomia privada representa uma exceção à regra e precisa de justificativa (a ocorrência de um ilícito) para que seja aplicada:

Assim, para o exame do caso especificamente no âmbito do Direito Privado, quando se trate de uma discussão jurídica que demande exame sobre posições fundadas em opostos jurídicos, a discussão proposta deve corresponder, *prima facie*, a uma situação de análise quanto à ocorrência de restrições de direitos subjetivos e de orientação à aplicação de uma teoria externa de restrição aos direitos em termos interpretativos – o que permite ao juiz uma interferência justificada sobre a liberdade dos indivíduos para a constituição de situações de ilicitude ou de invalidade jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro (respectivamente, os exemplos dos enunciados normativos dos art. 187 do CC brasileiro e 51 do Código de Defesa do Consumidor); tratando-se no entanto, do exame de posições jurídicas baseado, argumentativamente, em correlatos jurídicos – e desde que inexistente uma discussão preliminar entre liberdades ou igualdades em jogo -, corresponderá, *a priori*, a uma situação de configuração de determinado direito subjetivo. Isto exigirá, para o caso, a aplicação de uma teoria interna de restrições a direitos, posto que orientada a interpretação por um consenso prévio em relação à conformação de determinado direito.²²¹

²¹⁸ CACHAPUZ, Maria Claudia. Algumas notas sobre a responsabilidade pré-Contratual. Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano XXVI, N° 76, p. 65-86, dez. 1999, p. 79.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 81.

²²⁰ *Ibidem*, p. 81.

²²¹ CACHAPUZ, Maria Cláudia. A obrigação pelo discurso jurídico: a argumentação em temas de direito privado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017, p. 149.

O dever de indenizar decorrente das tratativas negociais precisa ser observado com seriedade, tendo em vista a crescente e contínua complexidade das relações contratuais. Aquele que romper, de forma injusta e súbita as tratativas, precisa reparar o dano causado à outra parte, seja dano moral, ou material.

A ausência de cláusula geral sobre da boa-fé objetiva no Código Civil resultou, durante muito tempo, em uma falta de embasamento para os tribunais julgarem casos atrelados à responsabilidade civil pré-contratual. Muito embora a doutrina já tratasse da importância desta fase, a jurisprudência ainda se mostrava carente quando o assunto era a aplicação da boa-fé objetiva durante as negociações de um futuro contrato.

Os tribunais brasileiros vêm, nas últimas duas décadas, reconhecendo a importância da valorização da responsabilidade pré-contratual, bem como a necessidade de indenizar os indivíduos que acabam por ser prejudicados pela quebra de confiança por parte do outro contratante com o qual estão realizando uma negociação²²². Essa tendência demonstra a relevância do tema dentro do ordenamento pátrio, bem como a aplicação prática da teoria, fazendo com que os contratantes se atenham ao princípio da boa-fé objetiva em suas relações, ou, caso contrário, serão penalizados.

O enaltecimento da boa-fé objetiva pelo Código Civil de 2002 foi um grande aliado na valorização da retidão na fase pré-contratual nos tribunais. Graças às amplas possibilidades de interpretação e aplicação da cláusula geral, foi possível dar aos magistrados mais autonomia para julgar os casos, considerando a maneira pela qual os contratantes agiram no pré-negócio, apesar de não haver menção sobre o tema no diploma legal.

Observando a teoria que explica a formação dos contratos, aos olhos da doutrina clássica, é possível entender o porquê de a tendência na valorização das tratativas negociais ser recente. Para a doutrina conservadora, o rompimento de uma negociação, a qualquer momento e independentemente da justificativa apresentada, mostrava-se puramente como uma escolha dos negociantes, uma declaração de vontade subjetiva, em consonância com o princípio da autonomia da vontade. Assim, na visão da doutrina que estruturou o direito privado do século XIX, baseada na liberdade ilimitada do indivíduo na relação contratual, não havia nenhum tipo de

²²² FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *Revista dos Tribunais Online*, v. 29/2007, p. 201–237, jan-mar. 2007.

abuso, ou quebra de confiança, digno de reparação. Nesse entendimento, o responsável pela interrupção brusca na relação, estaria apenas exercendo seu direito.

A boa-fé objetiva, por se tratar uma cláusula geral, deve sempre ser utilizada com cautela pelos julgadores, que precisam analisar minuciosamente o caso concreto, com o objetivo de verificar se houve realmente quebra da conduta esperada pela parte que ajuizou a ação. Como é uma norma geral, sua aplicação não depende de legislação específica, caso em que os intérpretes ganham mais liberdade ao buscar por uma aplicação satisfatória do princípio.

A responsabilização civil pré-contratual ocorre quando há quebra da confiança exercida de uma parte sobre a outra, momento em que existia forte esperança da concretização do instrumento contratual. A forma de observar se esse rompimento realmente merece reparação, é pela análise da aplicação da boa-fé objetiva, em conjunto com seus deveres anexos, como a lealdade, a confiança e o dever de informação, no caso discutido. Por não haver um instrumento contratual propriamente dito na fase das tratativas preliminares, sendo uma responsabilidade extracontratual, não há uma maneira objetiva de se verificar se uma parte desonrou a obrigação a qual estava vinculada. Por isso, os tribunais precisam tomar muito cuidado com a maneira que irão conduzir o julgamento. Da mesma forma, é preciso ter a clara distinção do que é um rompimento injustificado das negociações, sobre as quais existia uma real expectativa da parte contrária, e o que é apenas a autonomia do indivíduo em desistir do negócio. Com esse entendimento sedimentado e claro no caso concreto, é possível julgar a lide com mais assertividade e não condenar alguém que não tenha agido em dissonância com a boa-fé objetiva.

Passando ao estudo de caso, a apelação de número 591028295²²³, julgado pela Quinta Câmara Cível do TJRS, em 06 de junho de 1991, a seguir exposta, é um marco na aplicação da responsabilidade civil pré-contratual. Ficou amplamente conhecido na doutrina como “Caso dos Tomates” e aconteceu no Rio Grande do Sul. Alguns fatores levam o julgado a ser considerado emblemático. Ocorreu em 1991, sob a vigência do antigo Código Civil, uma época em que o tema estava esquecido pela doutrina e jurisprudência e serviu para reerguer a bandeira da importância da responsabilidade civil pré-contratual. Outro fato significativo a se atentar no caso, é a

²²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 591028295 – RS. Apelante: Companhia Industrial de Conservas Alimentícias CICA. Apelado: Joaquim da Silva Ferreira; Alcy Dias Ferreira; Gabriel Lopes de Vasconcelos. Relator: Desembargador Ruy Rosado de Aguiar.

ocorrência de três entendimentos diversos dentre os ministros da Câmara. Cada um apresentou uma interpretação dos fatos e, ao final, o ilustre relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior alterou seu entendimento e concordou com o desembargador Lio Cezar Schmitt.

O caso trata de relação negocial entre produtores de tomate e a empresa Cica, que costumeiramente comprava o fruto. O cerne da questão era a desistência da compra da safra dos anos 1987/1988, sem justificativa plausível aparente, apesar de não haver nenhum contrato em que a companhia se comprometesse a adquirir os tomates naquele período. Afirmavam os autores que a Cica havia doado a eles sementes para plantio naquele ano, o que representaria a continuação do negócio que já era costumeiramente realizado. Foi feita prova oral em primeiro grau, e a juíza de origem entendeu pela procedência total do pedido dos autores, condenando o réu a pagar o valor equivalente a 39,94 toneladas de tomate, valor dividido ao que era de direito de cada autor, o que ensejou o recurso da empresa condenada. O embasamento para a sentença de primeiro grau foi, em suma, a prática reiterada da distribuição de sementes pela empresa e consequente aquisição do produto na colheita²²⁴.

Com a conduta usual de doação de sementes para o plantio e consequente colheita da safra, foi criada uma rede de pessoas envolvidas, além dos produtores, que abrangia diversos agricultores e proprietários de caminhões que realizavam o frete da mercadoria e possuíam verdadeira expectativa na realização do negócio.

Os argumentos centrais da ré se baseavam na ausência de contrato escrito entre ela e os autores, na alegação de que as sementes eram doadas sem compromisso, na falta de prova a respeito de que o plantio realizado pelos agricultores era de fato das sementes da Cica e, por fim, na ausência de comprovação da perda total da safra.

O relator trouxe à baila o princípio da boa-fé objetiva, alegando que, no momento das tratativas, ambas as partes deviam agir com lealdade, e que esta gerou expectativa aos agricultores, criando confiança por parte deles na plena continuação do que já estava sendo realizado em anos anteriores. Disse que, se não houvesse interesse na compra da safra, deveria haver comunicação nesse sentido. Ruy Rosado

²²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 474.

de Aguiar, ensina, em sua obra, sobre os deveres anexos à formação do contrato, o que vai ao perfeito encontro de seu voto, que:

Na formação e na execução do contrato, o real conteúdo das obrigações e o modo pelo qual devem as partes se comportar são determinações a serem alcançadas com o auxílio do princípio da boa-fé, que servirá não apenas para a interpretação integradora das cláusulas do contrato, mas ainda para o reconhecimento de deveres secundários, derivados diretamente do princípio, independentemente da vontade manifestada pelas partes, a serem observados durante a fase de formação e de cumprimento da obrigação. São deveres que excedem o dever de prestação. Exemplo: os deveres laterais de esclarecimento (informações sobre o uso do bem alineando, capacitações e limites), de proteção (como evitar situações de perigo), de conservação (coisa recebida para experiência), de lealdade (não exigir cumprimento de contrato com insuportável perda de equivalência entre as prestações), de cooperação (prática dos atos necessários à realização plena dos fins visados pela outra parte) etc.²²⁵

Importante ressaltar que o julgamento deu-se à luz do antigo Código Civil, no qual não havia menção aprofundada do princípio. Contudo, sua aplicação ainda era observada jurídica e doutrinariamente. No que diz respeito ao tema, aponta Fernando Noronha:

Embora o Código Civil de 1916 não consagre preceitos gerais a este princípio da boa-fé, entendido como dever imposto às partes de agirem de acordo com determinados padrões de conduta, tal certamente nunca poderia significar que ele não tivesse relevo jurídico.²²⁶

A Cica utilizava caminhoneiros para fazer a entrega das sementes no momento do plantio, assim como para o recolhimento da mercadoria após a colheita, ficando comprovado que realmente havia ocorrido a distribuição de sementes para plantio por parte dos agricultores.

Ponto notório no caso foi que, após a recusa na compra dos tomates, a Cica contactou os caminhoneiros envolvidos no negócio e os avisou que não tinha interesse em receber os insumos e os instruiu a encaminhá-los para a Agapê S/A, outra empresa do mesmo ramo. A Agapê adquiriu parte da mercadoria, porém não pôde comprar tudo o que foi colhido.

²²⁵ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 251.

²²⁶ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 127.

Concluiu-se pelo relator que, conforme todo o exposto, a Cica foi responsável por gerar nos agricultores a expectativa de realização do negócio, por meio da distribuição das sementes. Além disso, ressaltou que os produtores poderiam ter cultivado outro produto, se não esperassem a realização do negócio. Assim, entendeu pela manutenção da sentença, votando por negar provimento ao recurso da Cica. Nesse sentido, em uma análise mais contratualista, porém sem deixar de lado a importância das tratativas, sobre a função da boa-fé, lecionou o próprio relator:

[...] Auxilia na qualificação jurídica das condutas, desde as tratativas, e na sua influência para a compreensão do contrato em razão delas celebrado; ajuda na compreensão do contrato em razão delas celebrado; ajuda na interpretação integradora das cláusulas contratuais e na apreciação dos comportamentos assumidos na vigência do contrato; é o critério decisivo para julgar a extinção da relação e orientar o juiz na determinação dos danos e na solução dos problemas surgidos com a necessidade de restituição das partes à situação anterior.²²⁷

Adentrando o voto do segundo membro da Câmara, o desembargador Sergio Pilla da Silva, denota-se entendimento contrário ao apresentado pelo relator. Em seu entendimento, não houve sucesso por parte dos autores em comprovar seu interesse. Declarou não ter sido provado que os caminhoneiros haviam entregado, por ordem da ré, as sementes aos autores. Também disse que não ficou comprovado compromisso verbal da compra dos tomates pela Cica, nem que foram entregues caixas para o recolhimento dos tomates nas dependências dos autores e, por fim, colocou que os autores não conseguiram demonstrar em qual área foi realizado o plantio dos tomates. Também expos que não houve a atitude tradicional da ré em fornecer individualmente sementes de tomate, nem adubos e itens necessários para o plantio, com compromisso formal, dizendo que, se tratando de empresa com alto conhecimento no ramo, era prática de praxe. Disse que a ré desativou seu departamento responsável pelo plantio de tomates e, por isso, havia indicado a Agapê para realizar negócio com os agricultores. Com isso, votou pelo total provimento do recurso, entendendo pela reforma total da sentença, julgando improcedente do pedido da parte autora.

O terceiro desembargador a votar, Lio Cezar Schmitt, expressou as razões de seu voto, apresentando entendimento ponderado em comparação aos dois primeiros votos. Disse que a prática da Cica em dar as sementes aos agricultores era comum

²²⁷ JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 255.

em safras anteriores, realizada por intermediários e por seus funcionários. Que não necessariamente havia contrato escrito nos anos anteriores, o que, inclusive, explicava o porquê de a empresa não ter apresentado instrumentos contratuais nos autos. Na safra discutida, houve entrega de sementes pela Cica aos agricultores, porém não foram fornecidos insumos como nos outros anos. Levantou o argumento de que a Cica pretendia comprar os tomates, mesmo sem contrato firmado. A ré forneceu, inclusive, as caixas para recolhimento dos produtos. Argumentou que os primeiros carregamentos de tomate foram levados à Cica, pesados e, após, encaminhados à Agapê. Aduziu que pelo fato de a ré ter fornecido as caixas, além de ter recebido na própria sede as primeiras levadas do produto, os agricultores contavam que iriam, de fato, realizar negócio com a Cica, mantendo o costume dos anos anteriores. Por fim, foi dito que os produtores não tinham outro motivo para realizar a plantação que não fosse, de fato, a verdadeira confiança que iriam ter para quem vendê-la. Nisso, a Cica acabou por ferir o dever de lealdade e probidade, faltando com transparência em suas intenções, devendo, caso não tivesse o objetivo de realizar a compra das mercadorias, esclarecido desde o começo. Corroborou Martins-Costa: “o dever de informação acompanha todo o desenvolvimento do contrato, isto é, a fase da execução contratual e mesmo a fase pós-contratual.”²²⁸. Encerrando o voto, como faltavam provas precisas acerca das quantidades de tomate que foram vendidos à Agapê, o desembargador entendeu que considerar como vendida a quantia de 50% da safra se mostrava adequado. Assim, votou por dar parcial provimento ao recurso, entendendo que o valor da condenação deveria ser reduzido para a metade.

O eminente relator Ruy Rosado de Aguiar Junior concordou com o último voto, alterando seu entendimento e dando parcial provimento ao recurso da Cica. No que concerne ao desfecho do Caso dos Tomates, expressa Judith Martins-Costa:

A integração, no sistema, da situação fática, avaliada segundo o mandamento da boa-fé objetiva, operando mediante o instituto da responsabilidade extracontratual, alcançou a conclusão de se ter configurado hipótese de responsabilidade pré-negocial pela ruptura injustificada das tratativas, aliada à justa expectativa criada, na contraparte, de que o negócio seria realizado.²²⁹

²²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 378.

²²⁹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 477.

O caso apresenta diversos aspectos em relação à responsabilidade civil pré-contratual que merecem ser analisados. Ficou evidenciado que, mesmo com a falta de contrato formalizado, houve responsabilidade da empresa. O instituto da responsabilidade civil pré-contratual foi aplicado de forma irretocável. A comprovada confiança que os produtores possuíam na realização do negócio, contando com a manutenção da conduta da Cica no sentido de manter a tradição anteriormente observada, realizando a compra da safra de tomates, acabou por dar aos agricultores razões para pleitear reparações pelo dano causado:

[...] deveres pré-negociais, como os de esclarecimento, não sendo observados, autorizam a pessoa que sofreu, por conta disso, prejuízo, a propôr a ação por violação da *culpa in contrahendo*.²³⁰

A ausência na comunicação da empresa de suas verdadeiras intenções, foi o ponto fundamental a ser analisado para a tomada da decisão de responsabilizar a ré. Essa atitude rompeu com a boa-fé objetiva, ferindo o dever de manter uma negociação íntegra e leal com a outra parte. Quanto ao dever de comunicação entre as partes:

Hoje compreende-se que o instituto tem um alargado campo, estendendo-se a responsabilidade para além da hipótese do dever de declarar as causas de invalidade do futuro contrato, para abranger também danos decorrentes do processo formativo por infringência aos deveres instrumentais de comunicação ou informação, de custódia, de segredo e os de conservação do negócio, e ainda as situações em que não se tenha celebrado nenhum negócio por ruptura injustificada da fase negociatória ou decisória, desde que se tenha agido de modo a criar, na contraparte, a fundada expectativa de que se o negócio seria realizado.²³¹

Pela análise do caso, entende-se que a decisão da empresa de não comprar os tomates, estava relacionada com a ausência de interesse financeiro no negócio naquele ano. A decisão foi tomada de última hora. Não haveria problemas em desistir do negócio, desde que ocorresse a comunicação dos agricultores da desistência, de forma que eles tivessem tempo hábil de negociar com outro comprador. A conduta esperada segundo a boa-fé objetiva seria a de avisá-los do desinteresse, ou, então, manter o que vinha sendo realizado nas safras anteriores.

²³⁰ LISBOA, Roberto Senise. Confiança contratual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 81.

²³¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 493.

Outro ponto a se atentar é a indenização que foi fixada. O julgado, ao final, considerou como se o contrato tivesse sido de fato concluído. Para entender como se foi determinado o valor da indenização, importante ser feita uma breve exposição dos conceitos de interesse positivo e interesse negativo. A proposição original de ambos os conceitos foi realizada, assim como a própria responsabilidade pré-contratual, na obra de Jhering.

Mário Júlio de Almeida Costa, resume, de forma precisa, o interesse negativo, que se configura como a indenização dos valores despendidos pela parte nas tratativas, quando estas fossem rompidas, caso fosse observada confiança na conclusão do contrato:

Quando se atende ao interesse negativo, é ressarcível o dano resultante de violação da confiança de uma das partes na probidade e lisura do procedimento da outra por ocasião dos preliminares e da formação do contrato. Quer dizer, encara-se o prejuízo que o lesado evitaria se não houvesse, sem culpa sua, confiado em que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a elas inerentes e derivados do imperativo da boa-fé, *maxime* convencendo-se que a manifestação de vontade deste entraria no mundo jurídico tal como esperava, ou que tinha entrado correcta e validamente.²³²

O interesse negativo se configura como um retorno do lesado ao status *a quo*, que se encontrava antes da negociação. A indenização seria baseada unicamente no valor por ele despendido nas negociações, as quais foram interrompidas pela outra parte de forma injustificada.

O interesse positivo, por outro lado, decorre do interesse pela parte na conclusão do contrato. Como indenização pelo rompimento da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, tais como confiança, lealdade e informação, caberia o equivalente ao que teria recebido no caso da conclusão do contrato, colocando o lesado em situação *ad quem*, em que ficaria se fossem cumpridas as tratativas e conseqüente formalizado o instrumento²³³. Em resumo, nas palavras de Judith Martins-Costa, o interesse positivo pode ser conceituado da seguinte maneira:

²³² COSTA, Mário Júlio de Almeida. Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato. Coimbra: Coimbra Editora, 194, p. 74.

²³³ SILVA, Rodrigo da Guia. Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: influxos da distinção no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento. Revista IBERC, Minas Gerais, v. 3, n. 1, p. 1-37, jan./abr. 2020, p. 17.

Diz-se interesse positivo (ou interesse ao cumprimento) aquele correspondente ao aumento que o patrimônio do credor teria experimentado se o contrato tivesse sido cumprido [...].²³⁴

O futuro contrato, na hipótese de interesse positivo, quando da responsabilidade civil pré-contratual pelo rompimento injustificado das negociações, funciona como instrumento de comparação, para entender qual seria a posição do lesado, na condição de que o contrato fosse concluído. No caso dos tomates, é possível observar que essa foi exatamente a realidade apresentada, utilizando o futuro instrumento e os valores que seriam auferidos pela venda dos tomates como forma de parâmetro para a fixação da indenização.

De início, a teoria da *culpa in contrahendo* foi fundamentada com o objetivo de indenizar o dano decorrente de interesse negativo do contrato. Contudo, é aceito pela jurisprudência a condenação referente ao interesse positivo, a depender do caso. Sobre o tema, ensina Roberto Senise Lisboa:

Não se fecham as portas, entretanto, para a condenação do que frustrou as legítimas expectativas do confiante, por outro fator, além dos danos emergentes. Muitas vezes, o contrato não realizado, além de causar dano por tal circunstância, proporcionou a não obtenção de lucro que o confiante poderia ter, caso tivesse celebrado o mesmo contrato, em circunstâncias mais vantajosas, cabível, nessa hipótese, a fixação de lucros cessantes, por conta da teoria da perda de uma chance.²³⁵

O julgado em análise, muito embora não mencione expressamente a distinção entre interesse negativo e interesse positivo, caracterizou a indenização pelo interesse positivo, considerando a sua extensão como se o contrato de compra e venda dos tomates houvesse sido concluído. É necessário se atentar ao caso concreto, pois é através dele que o juiz irá definir qual forma de interesse merece respaldo.

Caso, hipoteticamente, houvesse apenas a expectativa legítima na conclusão do contrato e os agricultores pleiteassem apenas a reparação dos custos com o plantio, se estaria diante de uma situação de interesse negativo²³⁶. Renata Steiner,

²³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O árbitro e o cálculo do montante da indenização. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS Pedro Batista (coord.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, p. 623, 2017.

²³⁵ LISBOA, Roberto Senise. Confiança contratual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82 e 83.

²³⁶ STEINER, Renata Carlos. Interesse positivo e Interesse negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro. 2016. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 249. doi:10.11606/T.2.2016.tde-20082016-121314. Acesso em: 08 abr. 2021.

em sua tese de doutorado, defende que houve violação ao interesse positivo no caso dos tomates:

No caso dos tomates, não somente havia fundamento para defender que o evento lesivo corresponderia à recusa em contratar, e não apenas na ruptura das negociações, como também a proteção conferida pelo interesse positivo se mostrava de fato mais adequada à tutela pretendida do que a do interesse negativo. A compatibilidade entre ambos os resultados confirma o acerto da decisão, paradigmática no Brasil.²³⁷

É de se atentar à importância da redução do valor inicial da condenação. Como os agricultores conseguiram vender aproximadamente metade da quantidade de tomates para a Agapê, não havia motivos para manter a total procedência do pedido, condenando a ré a pagar o valor referente à integralidade da safra. Não se mostraria razoável que a extensão da indenização fosse maior do que o valor que a parte prejudicada auferiria se o contrato tivesse sido concluído. É necessária, portanto, por parte do intérprete, uma análise criteriosa para entender qual era a expectativa de valores a serem recebidos no caso da formalização do contrato. Se os agricultores tivessem vendido parte dos tomates para a Agapê e, ainda, recebessem o valor da safra inteira que ré compraria, a decisão não se mostraria justa, pois o valor excederia o interesse positivo dos autores, considerando uma hipotética conclusão do contrato.

O caso dos tomates foi um julgado importante para os tribunais nacionais, servindo, até os dias de hoje, como exemplo na aplicação da responsabilidade pré-contratual. A época em que ocorreu, os argumentos e provas trazidos pelas partes, a fundamentação dos votos: todos esses fatores alinharam-se para que o caso recebesse grande atenção. Foram observados com todos os requisitos necessários para a configuração da responsabilização pré-contratual pelo rompimento da confiança e do comportamento esperado pela boa-fé objetiva. Ainda, serviu como parâmetro de uma condenação justa nos casos dessa natureza.

²³⁷ STEINER, Renata Carlos. Interesse positivo e Interesse negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro. 2016. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 249. doi:10.11606/T.2.2016.tde-20082016-121314. Acesso em: 08 abr. 2021.

5 CONCLUSÃO

O Direito Contratual é uma área extensa e extremamente importante, muito estudada pela doutrina brasileira. Dentro dessa seara jurídica, encontra-se o estudo da responsabilidade civil pré-contratual, momento em que ainda não houve a conclusão do contrato.

Ao longo do presente trabalho, sublinhou-se os aspectos fundamentais que oportunizam a configuração da responsabilidade civil pré-contratual pelo rompimento injustificado das tratativas negociais. Esse entendimento, mesmo que ausente de menção expressa no Código Civil, deve-se ao grande movimento da doutrina no sentido da valorização do princípio da boa-fé objetiva.

A responsabilidade civil pré-contratual encontra respaldo na seara do direito extracontratual, por tratar de caso em que não há contrato concluído, hipótese em que passaria a haver uma responsabilidade ligada às obrigações contratuais previstas. A culpa *in contrahendo*, criada por Jhering no século XIX, mesmo com suas evidentes lacunas, que podem ser explicadas pela maneira com que eram conduzidos os estudos jurídicos à época, mostra-se cada vez mais atual e relevante. A remoção da necessidade de culpa, juntamente com a inclusão da boa-fé no âmbito da teoria, trouxe um novo rosto à tese criada pelo jurista alemão.

A boa-fé objetiva em muito contribui para a concretização de um direito contratual voltado à valorização da lealdade, probidade e retidão na conduta dos contratantes, limitando a absoluta autonomia que antigamente possuíam. Ela tem a função de moldar a atuação dos negociantes em todas as fases do negócio jurídico, inclusive na pré-negocial, explicitando as condutas que devem ser seguidas e deveres a eles inerentes.

O conceito clássico de contrato, pautado na absoluta liberdade de contratar, caiu em desuso pela nova abordagem dada aos negócios jurídicos, em que se almeja uma igualdade material, não apenas formal entre os contratantes. Com novas demandas surgindo e, com elas, a necessidade de uma resposta à altura por parte do aparato estatal, o Estado Social quebrou os antigos paradigmas, regulando a ordem econômica e social, resguardando a coletividade de condutas abusivas, valorizando a boa-fé como instituto de suma importância na relação contratual.

A Constituição Federal de 1988, arraigada de forte cunho social, trouxe a visão de contrato como uma relação de cooperação mútua entre os contratantes, pautado

pela boa-fé, ofereceu ao ordenamento brasileiro essa nova visão da relação contratual. Em especial, deu-se ênfase à importância à proteção e à valorização da confiança daquele que acreditou na lealdade da outra parte, bem como depositou sua genuína esperança na concretização do negócio. Os contratos não mais podem ser considerados um meio incondicional da expressão de liberdade dos indivíduos, o que os faria agir de maneira inescrupulosa, independentemente dos danos que a outra parte pudesse vir a suportar.

Há de existir um meio termo: uma forma de agir que não deixe de lado a autonomia da vontade, obrigatória para a realização do negócio jurídico, iminentemente necessária para que um contrato seja concebido, mas que, ao mesmo tempo, saiba-se até onde agir. Nesse agir, preza-se pelo bom senso, através da valorização da boa-fé objetiva. Quando uma parte rompe com a confiança nela depositada e encerra nas negociações de forma abrupta e injustificada, ocorre um ilícito e, conseqüentemente é vislumbrado um desequilíbrio contratual. É função do intérprete restaurar o equilíbrio na relação, encontrando uma maneira adequada de reparar o dano.

Na hipótese de violação do pré-negócio, pode ser verificada tanto uma ofensa ao interesse positivo, quanto ao interesse negativo. Na primeira, cabe ao intérprete identificar a extensão do valor da indenização, que se baseia no valor que seria auferido pela parte no caso de conclusão do contrato. Quanto à segunda forma, é necessário que se vislumbre qual o montante que a parte despendeu nas negociações, para que seja ressarcida e retorne ao status quo.

Conforme expresso durante todo o trabalho, é latente a necessidade de estudos acerca do tema da responsabilidade pré-contratual, tratando-se de um tópico recorrente nos tribunais brasileiros, presente no cotidiano de muitos negociantes. O entendimento dos limites de cada sujeito, através dos deveres de probidade, lealdade, informação e confiança, por meio da observância ao princípio da boa-fé objetiva, é de suma importância para uma relação contratual saudável.

Quando se trata de relações humanas, é inegável que a evolução da tecnologia tornou tudo mais rápido, ou até mesmo instantâneo. Contudo, as relações contratuais complexas precisam de atenção e tempo dos candidatos ao negócio para que sejam bem sucedidas. Uma fase de tratativas negociais bem conduzida, com conduta retilínea de ambas as partes, é um elemento fundamental para que um contrato seja concluído com sucesso. Sem dúvidas, se mantida uma relação saudável entre as

partes desde o começo de sua aproximação, toda a cadeia contratual será afetada de forma positiva.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: a definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência validade e eficácia**, 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BATISTA, Neimar. A constitucionalização do direito civil e suas repercussões nas relações contratuais. **Âmbito Jurídico: revista 143**. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-constitucionalizacao-do-direito-civil-e-suas-repercussoes-nas-relacoes-contratuais/>>. Acesso em 02 nov. 2020.
- BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico. Tomo I**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.
- BRANCO, Gerson. A cláusula geral da função social como norma de invalidade dos contratos. **Revista Bonijuris**, V. 24, ano XXIV, n. 6, p. 6-22, jun. 2012.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 abr. 2021.
- BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2021.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Doutrinas essenciais: Direito Civil parte geral, Volume IV, atos, fatos, negócios jurídicos e bens**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. A obrigação em perspectiva discursiva (uma revisão contemporânea da obrigação como processo). **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 335-351, jun. 2019.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. **A obrigação pelo Discurso Jurídico: a argumentação em temas de direito privado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2017.
- CACHAPUZ, Maria Claudia. Algumas notas sobre a responsabilidade pré-contratual. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano XXVI, Nº 76, p. 65-86, dez. de 1999.
- CAPPELARI, Récio Eduardo. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- CÁRNIO, Thaís Cíntia. **Contratos internacionais: teoria e prática**. São Paulo: Atlas, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, 3: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. **Da boa fé no direito civil**. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2001.

CORDEIRO, António Menezes. A boa fé nos finais do século XX. **Revista da Ordem dos Advogados Portugueses**, Lisboa, ano 56, v. III, p. 887-912, dez. 1996.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DINIZ, Carlos Eduardo Iglesias. A boa-fé objetiva no direito brasileiro e a proibição de comportamentos contraditórios. **10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos**, Rio de Janeiro: EMERJ, volume I, p. 61-75, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro. 1. Teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DONNINI, Rogério José Ferraz. **Bona fides: do direito material ao processual**. Revista de Processo, vol. 251, p. 2, jan. de 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. Salvador: JusPodvim, 2017.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, p 103, 2008.

FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. **Revista dos Tribunais Online**, v. 29/2007, p. 201–237, jan-mar. 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, v. 4, tomo I: contratos, teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

HABERMAS, Jünger. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jünger. **A inclusão do outro. Estudos de teoria política**. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

JHERING, Rudolf Von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Tradução: Paula Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **O Contrato e sua função social**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

LIMA, Bernardo Silva de. Breves Considerações Sobre a Culpa in Contrahendo em Jhering. **Revista dos Tribunais Online**, vol. 68/2016, p. 109-124, Ago 2016.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança contratual**. São Paulo: Atlas, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, v. 3: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Coleção Direito Civil: volume 3 – 6. ed.** São Paulo: Saraiva, p. 18, 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contrato e Mudança Social. **Revista do curso de direito da UFSC**, Florianópolis, nº 2, ano 1, p. 30-34, nov. 1994.

MAGALHÃES, F. **Dicionário Português-Latim**. São Paulo: Editora Lep S.A, 1960.

MARINELLI, Gabriel Machado. **Responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. O árbitro e o cálculo do montante da indenização. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS Pedro Batista (coord.). **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé como Modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos, de Miguel Reale). **Cadernos do programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 347-379, ago. 2004. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49203>>. Acesso em: 08 abr. 2021. doi: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.49203>.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. **Revista da faculdade de direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 20, p. 211-260, Out. 2001.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A Subsunção e a Concreção dos Conceitos. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 106, 2006.

MONTEIRO, António Pinto; PINTO, Paulo Mota. **Teoria geral do Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, volume 3: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Leonardo David Quintanilha de. A responsabilidade civil pré-contratual e a intervenção do poder público na autonomia privada. **Revista de direito da procuradoria geral**, Rio de Janeiro, (69), p. 182-205, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIVATO, Marcilei Gorini; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. O pós-positivismo e os princípios contratuais da boa-fé e da função social. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 3, p.264-291, nov. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n3p264. ISSN: 2178-8189.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado. Tomo XXXVIII: direito das obrigações. Negócios jurídicos bilaterais**. Atualizado por Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2001.

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

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Ariadna Fernandes; ROCHA, Maria Vital da. A noção de contrato do Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno. **Revista brasileira de Direito Civil em perspectiva**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 01-22, 2017.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Rodrigo da Guia. **Interesse contratual positivo e interesse contratual negativo: influxos da distinção no âmbito da resolução do contrato por inadimplemento**. Revista IBERC, Minas Gerais, v. 3, n. 1, p. 1-37, jan./abr. 2020.

SOARES, Maria Fernanda Campos Lopes. Responsabilidade civil pré-contratual em caso de rompimento injustificado das tratativas: possibilidade de tutela específica à luz do contrato de locação não residencial. **Revista dos Tribunais**, vol. 946, p. 49-75, 2014.

STEINER, Renata Carlos. **Interesse positivo e Interesse negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro**. 2016. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/T.2.2016.tde-20082016-121314. Acesso em: 08 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Esboço de uma classificação funcional dos atos jurídicos. **Revista brasileira de Direito Civil**, v. 1, p. 8-37, jul/set. 2014.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos contratos: temas atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos**, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WOLD, Arnoldo. **Direito Civil: direito das obrigações e teoria geral do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. Título V: dos contratos em geral. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.