

A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações

Karina Nunes Fritz¹

RESUMO: A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações, superando a doutrina tradicional, vem sendo gradativamente admitida pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Embora o legislador de 2002 não a tenha positivado no novo Código Civil, vem recepcionada implicitamente via princípio da boa-fé objetiva, consagrado no art. 422. Por isso sua análise tem relevância prática, precisamente a de contribuir para a difusão e reconhecimento do instituto, e teórica, porque, como mostra a experiência alemã, a figura traz consigo profundas alterações no Direito das Obrigações.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade pré-contratual; culpa *in contrahendo*; rompimento abusivo das negociações; boa-fé objetiva.

ABSTRACT: the pre-contractual responsibility due to causeless abruption of negotiations is more and more recognized by the prevailing opinion of the Brazilian doctrine and jurisdiction. The legislator from 2002 did not foresee it explicitly, but it is accepted by the principle of bona fides in Article 422. Therefore the analyzes is relevant, as well as on a practical level for recognition and promulgation of the legal institution, as well as on a theoretical level, since the *culpa in contrahendo* causes considerable changes in the law of obligation, as the German experience shows.

KEYWORDS: Pre-contractual responsibility; abruption of negotiations; good faith; culpa *in contrahendo*.

ZUSAMMENFASSUNG: Die culpa in contrahendo wegen grundlosen Abbruch der Vertragsverhandlungen wird immer mehr gegen die herkömmliche herrschende Meinung durch die brasilianischen Lehre und Rechtsprechung anerkannt. Der Gesetzgeber von 2002 hat sie zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, sie wird aber durch den Grundsatz von Treu und Glauben von Art. 422 aufgenommen. Aus diesem Grund ist ihre Analyse von Bedeutung, sowohl praktisch, um für die Anerkennung und Verbreitung des Rechtsinstituts beizutragen, als auch theoretisch, weil die culpa in contrahendo, wie die deutsche Erfahrung beweist, erhebliche Änderungen in dem Schuldrecht verursacht.

STICHWÖRTER: culpa in contrahendo; grundlose Abbruch der Vertragsverhandlung; Treu und Glauben; Rücksichtnahmepflicht.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Delimitação da figura – 3. A responsabilidade pré-contratual no direito alemão: a) Negociações preliminares b) Preparação do contrato c) Contatos semelhantes aos negociais – 4. Principais deveres de conduta na fase negocial: a) Dever de proteção b) Dever de informação c) Dever de lealdade d) Dever de sigilo – 5. Requisitos da responsabilidade por ruptura injustificada das negociações: a) Negociações preliminares b) A certeza na celebração do contrato c) Ruptura injustificada: violação da boa-fé objetiva d) Dano – 6. Conclusões.

1. Introdução

Há cerca de duas décadas, os tribunais brasileiros veem reconhecendo a necessidade de indenização de gastos realizados durante a fase preparatória dos contratos quando uma das partes é vítima de abandono injustificado das negociações.

¹ Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. LL.M na Universidade de Erlangen-Nürnberg (Alemanha). Doutoranda na Universidade Humboldt de Berlim. Professora de Direito Privado no Rio de Janeiro.

Essa responsabilidade, conhecida como responsabilidade pré-contratual, foi batizada na Alemanha pela terminologia latina *culpa in contrahendo* e difundida para o mundo desde o famoso ensaio de Jhering, de 1861, considerado historicamente o criador do instituto². O famoso professor da pequena cidade de Göttingen, no norte da Alemanha, defendeu na época a tese da ressarcibilidade de danos oriundos da celebração de contrato nulo em decorrência da violação de um dever de cuidado, presente na fase de formação do negócio, o qual impõe às partes o dever de remover todos os óbices, materiais e jurídicos, à validade do negócio. Sua teoria, contudo, foi apenas o pontapé inicial para o aprofundamento dogmático, realizado no decorrer do século XX pela jurisprudência alemã, de uma figura importantíssima que provocaria profundas alterações no Direito das Obrigações alemão e irradiaria seus efeitos sobre vários ordenamentos jurídicos europeus e latino-americanos.

A *culpa in contrahendo* pela celebração de contrato nulo é considerada atualmente apenas uma das hipóteses da ampla figura da responsabilidade pré-contratual, assim como o rompimento injustificado das tratativas. De fato, a responsabilidade pré-contratual é figura bem mais ampla e não se limita a esses dois casos, mas surge sempre que durante a *fase de preparação do negócio jurídico* uma das partes causa dano à outra em função da violação de um dever decorrente da boa-fé objetiva – princípio consagrado no art. 422 do CC/2002 – do qual resultam os denominados deveres laterais (*Nebenpflichten*) ou deveres de consideração (*Rücksichtnahmepflichten*), conforme terminologia adotada pelo BGB após a Reforma de Modernização do Direito das Obrigações, realizada em 2001. Pode-se dizer, então, conceituar a responsabilidade pré-contratual como aquela decorrente da violação dos deveres da boa-fé objetiva durante o amplo período de preparação do negócio jurídico. Essa afirmação põe em relevo que o *fundamento teórico* da responsabilidade repousa na boa-fé objetiva, correspondente à *Treu und Glauben* do direito alemão, porquanto a categoria geral dos deveres de consideração decorre substancialmente do mandamento da lealdade, ínsito ao princípio.

O Código Civil brasileiro não faz menção expressa à figura da responsabilidade pré-contratual, mas ninguém mais duvida de sua recepção implícita no art. 422 CC/2002. O tema não tem, entretanto, merecido a atenção devida em doutrina e jurisprudência, o que se comprova pelas poucas monografias sobre o assunto e no frágil reconhecimento da figura nos tribunais quando da concessão de indenizações por danos pré-contratuais. Isso sem falar no erro concepcional de entender a responsabilidade pré-contratual como sinônimo de rompimento abusivo das negociações: os deveres de consideração surgem já com os primeiros contatos negociais e podem ser violados antes mesmo das partes atingirem o estágio das tratativas³.

O presente artigo tem como objetivo investigar os requisitos específicos da responsabilidade por ruptura injustificada das negociações, caso mais frequente admitido pela doutrina e jurisprudência brasileiras, que surge quando uma das partes desperta na outra a certeza de que o negócio será concluído e posteriormente, sem

² SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht*, p. 20-21. Os autores informam que o Código Prussiano de 1794 previa, no § 284, uma hipótese de indenização pela celebração de contratos nulos.

³ Sobre o tema permita-se referência à obra da autora, *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual*.

motivo justo, abandona as conversações, comportamento considerado desleal, isto é, contrário ao dever de agir com lealdade e consideração pelos interesses do outro, ínsito à idéia de boa-fé objetiva. A análise é feita de forma comparada, tomando por base o direito alemão, berço do instituto, sem prejuízo do contributo de outros autores nacionais e europeus.

2. Delimitação da figura

Inicialmente, imprescindível fazer uma delimitação do problema: a responsabilidade pré-contratual não surge a partir da violação de um contrato preliminar ou pré-contrato, como uma semelhança terminológica poderia sugerir. Isso, porque o pré-contrato – consagrado no art. 462 do CC/2002, cujo objeto consiste no dever de celebrar um contrato principal – é, assim como este, verdadeiro negócio jurídico, cujo descumprimento dá ensejo à típica responsabilidade contratual⁴ por infringência de um dever de prestação, isto é, de uma obrigação no sentido técnico⁵. A responsabilidade pré-contratual decorre da violação de dever oriundo da boa-fé objetiva (e não do negócio jurídico) durante a fase negocial, entendida como o período de preparação do negócio, no qual as partes entram em contato em razão de um eventual e incerto negócio jurídico. Tem-se aqui o chamado *contato negocial*, aquele que tem por razão e fim um negócio jurídico, como formulou Larenz a fim de diferenciá-lo do mero contato social⁶. A relação estabelecida no mundo dos fatos com o contato negocial transforma-se no plano jurídico em relação obrigacional, posto que geradora de deveres de conduta para as partes (e, portanto, deveres relativos), os quais distinguem-se em sua estrutura do simples dever geral de não lesar (dever absoluto). As negociações são, como dito, um estágio mais avançado do contato negocial, no qual as partes discutem as cláusulas e condições de um determinado negócio buscando formar a vontade de contratar, vale dizer, o juízo de conveniência e oportunidade do negócio. São, portanto, um processo teleológico que pode desaguar no contrato.

Na ampla fase de preparação do contrato incidem, de um lado, o *princípio da liberdade contratual*, desdobramento da autonomia privada, assegurando às partes o poder de celebrar ou não o contrato e, de outro, o *princípio da boa-fé objetiva*, regra ética de conduta a impor aos envolvidos o dever de agir corretamente, com lealdade e honestidade para com o outro, considerando não apenas seus interesses pessoais, mas ainda os interesses da contraparte. A tensão estabelecida entre esses dois princípios fundamentais do ordenamento jurídico privado mostra que a autonomia da vontade, núcleo fundamental do direito privado liberal-individualista do século XIX, não mais é concebida como dogma absoluto. Ao contrário, a doutrina moderna entende atualmente que a essência do direito privado reside não na promoção e garantia da autonomia privada, mas sim no equilíbrio entre autonomia privada e proteção da parte mais fraca da relação jurídica e de terceiros. Isso significa dizer que

⁴ SERPA LOPES, *Dos contratos em geral*, p. 71-72.

⁵ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, p. 27.

⁶ *Culpa in contrahendo...*, p. 1200-1201.

os pilares do direito privado do século XXI devem ser a autonomia privada e a proteção do hipossuficiente⁷ e de terceiros, o que traz consequências importantíssimas para o direito obrigacional na medida em que reafirma a necessidade de tutelar e assegurar a autonomia material (e não apenas formal) das partes e traz para o campo de proteção também terceiros estranhos à relação, tradicionalmente não afetados por sua eficácia em razão do princípio da relatividade dos contratos⁸.

Importante também distinguir negociações e proposta. A maioria dos autores⁹ aponta como traço distintivo entre ambas as figuras o *caráter da obrigatoriedade* presente na proposta e ausente nas tratativas, transmitindo a falsa idéia que as negociações seriam destituídas de “força obrigatória”, consistindo na “fase da não obrigatoriedade”. Essa assertiva deve ser compreendida com ressalvas: de fato, a obrigatoriedade da oferta vem estampada no art. 427 do CC/2002 e vincula o proponente se o contrário não resultar de seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso concreto, sendo vedado ao proponente modificá-la fora dos casos previstos no citado dispositivo. Essa vinculação e inalterabilidade não está, em princípio, presente nas negociações e muito menos no estágio anterior, pois os negociantes não ficam inexoravelmente vinculados às suas propostas (aqui entendidas em sentido comum) como o policitante do art. 427 do CC/2002, podendo, no decorrer das conversações, modificar suas proposições iniciais inclusive com o intuito de convencer a contraparte a celebrar o acordo. Isso não significa, contudo, que as negociações sejam destituídas de *vinculação*. A fase pré-contratual é dotada de vinculabilidade, pois nela incide o princípio da boa-fé objetiva criando uma gama de deveres específicos de conduta a fim de conferir eticidade à relação e evitar lesões a bens, direitos e interesses dos envolvidos. Esses deveres têm caráter imperativo, conferindo normatividade ao momento anterior ao negócio jurídico e justificando a imposição da responsabilidade pré-contratual em caso de lesão a tais deveres. Assim, ao invés de afirmar que as negociações não têm força obrigatória, melhor seria dizer que elas não são inalteráveis, como a proposta em sentido técnico.

⁷ Quando se fala em vulnerável, não se tem em mente exclusivamente a figura do consumidor, que, a bem da verdade, não é o único vulnerável protegido pelo direito. Basta-se pensar no trabalhador, na criança e adolescente, no idoso, no incapaz, no cidadão frente ao Estado, nos acionistas minoritários frente aos majoritários, etc. Isso demonstra a impropriedade da ideia, amplamente difundida, de que o Direito do Consumidor é o direito dos desiguais, enquanto o Direito Civil geral é o direito dos iguais (BENJAMIN/LIMA MARQUES/BESSA, *Manual de direito do consumidor*, p. 93), já que o Direito Civil geral – e, nesse passo, também o Direito das Obrigações – reconhece e disciplina a desigualdade material das partes através de diversos mecanismos equilibradores, tais como a lesão; estado de necessidade; abuso de direito; imposição de deveres laterais de conduta antes, durante e depois do negócio jurídico; controle do conteúdo dos contratos, isto é, das cláusulas abusivas (e não só dos contratos de adesão); interpretação normativa conforme a boa-fé objetiva e pró-aderente, dentre outros. Ou seja, o Direito Privado moderno é o direito dos desiguais e tanto isso é verdade que as normas de consumo na Alemanha foram harmônica e sistematicamente inseridas no corpo da codificação, dispensando a elaboração de lei especial. Nesse sentido, SCHMIDT, *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*, p. 247.

⁸ GRUNDMANN, *Qual a unidade do direito privado?*, p. 326-327.

⁹ Dentre outros, GONÇALVES, *Contratos e atos unilaterais*, p. 49 e SERPA LOPES, *op. cit.*, p. 69.

3. A responsabilidade pré-contratual no direito alemão

A figura da *culpa in contrahendo* na Alemanha possui âmbito normativo significativamente mais extenso do que em outros países que, por influência do BGB, recepcionaram esse instituto. Ao contrário do entendimento corrente no Brasil, essa responsabilidade não diz respeito apenas a problemas surgidos durante as negociações, mas abrange ainda violações de deveres de conduta perpetradas em momento anterior às tratativas, no qual as partes se encontram na chamada situação de “contato negocial”, que é, em última instância, o suporte fático geral que dá origem ao surgimento dos deveres laterais. Isso ficou claro com a reforma do Código alemão de 2001, onde o legislador consagrou pela primeira vez a figura da responsabilidade pré-contratual no § 311 por meio do acréscimo do inciso II ao dispositivo, com a seguinte redação, *in verbis*:

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

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

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

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

(3) Uma relação obrigacional, com os deveres decorrentes do § 241 alínea 2, pode surgir ainda para pessoas que não deverão ser parte no contrato. Uma tal relação obrigacional surge especialmente quando o terceiro toma para si confiança, em medida considerável, e, com isso, influencia significativamente as negociações contratuais ou a conclusão do contrato.”¹⁰

¹⁰ No original: „§ 311 Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse. (1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

(2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch:

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen;
2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
3. ähnliche geschäftliche Kontakte.

(3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.“. Atente-se para a tradução de

Uma leitura rápida do dispositivo permite logo uma interessante conclusão: a lei expressamente considera que o *contato negocial*, estabelecido entre as partes em função da preparação do negócio jurídico, cria uma *relação jurídica obrigacional* – entendimento bem diverso do reinante no Brasil, onde essa situação sequer é vista como relação jurídica, posto que as negociações “não criam vínculo jurídico” entre as partes¹¹. Como coloca Lapp, a principal *consequência jurídica* decorrente do § 311 II do BGB é o surgimento, na fase pré-contratual, de uma relação jurídica obrigacional produtora de deveres decorrentes da boa-fé objetiva: “Estando presente os pressupostos do inciso 2, existe já uma relação obrigacional, antes e mesmo sem a conclusão do contrato. Isso fundamenta todos os direitos e obrigações vinculados a uma relação obrigacional. Com isso, tem-se em vista especialmente os deveres laterais do § 241, inciso 2 do BGB, o dever de consideração aos direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte. Em havendo dano resultante da violação desses deveres laterais da relação obrigacional, surge a pretensão à indenização”, diz o autor¹².

Isso conduz a uma segunda conclusão: o conceito de relação obrigacional na Alemanha é bem mais amplo que no Brasil. Lá, a relação obrigacional é entendida não apenas como um vínculo jurídico em função do qual o credor tem o direito de exigir do devedor o cumprimento de um *dever de prestação* (obrigação em sentido técnico), seja oriundo do contrato ou de ação ilícita, mas como um vínculo jurídico bem mais amplo que se forma já com os primeiros contatos negociais e só se finda depois da extinção do contrato, quando esgotado o risco de lesão à posição adquirida com o negócio, a qual os deveres pós-contratuais visam em última instância conservar. Por isso, a doutrina mais atualizada fala em relação obrigacional sem dever de prestação ou, dito de modo mais provocativo, em relação obrigacional sem obrigação, como é o caso daquela que une as partes antes e depois do contrato, quando as mesmas se encontram em uma situação jurídica negocial. Com isso, conclui-se que nem toda relação obrigacional gera *deveres de prestação* (sejam eles principais ou acessórios, primários ou secundários), mas pode ter por objeto apenas os deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva. Sem dúvida, essa é uma *relação obrigacional especial*, pois só produz deveres de consideração e surge já com os primeiros contatos negociais, razão pela qual Canaris¹³, postulando sua autonomia, apropriadamente batizou-a de “relação obrigacional de confiança” ou *Vertrauensschuldverhältnis*. Reconhecendo essa peculiaridade, o § 311 II do BGB fala em relação obrigacional *semelhante* à negocial, decorrente do negócio jurídico.

MENEZES CORDEIRO, que junta as alíneas 2 e 3, quando, na verdade, tratam-se de duas hipóteses distintas. *Da modernização do direito civil I*, p. 112.

¹¹ Confira-se, dentre outros, NORONHA, *Direito das obrigações*, p. 454 e DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro – teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, p. 42.

¹² No original: „Liegen die Voraussetzungen des Absatzes 2 vor, besteht schon vor bzw. ohne Vertragschluss ein Schuldverhältnis. Dieses begründet alle Rechte und Pflichten, die mit einem Schuldverhältnis verbunden sind. Damit sind insbesondere die Nebenpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB gemeint, die Verpflichtung zu Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der anderen Partei(en). Kommt es zu Schäden aufgrund Verletzung dieser Nebenpflichten aus dem Schuldverhältnis, entsteht ein Anspruch auf Schadensersatz.“ *Juris PraxisKommentar*, p. 593.

¹³ *Die Reform...*, p. 499. No mesmo sentido, LARENZ, *Schuldrecht*, p. 7.

Como *pressupostos de incidência*, a norma prevê três situações básicas: negociações (alínea 1), preparação do negócio (alínea 2) e contatos semelhantes aos negociais (alínea 3). A distinção entre as três situações é fluida, como adverte Larenz¹⁴, e a inclusão da figura dos contatos semelhantes aos negociais representa um *elastecimento do campo de aplicação da culpa in contrahendo*. Sinteticamente, a distinção entre as hipóteses centra-se na *finalidade do contato*: quando o contato é estabelecido com vistas à discussão e eventual conclusão de determinado negócio jurídico, tem-se as *negociações* propriamente ditas (§ 311 II 1); se, no entanto, o contato é mantido apenas com a finalidade de levantar informações descompromissadas, havendo no momento apenas a intenção vaga e incerta de eventualmente celebrar um contrato, está-se em momento anterior às tratativas, precisamente na chamada fase de *preparação do contrato* (§ 311 II 2), que, a rigor, é a situação pré-contratual. A alínea 3 contempla a polêmica figura dos *contatos semelhantes aos negociais*, a qual tem provocado acalorados debates entre os alemães.

Uma análise estrutural do § 311 II do BGB revela claramente *três níveis de contato negocial* estabelecidos nas alíneas 1 a 3, sendo o primeiro (negociações) o mais próximo do contrato, enquanto os demais – preparação do contrato e contatos semelhantes aos negociais – distanciam-se, na sequência, da figura do negócio jurídico. Ao contrário, partindo da última para a primeira figura, tem-se uma aproximação gradativa ao negócio jurídico, com o estreitamento progressivo do contato negocial, com o que se quer demonstrar que a relação obrigacional e os deveres laterais se formam gradativamente, à medida em que as partes caminham para a celebração do negócio e aumenta a confiança entre elas. A distinção entre esses três estágios do contato pré-contratual, para além de mero tecnicismo, tem relevância prática na medida em que põe em relevo que os deveres laterais surgem antes das negociações, logo nos primeiros contatos negociais e que a responsabilidade pré-contratual não se restringe ao rompimento abusivo das tratativas, mas abrange qualquer violação de dever lateral ocorrida em momento anterior às mesmas.

a) Negociações preliminares - § 311 II 1 BGB

O mais claro nível de contato negocial, onde surge entre as partes um vínculo produtor de deveres de conduta, são as negociações preliminares, caracterizadas pela discussão entre as partes com vistas à eventual celebração de negócio jurídico específico. As negociações são, via de regra, um processo complexo, por vezes duradouro, no qual o intenso contato aumenta o risco de dano para os envolvidos, razão pela qual essa situação é jurisdicizada por meio do surgimento de um vínculo especial do qual brotam diversos deveres de consideração. Ainda quando transcorra de forma simples e rápida, isso não exime os envolvidos da observância dos deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, os quais têm maior ou menor intensidade de acordo com as circunstâncias do caso concreto¹⁵. A crítica feita à alínea 1 do § 311

¹⁴ *Allgemeiner Teil...*, p. 595-598.

¹⁵ Por isso, mesmo que as conversações para a compra e venda de um veículo transcorram rapidamente, surge para o vendedor o dever de informar plenamente o comprador acerca de todas as

II do BGB é que não haveria distinção para a figura da preparação do contrato, posto que a negociação nada mais é que uma preparação do contrato, com o que estaria englobada no fato típico descrito na alínea 2 do dispositivo¹⁶. Entretanto, ainda quando as negociações possam ser deduzidas da categoria geral da preparação do contrato, não se pode olvidar a distinção entre as figuras e nem a intenção do legislador de proteger aquelas situações nas quais as partes não alcançaram ainda o estágio de conversações¹⁷.

b) Preparação do contrato - § 311 II 2 BGB

Essa figura consiste em um contato com finalidade negocial, distinto das negociações pela *ausência de discussão* acerca de *determinado* negócio jurídico. É um contato marcado pela *possibilidade de atuação* sobre bens, direitos e interesses da contraparte. Exemplos típicos são as conversas preliminares e sondagens¹⁸ realizadas com intuito de descobrir se a parte tem eventual interesse em realizar um empreendimento conjunto, quando só então, comprovado esse interesse, as conversações são efetivamente iniciadas. Durante essas conversas iniciais já surge o dever de agir com lealdade, considerando os interesses do parceiro; de proteger os bens (ex: objetos, documentos) eventualmente entregues para pré-análise; de informar correta e suficiente alguns pontos; de esclarecer eventuais questionamentos; de guardar sigilo acerca das informações recebidas, principalmente as potencialmente lesivas, tudo a ser apurado dentro de um juízo de razoabilidade e proporcionalidade. Aqui vale a regra de que os deveres de conduta surgem gradativamente, à medida em que aumenta a confiança entre as partes e sempre condicionados às circunstâncias do caso concreto.

c) Contatos semelhantes aos negociais - § 311 II 3 BGB

Essa é a mais polêmica situação de contato negocial, fonte de vinculação entre as partes. Canaris, membro da Comissão responsável pela reforma do Direito das Obrigações do BGB, considera a figura como “relativamente obscura”, mas ressalta a natureza de *cláusula geral* da norma como forma de recepcionar casos não enquadráveis nas alíneas anteriores, com o que permitiria a adaptação do instituto da responsabilidade pré-contratual a situações novas e imprevistas¹⁹. A doutrina²⁰ se divide em relação ao papel pretendido pelo legislador ao § 311 II 3 do BGB. Unânime são as críticas ao dispositivo, considerado vago e impreciso²¹. Inobstante a discussão,

condições materiais (problemas nos freios no carro, acidentes anteriores, etc.) e jurídicas (objeto dado em garantia ao pagamento de outra dívida) do automóvel, ao passo que para o comprador surge, por exemplo, o dever de cuidado ao fazer um *test drive*, a fim de não danificar o veículo.

¹⁶ Nesse sentido, dentre outros, KREBS, *Anwaltkommentar BGB*, p. 707 e LAPP, *Juris PraxisKommentar*, p. 591.

¹⁷ FIKENTSCHER/HEINEMANN, *Schuldrecht*, p. 58.

¹⁸ KREBS, op. cit., p. 708.

¹⁹ *Die Reform...*, p. 520.

²⁰ A favor, dentre outros, LOOSCHELDERS, *Schuldrecht*, p. 80 e LAPP, op. cit., p. 591; contra, KREBS, op. cit., p. 718.

²¹ FIKENTSCHER/HEINEMANN, op. cit., p. 59.

prevalece a idéia de *hipótese de recepção* de situações novas. Falta unanimidade quanto aos traços essenciais da figura, prevalecendo o entendimento de que o contato precisa ter cunho negocial, isto é, ter como pano de fundo um negócio jurídico ou que consista em ação semelhante a um negócio jurídico, como no caso em que alguém pede informações sem compromisso a um profissional (ex.: consultores financeiros, advogados etc.) ou a banco²². Dispensável que as partes visem a conclusão de um negócio, podendo existir no momento a simples intenção de obter informações. No dispositivo ainda se incluíam os casos de responsabilidade pré-contratual decorrente da celebração de contratos nulos.

A grande polêmica gira em torno da delimitação da figura em relação aos chamados *contatos sociais*, também conhecidos por *relações de cortesia*, marcados, contudo, pela falta de finalidade negocial, como, por exemplo, um convite para jantar, o compromisso de cuidar do jardim do vizinho durante a viagem dele ou de dar carona diariamente para o colega de trabalho. Essas situações, embora assemelhadas a um negócio jurídico, estão exclusas do âmbito de incidência do referido dispositivo, porque carentes de juridicidade, não consistindo em relações jurídicas, mas em meras relações sociais. No Brasil, goza unanimidade o entendimento de que as relações de favor ou de mera cortesia não vinculam juridicamente os envolvidos, não gerando responsabilidade para aquele que causa dano à outra parte em função da realização defeituosa ou da não realização do favor prometido²³. Somente em casos excepcionais admite-se a ressarcibilidade do dano sofrido de acordo com as regras da responsabilidade extracontratual. Exemplo típico é o caso do transporte de cortesia (carona), no qual o transportador só responde pelos danos causados ao transportado quando age com dolo ou culpa grave, como tem decidido reiteradamente a jurisprudência, de acordo com a Súmula 145 do STJ²⁴.

Doutrina e jurisprudência alemã reconhecem existir, contudo, casos limites situados em uma zona cinzenta entre o simples contato social e aquele direcionado, ainda que vagamente, a uma finalidade negocial, os quais podem ser subsumidos no § 311 II 3 do BGB e, dessa forma, podem fundamentar a responsabilidade pré-contratual de quem causa dano a outrem em decorrência de comportamento contrário à boa-fé objetiva. Essas situações, embora revestidas da aparência de cordialidade, configurariam o que o legislador – de modo infeliz – denominou

²² LOOSCHELDERS cita como exemplo de uma situação semelhante à negocial a de um construtor que vai ao banco do mandante da obra solicitar informações acerca do pedido de financiamento do projeto, requerido pelo mandante, cliente do banco, e, após ser informado de que o financiamento seria liberado, dá início à construção, vindo depois a saber que o financiamento foi recusado e o mandante não dispõe do numerário gasto na construção, sofrendo o construtor, que não é cliente do banco, um dano em razão da falsa informação recebida. Nesse caso, surge uma relação obrigacional sem dever de prestação entre o banco e o construtor em função da qual o primeiro ficaria obrigado a indenizar os prejuízos sofridos pelo segundo em função da falsa informação dada. Op. cit., p. 80-81.

²³ NORONHA, *Direito das obrigações*, p. 6.

²⁴ “Civil. Transporte de cortesia (carona). Morte do único passageiro. Indenização. Responsabilidade objetiva. Não cabimento. Súmula 145-STJ. 1. ‘No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.’ (Súmula 145-STJ). 2. Na espécie, padece o acórdão recorrido de flagrante dissídio com o entendimento desta Corte quando, firmando-se na tese da responsabilidade objetiva, despreza a aferição de culpa lato sensu (dolo e culpa grave). 3. Recurso Especial conhecido e provido.” REsp 153690/SP, 4ª. Turma do STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 15/06/2004, DJ 23/08/2004. In: www.stj.gov.br, acesso em 25/02/2008.

“contato semelhante ao negocial”²⁵. Finalizando, conclui-se que o contato negocial estabelecido durante a fase de preparação do negócio jurídico faz surgir entre as partes uma relação obrigacional especial, marcada pela presença exclusiva de deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva, cuja violação justifica a imposição do dever de indenizar, com o que se deduz que o cerne da responsabilidade pré-contratual consiste na violação de um dos deveres oriundos da boa-fé objetiva durante a fase negocial e não só no rompimento injustificado das negociações – raciocínio plenamente aplicável ao direito brasileiro.

4. Principais deveres de conduta na fase negocial

a) Dever de proteção

O dever de proteção ou cuidado (*Schutzpflichten*) foi um dos primeiros deveres pré-contratuais identificados pela jurisprudência alemã com base no § 242 do BGB. No famoso caso dos rolos de linóleo, julgado pelo *Reichsgericht* em 07/12/1911, o Tribunal Imperial concedeu indenização à autora da ação por danos sofridos, juntamente com o filho menor, após a entrada em estabelecimento comercial, em decorrência da queda de rolos de tapetes de linóleo negligentemente arrumados nas prateleiras. Para o Tribunal, com a entrada da autora (consumidora) no estabelecimento formou-se uma relação obrigacional preparatória, de natureza semelhante à relação contratual, da qual nasceu o dever de proteção à vida e à integridade física, violado no caso concreto. Interessante notar que a integridade física é bem jurídico expressamente protegido pelo § 823 do BGB, base legal da responsabilidade extracontratual, o que põe por terra o argumento corrente de que os deveres laterais só surgiram para corrigir uma falha no sistema de responsabilidade extracontratual alemão. Não obstante previsão expressa no § 823 BGB, o Tribunal entendeu que o contato negocial, estabelecido com a entrada da consumidora na loja, fundamenta um dever de cuidado mais intenso que o oriundo do *neminem laedere*, fundado na boa-fé objetiva.

Esse dever sofreu contínua expansão pela jurisprudência alemã, sendo atualmente pacificamente reconhecido incidir a partir do momento em que as partes atingem uma proximidade negocial, protegendo a pessoa e o patrimônio da contraparte e de terceiros, ligados à situação jurídica criada. Não por outra razão o

²⁵ Nessa linha de raciocínio, a jurisprudência alemã já considerou que o tratamento de um médico por outro tem natureza contratual ainda quando não forem cobrados honorários médicos por coleguismo ou amizade, cabendo ao médico atuante observar os mandamentos da boa-fé objetiva, dentre os quais o dever de informar ao colega os riscos da doença, as opções menos sofridas de tratamento etc. Do mesmo modo, a promessa de um transportador de emprestar, por cortesia, para outra empresa transportadora um de seus motoristas foi vista como vinculante pelo BGH devido à significação econômica do “favor” para a empresa beneficiada, que tinha contratos de transporte para executar e confiou na cessão do empregado. O fornecimento de informações, sugestões ou conselhos por cortesia também pode ser visto como um contato negocial vinculativo, passível de ensejar responsabilidade pré-contratual (§ 311 II, alíneas 2 ou 3), principalmente se quem aconselha é um especialista no assunto e o conselho tem significativa relevância econômica para o beneficiário.

legislador brasileiro consagrou expressamente o direito à proteção da vida, saúde e segurança no art. 6º I do CDC contra riscos decorrentes do produto ou serviço. Oportuno observar que, enquanto na Alemanha essas situações de defeito no serviço eram vistas como casos de responsabilidade pré-contratual e disciplinadas pelo regime da responsabilidade contratual pela sua proximidade ao negócio jurídico, foram durante muito tempo solucionadas no Brasil pelas normas da responsabilidade extracontratual, exigindo do consumidor a prova da culpa do estabelecimento comercial na produção do dano, o que dificultava, senão impedia o efetivo ressarcimento no caso concreto, situação só corrigida com a imposição de responsabilidade objetiva pelo CDC.

Fora da área de consumo, Larenz observa que os negociantes têm o dever de se comportar de forma a não violar o corpo, a saúde, a vida, o patrimônio e outros bens jurídicos, que, em virtude das negociações, são colocados na área de domínio do outro²⁶, uma vez que o contato gerado pelas conversações aumenta a possibilidade de uma parte atuar na esfera jurídica da outra. Exemplo clássico é o caso do *test drive*. A incidência do dever de proteção na fase pré-negocial sofre relativa mitigação nos sistemas jurídicos dotados de cláusula geral de responsabilidade civil, já que o *neminem laedere* já impõe o dever de não lesar²⁷. Benatti²⁸ observa que o dever de proteção, por ele denominado de conservação, não possui as características essenciais dos deveres pré-contratuais: não surge com as negociações e nem destina-se à preparação do futuro contrato. Segundo o mestre italiano, o dever de proteção, que reflete o interesse do sujeito em não sofrer danos, não nasce em função das tratativas, mas existe em todos os momentos da atividade humana, sendo devidamente protegido pelas normas da responsabilidade aquiliana, inexistindo razão para submetê-lo ao princípio da boa-fé objetiva. Os demais deveres pré-contratuais (comunicação, segredo e custódia), ao contrário, nascem, segundo ele, em função do início das negociações, destinando-se efetivamente a preparar o futuro contrato.

No Brasil, o *caput* do art. 927 do CC/2002 contém uma cláusula geral de responsabilidade civil, referindo-se, o parágrafo único, à hipótese de responsabilidade objetiva, previsão que já constava em parte no art. 159 do CC/1916, de modo que o dano surgido na fase pré-contratual em decorrência da violação do dever de proteção seria resolvido pela regra geral da responsabilidade extracontratual. Pontes de Miranda, contudo, contrariando opinião majoritária, defende a existência de um dever de proteção nas negociações, autônomo em relação ao dever geral de não causar dano²⁹. Seguindo esse pensamento, alguns autores posicionam-se a favor do reconhecimento do dever de proteção na categoria dos deveres oriundos da boa-fé objetiva, consistindo sua infração causa de responsabilidade pré-contratual, como Fichtner Pereira³⁰ e Popp³¹. Conexo ao dever

²⁶ *Allgemeiner Teil...*, p. 598.

²⁷ MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, p. 583.

²⁸ *Responsabilidade pré-contratual*, p. 96-102.

²⁹ *Tratado...*, p. 320.

³⁰ *A responsabilidade civil pré-contratual*, p. 96.

³¹ *Responsabilidade civil pré-negocial*, p. 215.

de proteção encontra-se, ainda, o *dever de guarda e restituição* dos bens recebidos durante as negociações³².

b) *Dever de informação*

O dever de informação (*Informationspflichten*), desenvolvido na sequência pela jurisprudência alemã, é um dos mais importantes deveres oriundos da boa-fé objetiva, tendo adquirido tamanha projeção que hoje permeia as mais importantes áreas do direito privado. O dever de informação é de suma importância para a perfeita formação da relação contratual, bem como para seu desenvolvimento e para a conservação das posições de vantagem decorrentes do contrato, razão pela qual está, via de regra, presente antes, durante e depois do contrato. A boa-fé objetiva impõe às partes a adoção de um comportamento reto e honesto, o que passa nas negociações pela comunicação de todas as informações relevantes para a *formação do convencimento* acerca da conveniência e oportunidade do negócio³³. A relevância ou imprescindibilidade da informação mede-se por sua *influência* na formação desse juízo de conveniência e oportunidade, de modo que, de posse da informação, as partes não chegam à conclusão do contrato ou o fazem sob diversas condições. O objetivo de quem negocia é primeiramente fazer uma representação prévia acerca do conteúdo do futuro contrato, decorrendo daí a necessidade de uma parte informar a outra acerca daquilo que ela precisa saber para formar esse convencimento.

Sendo as tratativas a fase na qual as partes deliberam sobre a formação ou não do contrato, nada mais razoável exigir-se, portanto, que todas as informações relacionadas com o eventual negócio sejam devidamente fornecidas, a fim de que as partes possam, com base em dados corretos e completos, formar seguramente um juízo de conveniência e oportunidade sobre o contrato³⁴. O conteúdo desse dever não engloba apenas o ato de *informar*, envolvendo ainda o *explicar*, como salienta Larenz³⁵, o esclarecer a contraparte sobre o contrato e suas circunstâncias para que ambas saibam exatamente quais direitos e obrigações estão efetivamente assumindo. Envolve ainda o *dever de clareza*, que, como explica Massimo Bianca³⁶, veda a utilização de linguagem suscetível de não ser compreendida pela contraparte.

O que não faz parte desse dever é, entretanto, o fornecimento de informações relacionadas com a esfera íntima e privada da pessoa, não havendo um dever de veracidade em relação a essas informações, como defende Larenz: “Ainda que, em princípio, deva-se dar a perguntas respostas corretas, isso não vale para *perguntas inadmissíveis*, especialmente quando essas, sem motivo legítimo, invadem a esfera privada e íntima. Isso diz respeito principalmente a perguntas acerca de gravidez durante as negociações para a conclusão de um contrato de trabalho. Como essa

³² POPP, op. cit., p. 206.

³³ BENATTI, op. cit., p. 51. Também CAPPELARI, *Responsabilidade pré-contratual*, p. 122.

³⁴ MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé...*, p. 583.

³⁵ *Allgemeiner Teil...*, p. 599.

³⁶ *Il contratto*, p. 169.

pergunta atinge a esfera íntima e viola a igualdade de tratamento (§ 611a, alínea 1, frase 1), é inadmissível. Ela não precisa, por isso, ser respondida corretamente.”³⁷.

A violação dos deveres de informação pode adquirir feição positiva ou negativa, constituindo, como a infração de todos os deveres decorrentes da boa-fé objetiva, motivo legítimo para o abandono das negociações na medida em que quebra a confiança existente entre os envolvidos. A violação positiva ocorre, por exemplo, face ao fornecimento de informações incompletas ou inexatas, ao passo que a conotação negativa manifesta-se na omissão de informações. O principal debate em torno do dever de informação é delimitar sua extensão face ao *dever de informar-se*. Se é certa a necessidade de troca e fornecimento de informações, também o é o dever de cada um informar-se por iniciativa própria a respeito do futuro negócio. Larenz aborda a questão observando que o não fornecimento de informações nem sempre contraria o direito, pois, em princípio, cada parte suporta o ônus da autoinformação e precisa obter as informações relevantes para o negócio através de questionamentos e investigação própria. Ressalta, contudo, que a barreira entre o dever de informação e de autoesclarecimento delimita-se em função da experiência e do conhecimento das partes, ampliando-se sempre que uma parte esteja em posição inferior à outra em relação às informações³⁸, isto é, sempre que uma detenha mais informações que a outra. A extensão do dever de informação mede-se, portanto, pelas *condições das partes*: quanto maior o conhecimento ou o acesso às informações, maior o dever de partilhar essas informações a fim de reequilibrar a posição entre as partes e atingir a igualdade de condições que deve existir entre os contratantes.

Questão polêmica diz respeito à necessidade de *esclarecimento acerca da conveniência do negócio*, considerada por alguns como dever autônomo, paralelo ao dever de informação. Defensor da tese no Brasil, Popp sustenta a existência de três deveres distintos, embora interligados: dever de informação, conselho e recomendação. O primeiro envolve a comunicação de fatos objetivos relacionados ao contrato, enquanto os outros dois contêm uma sugestão de comportamento a ser adotada, caracterizando-se por envolver um juízo de valor, distinguindo-se ambos apenas em intensidade na medida em que o conselho contém maior exortação a seu seguimento que a recomendação, abrangendo até o juízo de oportunidade do negócio, com o que impõe à parte o dever de aconselhar, em determinadas circunstâncias, a não celebração do contrato ou sua realização sob outras condições³⁹. Opiniões contrárias à tese não faltam. Para Massimo Bianca, o dever de informação não compreende o juízo de conveniência, o qual faz parte do *jogo da contratação*, cabendo a cada um suportar os riscos da própria valoração, inclusive quando errônea, a menos que essa tenha se formado com base em atos ou informações dolosas da

³⁷ No original: “Auch wenn auf Fragen grundsätzlich richtige Antworten zu geben sind, so gilt dies doch nicht für *unzulässige Fragen*, insbesondere wenn diese ohne berechtigten Grund in die Privat – und Intimsphäre eindringen. Dies betrifft vor allem die Fragen nach der Schwangerschaft bei den Verhandlungen zum Abschluß eines Arbeitsvertrags. Da diese Frage die Intimsphäre betrifft und gegen die Gleichbehandlung verstößt (§ 611a Abs. 1 Satz 1) ist sie unzulässig. Sie muß deshalb nicht wahrheitsgemäß beantwortet werden.” *Allgemeiner Teil...*, p. 599.

³⁸ *Allgemeiner Teil...*, p. 599-600. No mesmo sentido, GARCIA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el derecho espanol*, p. 46 e BENATTI, op. cit., p. 58-59.

³⁹ Op. cit. p. 199.

contraparte⁴⁰. Também Benatti posiciona-se contra o dever de manifestar-se sobre a conveniência do negócio, justificando que a autonomia privada é campo não apenas de colaboração, exigida pela boa-fé objetiva, mas também de competição, necessária à vitalidade da vida econômica⁴¹.

Percebe-se aqui que a boa-fé objetiva, tal como a autonomia privada, também não é ilimitada e deve ser ponderada no caso concreto como todos os demais princípios e valores do ordenamento, cedendo espaço quando as circunstâncias o exigirem para se prestigiar a autonomia privada, bem como a liberdade e vitalidade do comércio jurídico. Dessa forma, via de regra⁴², há de se negar que o dever de conselho recaia sobre o próprio juízo de conveniência e oportunidade do contrato. Cabe a cada um avaliar, ainda que embasado em informações fornecidas pela contraparte, até porque o direito privado geral possui mecanismos, dentre os quais a própria responsabilidade pré-contratual, para proteger a decisão informada do contratante.

c) Dever de lealdade

O dever de lealdade é, por assim dizer, a essência do princípio da boa-fé objetiva, mas sua real compreensão – e, principalmente, sua concretização no caso concreto – suscita dificuldades devido à abstração e ao cunho ético do termo, com o qual os juristas, até há pouco habituados com o positivismo jurídico, não estão acostumados a trabalhar. A materialização desse dever passa pela compreensão da idéia elementar do princípio da boa-fé objetiva como norma de conduta leal e honesta a ser adotada por todos no comércio jurídico. Difícil precisar o que significa agir com lealdade. A doutrina alemã, nessa tentativa, afirma que agir com lealdade é sobretudo agir pensando no outro, considerando e respeitando seus interesses legítimos, o que envolve muitas vezes o sacrifício das próprias posições de vantagem – daí decorrendo a função da boa-fé objetiva como limite ao exercício de posições jurídicas – e uma atuação positiva em favor de interesses superiores, com o que se justifica a imposição dos deveres de conduta. Por isso, o papel de limite ao exercício de direitos e de fonte adicionais de deveres obrigacionais são inegavelmente as mais elementares funções do princípio da boa-fé objetiva.

O conteúdo do dever de lealdade foi paulatinamente concretizado pela jurisprudência alemã ao longo do século 20, variando conforme as particularidades do caso concreto. De um modo geral, o dever de lealdade impõe às partes a adoção de conduta insuscetível de fraudar a confiança da contraparte de que o outro conduzir-se-á com lealdade e retidão, pois é isso o que se pode esperar de quem atua no

⁴⁰ Op. cit., p. 167.

⁴¹ Op. cit., p. 58.

⁴² Excepcionalmente, pode-se até justificar em um caso concreto tal dever. Nas relações de consumo, devido à absoluta vulnerabilidade técnica do consumidor diante de determinados produtos e serviços, pode-se constatar com mais frequência esse dever de conselho. Basta-se pensar na situação em que cabe ao fornecedor dizer claramente que o produto/serviço pretendido não irá atender às expectativas ou a finalidade pretendida pelo consumidor, com o que acaba aconselhando a não celebração do contrato.

comércio jurídico. Esse dever pode ter conotações positivas e negativas. Na fase pré-contratual, a feição positiva da lealdade manifesta-se no dever de *atuar* e *cooperar* para o alcance da finalidade essencial das tratativas: a conclusão do contrato. Nisso inclui-se a necessidade da parte fazer tudo o que estiver a seu alcance, dentro dos limites do razoável⁴³, para se chegar ao acordo, como, por exemplo, comunicar claramente as reais possibilidades, materiais e jurídicas, de concluir o negócio⁴⁴, a fim de evitar despertar inutilmente na outra a confiança legítima na celebração, como ocorre quando alguém, sem ser titular do bem, assegura vendê-lo omitindo acerca da verdadeira titularidade⁴⁵; providenciar os documentos necessários, inclusive os indispensáveis para a obtenção de financiamento, autorização dos órgãos competentes, licenças ambientais, etc.

O aspecto negativo da lealdade traduz-se, por exemplo, no dever de não iniciar ou prosseguir em negociações sem qualquer intenção de concluir o contrato, bem como em não abandoná-las injustificadamente depois de ter despertado na outra a confiança legítima de que o acordo seria celebrado. O entrar em conversações pressupõe inexoravelmente uma *disponibilidade* das partes em celebrar o contrato, caso o juízo de conveniência e oportunidade surjam para ambas. É um ato ou processo que requer uma certeza: pode conduzir ao fechamento do contrato. A negociação é, portanto, um processo teleológico, dotado de uma finalidade – a eventual conclusão contratual – o que requer um comportamento leal e honesto em todo o seu desenrolar. Por esta razão, tem-se considerado contrário à boa-fé objetiva o entrar ou prosseguir em negociações sem que haja, desde o início, uma intenção de conclusão, o que a doutrina alemã chama de *fehlender Abschlußwille*, bem como o interromper injustificadamente as tratativas. É o que a doutrina denomina dever de atuação consequente⁴⁶.

Questão polêmica intrinsecamente relacionada ao dever de lealdade é a possibilidade de se estabelecerem *negociações paralelas*, pois questiona-se se o mandamento da lealdade não impediria as partes manterem negociações sobre o mesmo objeto com vários parceiros ao mesmo tempo. Popp defende que as tratativas

⁴³ MASSIMO BIANCA esclarece que devem as partes empenhar-se nos limites de um apreciável sacrifício para a remoção dos obstáculos, materiais e jurídicos, à celebração do contrato, isto é, dentro daquilo que é razoavelmente exigível para pessoas leais e honestas. Op. cit., p. 170.

⁴⁴ Isso exige ainda que os negociantes conduzam-se de forma a alcançar a conclusão de contrato válido e eficaz, clássica hipótese de *culpa in contrahendo* já identificada por JHERING.

⁴⁵ Situação semelhante foi apreciada pelo TJRS no chamado caso do posto de gasolina, onde o autor entabulou negociações com o réu (potencial adquirente) para a venda de um posto de gasolina, as quais foram rompidas depois que o réu descobriu que aquele não era o único titular das quotas sociais da empresa, o que motivou a desistência de celebrar o contrato, embora entre ambos já fosse certa a celebração. O proprietário do posto de gasolina, alegando ruptura injustificada das negociações, pediu indenização pelos gastos despendidos com advogado para elaboração da minuta contratual, a qual foi negada pelo TJRS sob o argumento de que a interessado, ao não ser informado sobre a real titularidade do bem, teve justo motivo para abandonar as conversações e desistir do negócio, porque houve a quebra da necessária confiança entre as partes. Ementa: “Responsabilidade pré-contratual. *Culpa in contrahendo*. Alienação de quotas sociais. É possível o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, fundada na boa-fé, para indenização das despesas feitas na preparação de negócio que não chegou a se perfectibilizar por desistência de uma das partes. No caso, porém, o desistente agiu justificadamente. Cessão da totalidade das ações por quem apenas detinha parte do capital.” ApCív 591017058, 5ª Câmara. Civ. do TJ/RS, Rel. Des. Rosado de Aguiar Jr., j. 25/04/1991, in: *RJTJRGS*, n. 152, p. 605.

⁴⁶ Dentre outros, MENEZES CORDEIROT, *Da boa fé...*, p. 583 e GARCIA RUBIO, op. cit., p. 53.

implicam necessariamente exclusividade, a qual é, a seu ver, inclusive presumida, salvo quando o vendedor se encontra sob o *status* de oferta pública⁴⁷. Maiores adeptos tem a posição contrária, segundo a qual não faz parte do conteúdo do dever de lealdade a proibição de envolvimento em negociações paralelas, dividindo-se as opiniões apenas quanto à necessidade de comunicar tal fato à contraparte ou não. A corrente majoritária considera legítimo o estabelecimento de negociações paralelas, comuns na prática comercial, desde que a contraparte seja avisada ou, em não o sendo, que aquela que negocia paralelamente comporte-se de modo a não criar falsas expectativas na outra, quando então configurar-se-ia uma conduta desleal⁴⁸.

A razão está em priorizar o desenvolvimento do comércio jurídico, daí porque a existência de melhor proposta – consequência provável da negociação paralela – é considerada causa justificadora do rompimento das tratativas. Como coloca Fichtner Pereira, “o simples aviso de que há mais de um pretendente já é suficiente para o cumprimento do dever de atuar com lealdade que o princípio da boa-fé impõe aos contraentes”, ressaltando, contudo, não ser necessário que o contraente divulgue quem é o outro interessado na realização do negócio⁴⁹. Não exigindo a boa-fé objetiva exclusividade nas negociações, legítima pode se configurar a retirada das conversações em função de melhor proposta recebida por terceiro. Contudo, se há entre as partes *pacto de exclusividade*, pelo qual uma delas ou ambas comprometem-se a não negociar o mesmo objeto com terceiros dentro de um determinado prazo, configura-se o rompimento ilegítimo, cabendo à contraparte, signatária do acordo, ser indenizada pelas despesas efetuadas na preparação do contrato, bem como pela eventual perda de outra oportunidade de contratação, em razão de ter havido verdadeiro descumprimento de obrigação de não fazer⁵⁰.

d) Dever de sigilo

Intimamente relacionado ao dever de lealdade é o dever de sigilo, pelo qual as partes não podem divulgar informações recebidas durante as negociações, quando isso contrarie os interesses do outro, o que leva alguns autores a considerá-lo um dos aspectos negativos do dever de lealdade⁵¹. A rigor, ele é o polo oposto do dever de informação. Como bem coloca Larenz, quem entra em negociações, nas quais há troca intensa de informações, precisa poder confiar não apenas na certeza e completude dessas informações, mas também que o receptor não as divulgue de modo inadmissível⁵². O dever de sigilo impõe a não divulgação das informações potencialmente danosas conhecidas por ocasião das negociações, como, por exemplo, a divulgação para terceiros da frágil situação financeira do parceiro negocial, abalando sua credibilidade no mercado e o acesso ao crédito. Alguns autores,

⁴⁷ Op. cit., p. 206.

⁴⁸ Sobretudo GARCIA RUBIO, op. cit., p. 55 e FICHTNER PEREIRA, op. cit., p. 350.

⁴⁹ FICHTNER PEREIRA, op. cit., p. 350.

⁵⁰ GARCIA RUBIO, op. cit., p. 55-56.

⁵¹ Para MENEZES CORDEIRO compreendem-se no dever de lealdade os deveres de sigilo, cuidado e de atuação consequente. *Da boa fé...*, p. 583.

⁵² *Allgemeiner Teil...*, p. 593.

entretanto, não consideram a potencialidade danosa da divulgação como requisito do dever de sigilo, persistindo esse dever ainda quando a divulgação da informação não atinja os interesses daquele com quem se travou negociações⁵³.

Objeto do dever de sigilo são informações adquiridas em função das negociações, podendo incluir ainda o motivo do fracasso das negociações, se essa divulgação puder causar danos à contraparte⁵⁴. Para evitar eventuais discussões em torno do dever de sigilo, recomenda Basso que as partes firmem acordos de sigilo comprometendo-se a não divulgar e nem utilizar as informações recebidas na fase negocial por um determinado período de tempo. Quando esse acordo for estabelecido sem prazo determinado e as negociações forem encerradas, continua aquele a produzir efeitos até que as informações confidenciais sejam publicamente divulgadas ou percam sua potencialidade lesiva⁵⁵. Esse instrumento caracteriza-se, contudo, como verdadeiro contrato com obrigações definidas e sua violação configura descumprimento, típico caso de responsabilidade contratual. Apesar de os acordos de sigilo darem maior segurança jurídica à situação, fato é que, independentemente disso, o princípio da boa-fé objetiva protege as partes contra o uso ou divulgação indevida de informações obtidas durante o contato negocial.

5. Requisitos da responsabilidade por ruptura injustificada das negociações

A responsabilidade pré-contratual é, como visto, uma figura ampla e compreensiva de qualquer dano resultante de ofensa à boa-fé objetiva durante a fase de preparação do negócio jurídico. O momento da violação dos deveres de consideração é, portanto, importantíssimo para fixar os limites da responsabilidade *in contrahendo*, pois quando a infringência ocorre durante a execução do contrato tem-se a chamada *violação positiva do contrato*, ao passo que, ocorrendo após a extinção do negócio, configura-se a chamada *responsabilidade pós-contratual*. No que diz respeito à hipótese aqui analisada, de responsabilidade por rompimento injustificado das negociações, sua configuração requer outros pressupostos específicos, além da violação dos deveres de consideração: existência de negociações, certeza na celebração do contrato e rompimento injustificado (violação do dever de lealdade), além dos requisitos genéricos de culpa, dano e nexo de causalidade, os quais não serão aqui analisados.

a) Negociações preliminares

O primeiro pressuposto para a configuração da modalidade de responsabilidade pré-contratual por rompimento injustificado das negociações é que tenha havido entre as partes conversações relativas a determinado negócio jurídico que aquelas pretendiam – ainda que em princípio – celebrar. As negociações preliminares são a

⁵³ POPP, op. cit., p. 207.

⁵⁴ Op. cit., p. 208.

⁵⁵ *Cartas de intenção ou contratos de negociação*, p. 35.

fase do contato negocial na qual os interessados debatem e discutem o conteúdo do futuro contrato com a finalidade de formar o juízo de conveniência do negócio, ou seja, concluir se vale a pena para ambos celebrar o contrato ou não, quando, então, põem fim às conversações. Aduz Messineo que, como as negociações constituem um estágio imaturo no qual as partes discutem um eventual e futuro contrato, não seriam as mesmas movidas por uma vontade de contratar, mas por uma vontade de discutir⁵⁶. Essa assertiva, contudo, não pode conduzir ao entendimento de que as negociações não têm como finalidade última o *eventual fechamento do contrato*, pois, como destaca Larenz, elas consistem em *processo teleológico*, direcionado a determinada finalidade.

Dessa forma, não se pode ter dúvidas de que, quando duas pessoas entram em negociações, fazem-no de modo voluntário e com a plena consciência de estar em jogo um processo capaz de desaguar em contrato, como observa Menezes Cordeiro⁵⁷. Exatamente por terem por fim último a eventual celebração do contrato é que se condena aquele que desde o início não tem essa intenção e, apesar disso, envolve o outro em conversações inúteis e dispendiosas⁵⁸, em comportamento manifestamente desleal – quando não doloso. O início das tratativas dá-se com o estabelecimento de contato destinado à eventual conclusão de determinado contrato, sendo para tanto suficiente *qualquer exteriorização do pensamento*, indiferente se oral, por escrito, por meio eletrônico ou através de comportamento concludente⁵⁹. Necessário, porém, um *consentimento*, pois as negociações só se iniciam quando o outro consente, demonstrando que se interessa pela oferta ou pelo convite a negociar e quer melhor se informar sobre o assunto⁶⁰. Elas podem ser *verbais* ou *escritas*, tendo estas a vantagem de facilitar não apenas a prova da existência das negociações, como também da confiança legítima na celebração, um dos requisitos essenciais para a responsabilidade.

Atualmente, é comum as partes, principalmente em contratos complexos ou de significativo valor econômico, realizarem na fase negocial atos de diversas naturezas jurídicas, de caráter negocial ou não. Os primeiros constituem verdadeiros negócios jurídicos na fase pré-contratual como o contrato preliminar por via do qual as partes se comprometem a celebrar posteriormente o contrato principal⁶¹. Os segundos são todos os instrumentos destinados a documentar as negociações como as minutas e as cartas de intenção⁶², denominados genericamente de *punctuações*. Dentre esses atos, os últimos têm grande relevância em tema de *culpa in contrahendo*, na medida em que a violação de negócios jurídicos (contrato preliminar) celebrados na fase negocial configura, necessariamente, responsabilidade contratual e não responsabilidade pré-contratual.

⁵⁶ Op. cit., p. 297.

⁵⁷ *Da boa fé...*, p. 538.

⁵⁸ ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil...*, p. 59.

⁵⁹ LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, p. 595.

⁶⁰ LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, p. 595-596.

⁶¹ SILVA PEREIRA, *Instituições - fonte das obrigações*, p. 55.

⁶² Vale aqui ressaltar, de acordo com BASSO, que as cartas de intenção podem constituir verdadeiros contratos, quando presentes seus elementos essenciais, como ocorre, por exemplo, quando têm como objeto a repartição das despesas efetuadas durante as negociações. *As cartas de intenção ou contratos de negociação*, p. 32.

Os instrumentos utilizados pelas partes para documentar as negociações e fixar os pontos já acordados, embora não gerem um dever de celebrar o contrato, ganham relevância na medida em que contribuem para a formação da confiança legítima na celebração. Eles têm como consequência imediata a prova da *existência das negociações*, mas são aptos também para comprovar que a *confiança* surgida na contraparte acerca da celebração do contrato foi legítima, justificada, pois amparada em dados objetivos, de forma que qualquer pessoa naquela situação também confiaria que o negócio seria celebrado. Isso ocorre porque as minutas criam nas partes uma idéia de estabilidade e de progresso das negociações, as quais contribuem para que elas tenham uma maior confiança de que o resultado das negociações será positivo, como coloca Fichtner Pereira⁶³.

Embora direcionadas a eventual conclusão do negócio, as negociações *não implicam necessariamente na celebração do contrato*, ainda quando finalizadas com êxito, pois, como esclarece Messineo⁶⁴, mesmo seu resultado positivo não passa de um desenho ou projeto de contrato, carecendo de *acordo* para se transformar em negócio jurídico perfeito e acabado. A grande questão aqui debatida é se das negociações pode surgir o dever de contratar, especialmente quando uma parte coloca para a outra, expressa ou concludentemente, como certa a conclusão do negócio. Sobre o assunto reina grande divergência entre os autores, advogando alguns a *obrigatoriedade da contratação* em determinadas circunstâncias. No Brasil, Popp defende que, surgindo entre as partes a confiança legítima de que o contrato será celebrado, estágio no qual as negociações já se encontram em fase avançada, havendo rompimento, nasceria para a contraparte um direito à celebração do contrato, o qual já integraria a esfera jurídica do lesado⁶⁵.

O pensamento majoritário, tanto no Brasil, como na Alemanha, caminha em sentido contrário à existência de uma obrigação de contrair (*Kontrahierungszwang*)⁶⁶. Parece claro que a tutela da boa-fé objetiva e da confiança não pode impor uma obrigação de celebrar o contrato, pois isso constituiria, em última análise, uma *anulação* da própria liberdade contratual que assegura aos envolvidos o poder de só se vincularem de acordo com sua livre vontade, ressalvadas eventuais hipóteses de imposição legal. Além disso, a presença de tal obrigação exclui a responsabilidade pré-contratual, como atentamente observa Massimo Bianca⁶⁷. Aceitar o contrário seria admitir a *impossibilidade de ruptura das negociações*, o que contraria não somente o princípio da liberdade contratual, mas também o próprio sentido das negociações, que consiste precisamente na formação do livre convencimento acerca da conveniência do contrato.

O negócio jurídico, portanto, só efetivamente se concretiza com o acordo de vontades, não sendo negociações aptas a gerar qualquer dever de prestação (obrigação de contratar). Elas geram apenas deveres de consideração para os envolvidos, os quais são estruturalmente distintos do dever de prestação. Além disso,

⁶³ Op. cit., p. 312.

⁶⁴ Op. cit., p. 298.

⁶⁵ Op. cit., p. 232.

⁶⁶ Na Alemanha, esse o entendimento reinante na doutrina e jurisprudência, como atesta BASEDOW, *Münchener Kommentar BGB*, p. 1530. No mesmo sentido LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, p. 601.

⁶⁷ Op. cit., p. 171.

a obrigatoriedade de contratação provocaria graves entraves no mercado, pois seus atores se sentiriam inseguros e temerosos em travar negociações, vez que poderiam ser obrigados a celebrar um contrato inconveniente ou indesejado, mesmo contra a própria vontade. Mais razoável é, portanto, que o direito sancione por meio de indenização o comportamento desleal daquele que rompe sem motivo justo as tratativas.

b) A certeza na celebração do contrato

Elemento essencial para a configuração da responsabilidade também é a *confiança legítima na conclusão do contrato*. A confiança é um dos bens jurídicos mais importantes tutelados atualmente pelo ordenamento, sobretudo depois do reconhecimento da boa-fé objetiva como princípio estrutural do direito privado. Sua relevância na fase das negociações é tanta que Benatti equaciona a problemática com fórmula: responsabilidade pré-contratual = relação de confiança. A confiança encontra-se “implícita no próprio conceito de boa fé objectiva reconhecida expressamente como norma dirigida à tutela da confiança de um sujeito na lealdade, na probidade, na correcção de outro, com quem o primeiro entrou em relações negociais”⁶⁸, diz o autor. De início, deve-se, contudo, afastar qualquer *interpretação subjetiva* do termo confiança, pois quando se fala em confiança na celebração não se está a referir a um estado psicológico de crença ou convicção de que o negócio seria fechado, mas a uma situação objetivamente apurável, de modo que qualquer um, naquela situação, poderia confiar que o contrato seria celebrado. Por isso se diz que a confiança deve estar embasada em dados concretos e objetivos, suscetíveis de comprovação, para que seja protegida em sede de responsabilidade pré-contratual.

Fichtner Pereira endossa a idéia ao afirmar que “não se trata, portanto, de se verificar se o contraente subjetivamente confiou na celebração do contrato, mas sim de verificar se ele tinha fortes razões objetivas para confiar que o negócio jurídico que vinha sendo projetado iria se estabelecer.”⁶⁹. Isso significa: na valoração desse elemento, o julgador não deve perquirir se a parte confiou intimamente que o contrato seria celebrado, mas sim se qualquer homem médio, prudente e cauteloso, posto em idêntica situação, também daria como certa a celebração, porque essa certeza foi dada expressamente pela contraparte ou resulta de comportamento concludente ou exsurge das circunstâncias do caso.

Se a análise das circunstâncias permitir concluir que um homem reto e honesto também daria como certa a conclusão do contrato, tem-se aqui a presença inequívoca da confiança ou, no dizer de Menezes Cordeiro, da situação de confiança⁷⁰. A confiança ou – como enfaticamente têm utilizado doutrina e jurisprudência alemãs mais recentes – a *certeza na conclusão do contrato* depende da situação de negociação, ou seja, dos elementos objetivamente apuráveis como conduta e qualidade das partes, duração, complexidade e desenrolar das conversações, assim

⁶⁸ Op. cit., p. 30-31.

⁶⁹ Op. cit., p. 331.

⁷⁰ *Da boa fé...*, p. 546.

como da natureza, objeto e valor do contrato a ser celebrado. O ponto central do problema é identificar o *momento* em que surge ou pode surgir uma situação de confiança apta a gerar na contraparte a certeza na celebração do contrato, o que só pode ser apurado caso a caso pelo intérprete. Doutrina e jurisprudência alemãs têm fornecido alguns parâmetros úteis na apuração da legitimidade da confiança despertada na contraparte.

Inicialmente, deve-se considerar a *qualidade das partes*, ou seja, suas condições pessoais, entendida no mais amplo sentido de forma a englobar aspectos pessoais, sociais, técnicos, econômicos e informativos, pois, como alerta Almeida Costa, “haverá diferença se as negociações decorrem entre simples particulares ou se nelas intervêm profissionais do respectivo ramo de actividade económica”⁷¹. Quando há entre as partes um desnível estrutural, de modo que uma esteja em posição de superioridade em relação à outra, via de regra a confiança na celebração do contrato surge mais cedo para aquele em posição inferior, principalmente se não se trata de alguém acostumado a negociar ou que não esteja atuando em sua área profissional, confiança que se reforça se fatores outros colaboram para isso como, por exemplo, a existência de acordo sobre pontos do futuro contrato. Havendo *desnível estrutural* entre as partes, constata-se que para a vulnerável a confiança na celebração do contrato apresenta-se mais cedo do que para aquele em melhor posição, o que encontra obviamente limite na imprudência. Distinta situação se passa entre negociadores experientes, em igualdade de condições, pois esses sabem – ou devem saber – que mesmo após entendimentos sobre importantes pontos do contrato planejado as negociações ainda podem fracassar. Para esses exigem-se critérios mais rigorosos para a configuração da confiança legítima na celebração.

Frequentemente se afirma que a *duração das negociações* é parâmetro identificador do surgimento da confiança, vez que esta aumenta proporcionalmente ao prolongamento no tempo das negociações. Essa assertiva precisa ser aceita com reservas, pois nem sempre o tempo gasto na fase comercial contribuirá legitimamente para a formação da confiança legítima na celebração do contrato, como alerta Basedow⁷², pois, transcorrido sem resposta tempo razoável para uma decisão, não pode a parte mais confiar legitimamente na conclusão do contrato. Em muitos casos, a demora em comunicar uma decisão pode ser um indicativo de que a parte perdeu o interesse no negócio. Além disso, se o tempo fosse efetivamente um fator decisivo para a configuração da confiança tutelada pelo direito, esta seria *ínsita e presumida* nas longas negociações, o que por óbvio não procede. Por isso, a jurisprudência alemã reiteradamente afirma que mesmo após longas negociações as partes permanecem livres para encerrá-las se uma não despertou na outra a certeza de que o contrato seria concluído.

Ao invés de aludir à duração das negociações, mais adequado é assinalar que o *progresso das conversações* contribui para a formação da confiança na celebração, pois à medida em que as partes vão acordando sobre os pontos do futuro contrato, mais forte se torna para elas a certeza de que as negociações serão encerradas com

⁷¹ Op. cit., p. 67.

⁷² Op. cit., p. 1530.

sucesso⁷³. O progresso das negociações, por sua vez, deve ser auferido com base no *acordo acerca dos pontos essenciais* do contrato planejado, pois a negociação só progride à medida em que as partes acordam sobre os pontos mais relevantes do contrato planejado. Para a configuração da responsabilidade pré-contratual não é necessário, contudo, que tenha havido entendimento sobre todos os pontos do futuro contrato, mas tão somente sobre seus pontos essenciais⁷⁴, orientação que se confirma em diversas decisões do *Bundesgerichtshof* (BGH) nas quais se denegam pedidos de indenização sob o argumento de que, não tendo as partes acordado sobre os pontos essenciais do contrato, não pode uma delas confiar legitimamente na celebração do contrato⁷⁵. Esse entendimento tem encontrado eco na jurisprudência brasileira, como comprova decisão proferida pelo TJRS, que, deve-se ressaltar, tem assumido posição vanguardista no tratamento da responsabilidade pré-contratual e na aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito das obrigações⁷⁶.

A confiança legítima na celebração do negócio, apta a legitimar a responsabilização daquele que rompe deslealmente as negociações, precisa, portanto, ser apurada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, considerando-se, dentre outros fatores, a qualidade das partes, a real relação de força entre as mesmas e o estágio das negociações, sempre interpretando a situação concreta à luz dos padrões éticos exigidos pela boa-fé objetiva. Isso significa: de acordo com aquilo que se pode esperar de contratantes honestos, retos e que agem pensando e considerando os interesses do outro, ainda quando isso implique em certo sacrifício de seus interesses particulares.

c) Ruptura injustificada: violação da boa-fé objetiva

A exigência de motivo legítimo para justificar o abandono das negociações sempre provocou grande discussão. Em princípio, pode-se dizer que as partes são livres para iniciar e abandonar as negociações sem precisar apresentar qualquer

⁷³ FICHTNER PEREIRA, op. cit., p. 332.

⁷⁴ BASEDOW, *Münchener Kommentar BGB*, p. 1530.

⁷⁵ Em decisão prolatada em 07/12/2000, o Tribunal negou ressarcimento de despesas realizadas durante as negociações sob o argumento de que “os réus não deram à autora nenhum motivo para ela crer legitimamente de que o contrato seria com certeza celebrado. Em nenhum momento foi obtido entre as partes tão considerável consenso que a autora pudesse ter confiando na conclusão certa do contrato”. In: NJW 2001, Heft 6, p. 382.

⁷⁶ “Apelação cível. Responsabilidade civil pré-contratual. Fundamento no princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos. Justa causa para a frustração negocial verificada. Inexistência do dever de indenizar. O contato entre as partes que pretendem realizar um negócio jurídico deve pautar-se em regras de lealdade e confiança, assumindo primazia o princípio da boa-fé objetiva. Nesse passo, o vínculo de confiança estabelecido entre o declarante e o destinatário da oferta pode configurar-se como fonte de responsabilidade pré-contratual, ainda que não venha a ser perfectibilizado o negócio futuramente, quando não observados os deveres anexos que decorrem da boa-fé objetiva. No caso dos autos, as circunstâncias fáticas indicam que a impossibilidade de aperfeiçoamento do contrato entre as partes ocorreu porquanto não foi possível se estabelecer um consenso acerca de questão relevante do negócio, qual seja, a existência de uma servidão de passagem no imóvel vizinho. Não se estabelecendo o acordo de vontades, não pode a frustração negocial ser atribuída aos demandantes, os quais não deram causa à quebra das expectativas da autora com o negócio. Ademais, o que se percebe é que a pressa da apelante para dar início às obras, por razões particulares, constituiu o principal motivo dos prejuízos materiais que teve com o precoce andamento do projeto.” Ap. Cível 70012118220, 9ª. Câm. Civ. TJ/RS, Rel. Marilene Bernardi, j. 24/08/2005, DJ 13/09/2005, in: www.tj.rs.gov.br, acesso em 20/10/2007.

motivo – o qual, muitas vezes, nem será conveniente revelar, seja para preservação de interesse próprio ou alheio. Pense-se, por exemplo, na hipótese em que alguém inicia e em seguida rompe as negociações por se encontrar em dificuldades financeiras impeditivas da assunção de obrigações, ou ainda a situação na qual a parte desiste das tratativas por descobrir aspectos pessoais da contraparte que abalaram a confiança nela depositada e que, se revelados, podem lhe causar danos, ainda que exclusivamente moral. Seria extremamente constrangedor e prejudicial se a parte fosse obrigada a divulgar tal situação pelo simples fato de ter iniciado conversações. Por outro lado, como a contraparte também precisa ser protegida no seu interesse em não ser envolvida em negociações inúteis e dispendiosas, o direito precisa encontrar um equilíbrio para esse conflito de interesses. Por isso, vige a regra segundo a qual as partes são, em princípio, livres para romper as negociações sem apresentar qualquer motivo até o momento em que entre elas surge a certeza na celebração do contrato. Daí em diante, quem pretende romper as negociações deve apresentar para a outra um *motivo justificável*, pois essa é a *conduta leal* exigida pela boa-fé objetiva e esperada no comércio jurídico.

A exigência de um motivo legítimo para o abandono das negociações não era aceita unanimemente pela doutrina, havendo autores de peso que sustentam sua irrelevância⁷⁷. Entretanto, esse entendimento foi superado, porque, como bem coloca Fichtner Pereira, é a existência de justo motivo que torna a ruptura legítima e “livra a parte que encerrou as negociações de qualquer possibilidade de ser responsabilizada por prejuízos em que a parte contrária possa ter incorrido.”⁷⁸ Fonte de controvérsia é o que vem a ser motivo justo, apto a eximir o agente do dever de indenizar. Motivo justo é conceito jurídico indeterminado, ou seja, conceito cujo conteúdo e extensão são incertos, como define English⁷⁹ ou, no dizer de Rosa Nery e Nelson Nery Junior, “são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos”⁸⁰, as quais devem ser preenchidas de acordo com o caso concreto pelo intérprete. Em sede de responsabilidade pré-contratual, entende-se como motivo justo aquele *em harmonia com a boa-fé objetiva* e, em tese, apto a justificar o abandono das negociações, ainda quando a certeza de que o contrato seria concluído surgiu para uma das partes que, em função disso, realizou despesas buscando a concretização do negócio.

A legitimidade do motivo alegado não deve ser buscada em uma valoração subjetiva e particular que o próprio agente faz da razão apresentada para encerrar as negociações, vale dizer, não se trata de examinar se para ele os motivos do rompimento se apresentavam como justos e legítimos, em uma interpretação subjetivista de sua intenção. Na valoração da legitimidade dos motivos apresentados para justificar o abandono das negociações não há espaço para investigações subjetivas, impondo-se, ao contrário, uma apreciação objetiva das razões alegadas. Dessa forma, impõe-se verificar se os motivos são objetivamente aptos a justificar o rompimento naquela situação. “O problema da legitimidade da ruptura não se

⁷⁷ BENATTI, op. cit., p. 67-68.

⁷⁸ Op. cit., p. 321-322.

⁷⁹ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 208

⁸⁰ *Código civil comentado*, p. 141.

reconduz, com efeito, à indagação sobre se o seu motivo determinante é ou não justificado do ponto de vista da parte que a efectuou, mas, antes, importa averiguar se, independentemente dessa valoração pessoal, ele pode assumir uma relevância objectiva e de per si prevalente sobre a parte contrária”, leciona Almeida Costa⁸¹.

Portanto, sem razão Carvalho Santos, quando prega a desnecessidade de apresentação de motivo justo para o abandono das tratativas sob o argumento de que “o que a uma das partes parece arbitrário pode à outra parecer legítimo”⁸². Esse raciocínio parte de uma ótica voluntarista do agente que pôs fim às conversações, o que não tem mais espaço no atual estágio da ciência jurídica, principalmente quando se trata de apurar a violação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva. Imperioso averiguar se os motivos apresentados, independentemente da valoração pessoal do agente, são objetivamente aptos a justificar o abandono das negociações após criar no outro a expectativa legítima de que o negócio planejado seria celebrado. A verificação da legitimidade do motivo só é apurado caso a caso, devendo o intérprete observar dois critérios básicos: primeiro, o *motivo em si* alegado e, segundo, a *adequação do comportamento* do autor da ruptura aos padrões de lealdade e honestidade exigidos pela boa-fé objetiva.

Doutrina e jurisprudência fornecem exemplos do que pode ser considerado motivo justo para o abandono das negociações. *A falta de acordo acerca de pontos do futuro contrato*, digam esses pontos respeito a elementos essenciais ou secundários do contrato planejado, sobre os quais as partes manifestaram a intenção de livremente decidir, justifica via de regra o abandono, bem como a modificação superveniente das circunstâncias das negociações, ou seja, a *alteração da base negocial* em tal medida que torna a continuação das conversações ônus excessivo para uma ou ambas as partes. Essas alterações podem se referir, por exemplo, a questões de natureza jurídica, técnica ou econômica, sobre pontos já fixados ou ainda não acordados, mas em função das quais a parte acaba concluindo pela inconveniência do negócio. Outro exemplo foi fornecido pelo Tribunal da cidade alemã de Rostock, em julgado de 2002: *suspeita de corrupção* configura motivo legítimo para o rompimento das negociações, afastando a responsabilidade pré-contratual por despesas realizadas durante as tratativas daquele que abandona as conversações em razão de suspeita de práticas ilegais pela contraparte⁸³. Outra causa legítima para o abandono das negociações é o *recebimento de melhor proposta por terceiro*. O dever de lealdade, decorrente da boa-fé objetiva, como visto, não impede que negociações paralelas sejam travadas acerca de um mesmo objeto, desde que à contraparte seja dado conhecimento desse fato ou a parte atue com a máxima cautela, informando suas incertezas em relação à conclusão do contrato a fim de evitar que a outra crie falsas expectativas e realize despesas que de outra forma não faria, o que legitimaria o ressarcimento.

⁸¹ Op. cit., p. 62.

⁸² Código civil..., p. 56.

⁸³ “Representa um motivo justo para o rompimento das negociações a abertura, contra a parte disposta a concluir o contrato, de inquérito penal por suspeita de corrupção. Isso vale ainda quando a pessoa suspeita é absolvida por falta de provas no processo penal instaurado em seguida. A abertura de um inquérito penal pela polícia ou pelo Ministério Público só representa uma violação de deveres funcionais face ao acusado quando, em relação ao mesmo, não existem suficientes indícios do ato.” In: OLG-NL 2003, Heft 04, decisão de 30/01/2002.

Se entre as partes já foi acordada a celebração do contrato e uma delas recebe proposta mais vantajosa, deve, segundo Almeida Costa⁸⁴, comunicar tal fato imediatamente à contraparte para que esta decida se aceita contratar nas condições apresentadas pelo concorrente ou não. Em não aceitando, legítimo configura-se o abandono das negociações, a menos que entre as partes exista pacto de exclusividade. Nessa hipótese percebe-se claramente a importância de se analisar não apenas o *motivo em si* alegado (melhor proposta), mas também a *conduta do agente* à luz do mandamento da boa-fé objetiva, pois se a parte não informa a outra acerca da negociação paralela com terceiro ou não expõe com clareza suas reais incertezas quanto às chances de concluir o contrato, permitindo que se crie ou se fortaleça na outra a confiança na celebração, não poderá posteriormente, para eximir-se de responsabilidade, alegar como justo motivo o recebimento de oferta negocial mais vantajosa, embora isso configure, em tese, motivo justo para o abandono das negociações.

Isso se justifica na medida em que há no caso violação do *dever de informação*, pelo qual a parte precisa comunicar à outra que negocia paralelamente com terceiro, e do *dever de agir com lealdade* para não despertar – ou evitar que se desperte – na contraparte a certeza acerca do fechamento do negócio, expectativa com base na qual esta realizou gastos ou, eventualmente, deixou de concluir o mesmo contrato com outro parceiro comercial. O motivo apresentado, nessa situação, não pode ser interpretado isoladamente, o que conduziria à justificação do rompimento, mas deve ser *analisado conjuntamente* com a conduta assumida pelo agente, pois motivo legítimo é, sobretudo, aquele em harmonia com a boa-fé objetiva. A *violação dos deveres de consideração* decorrentes da boa-fé objetiva por uma das partes também é motivo legítimo para o rompimento das negociações, pois aqui há, em regra, a quebra da necessária confiança que deve existir entre os potenciais contratantes.

Os motivos elencados acima são meros exemplos. Importante fixar que nenhum *motivo* alegado para justificar o abandono das negociações pode ser analisado isoladamente pelo juiz, sendo fundamental examinar ainda a *comportamento* do agente para verificar se o mesmo adequa-se aos *padrões de conduta* exigidos pela boa-fé objetiva⁸⁵. Nisso inclui ainda verificar se a parte *comunicou imediatamente* a outra as razões da ruptura para evitar que a mesma, confiando legitimamente na celebração, continuasse trabalhando para isso e realizando gastos desnecessários, o que também é um imperativo do dever de informação. Se do atraso da comunicação resultar prejuízos, aquele que abandona as negociações pode responder pré-contratualmente⁸⁶, pois, como observa Wertenbruch, há nesses casos *omissão de informação* e, portanto, violação negativa do dever de informação, aqui mesclado com o de lealdade⁸⁷. Conclui-se, portanto, pela necessidade da parte de adequar seu comportamento aos padrões impostos pela boa-fé objetiva, pois não se sujeita a responsabilidade quem age com lealdade frente ao parceiro, informando oportunamente o justo motivo surgido para o abandono das negociações.

⁸⁴ Op. cit., p. 63.

⁸⁵ ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 63.

⁸⁶ Confira-se ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 60 e FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, vol. 2, p. 617.

⁸⁷ *Zur Haftung aus culpa in contrahendo bei Abbruch von Vertragsverhandlung*, p. 1528-1529.

d) Dano

Como toda responsabilidade civil, a responsabilidade pré-contratual pressupõe dano. A questão discutida em termos de responsabilidade pré-contratual gira em torno de definir quais os danos efetivamente ressarcíveis e se existem limites para esse ressarcimento. Tradicionalmente se diz que, em sede de *culpa in contrahendo* por ruptura injustificada das negociações, é cabível apenas a indenização do *interesse negativo*, vale dizer, do interesse da parte em não ser envolvida em negociações inúteis e desleais, sem abranger o *interesse positivo*, correspondente às vantagens que a parte auferiria com a conclusão e execução do contrato. Remonta a Jhering a distinção entre interesses positivo e negativo, a qual vem sendo, já há algum tempo, objeto de críticas e reanálises, como informa Garcia Rubio, preferindo a doutrina alemã mais recente falar em *dano da confiança*, equivalente à terminologia *Vertrauensschaden*⁸⁸. Esse conceito, bem mais amplo e compreensivo, traduz a idéia de ressarcimento dos danos sofridos por quem legitimamente confiou no comportamento da contraparte. Dano da confiança “é aquele que o lesado evitaria se não tivesse confiado, sem culpa, que, durante as negociações, a contraparte cumpriria com os deveres inerentes aos imperativos da boa-fé”⁸⁹.

A ressarcibilidade somente do interesse negativo é ponto controvertido em sede de responsabilidade *in contrahendo*, defendendo parte da doutrina o ressarcimento também do interesse positivo se o lesado provar que o contrato teria sido celebrado não fosse a violação do dever de lealdade (rompimento imotivado) pela contraparte. Essa idéia é defendida, dentre outros, por Wolf, para quem se deve, em princípio, indenizar apenas o interesse negativo, denominado pelo autor de interesse de confiança (*Vertrauensinteresse*), ou seja, os gastos que o lesado efetuou por ter confiado na celebração do contrato. Mas, em casos específicos, poderia o ressarcimento compreender também o interesse no cumprimento (*Erfüllungsinteresse*), pois a finalidade da indenização é colocar o lesado na posição que se encontraria se o dever da boa-fé objetiva não tivesse sido violado⁹⁰.

Esse entendimento é, entretanto, minoritário na Alemanha. A maioria da doutrina defende o ressarcimento exclusivo do dano da confiança, isto é, a lesão sofrida pela parte em razão da conduta desleal⁹¹. Essa concepção é corroborada pela jurisprudência, como informa Basedow: “a pretensão de indenização por c.i.c. decorrente de rompimento das negociações contratuais compreende, em princípio, apenas o interesse *negativo*, não, ao contrário, o interesse positivo, porque o último resultaria em obrigação de contratar por c.i.c.”⁹². Almeida Costa também partilha tal entendimento, afirmando, com a clareza que lhe é peculiar, que a indenização do interesse positivo poria em risco a própria existência da responsabilidade pré-

⁸⁸ Confira-se, dentre outros, LARENZ, *Allgemeiner Teil...*, p. 606 e MEDICUS, *Schuldrecht I*, p. 64.

⁸⁹ Op. cit., p. 232.

⁹⁰ *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrecht*, p. 144-145.

⁹¹ *Allgemeiner Teil...*, p. 606.

⁹² No original: „Der Ersatzanspruch aus c.i.c. wegen des Abbruchs von Vertragsverhandlungen umfasst grundsätzlich nur das *negative* Interesse, nicht dagegen das positive Interesse, weil letzteres auf einem Kontrahierungszwang aus c.i.c. hinausliefe.“ Op. cit., p. 1532, com grifo no original.

contratual na medida em que o ressarcimento não se fundamentaria na *ruptura injustificada*, mas na violação de um *dever de celebração* do contrato⁹³.

No Brasil, Fichtner Pereira também critica o ressarcimento do interesse positivo, argumentando que isso extrapolaria em muito a finalidade da própria responsabilidade pré-contratual de compensar adequadamente o prejudicado pela frustração de não realizar um negócio, compensação essa que não guarda relação com o resultado que seria obtido com a celebração do contrato⁹⁴, mas com a perda patrimonial efetivamente sofrida. Como danos decorrentes da confiança incluem-se tanto o dano patrimonial, como o moral, como depreende-se de Larenz⁹⁵, Ruben e Stiglitz⁹⁶, Almeida Costa⁹⁷, Popp⁹⁸ e Fichtner Pereira⁹⁹. Basso observa com razão que nos casos de ruptura injustificada das negociações o dano é essencialmente material, mas ressalva que pode resultar também dano moral, ainda que, nesses casos, sejam de difícil aferição¹⁰⁰. Dano é todo prejuízo a bens juridicamente reconhecidos, na lição sempre precisa de Larenz. É, portanto, qualquer lesão a bem ou interesse jurídico do sujeito, seja de natureza material ou imaterial. Cabe recordar que o *dano patrimonial* tem caráter indenizatório, porque objetiva retornar a parte lesada pela ruptura ao *status quo ante*, reforçando a necessidade de comprovação dos prejuízos efetivamente sofridos, ao passo que o *dano extrapatrimonial* tem caráter retributivo, representando uma compensação pela dor moral sofrida.

No sistema jurídico brasileiro, a reparabilidade do dano moral encontra fundamento constitucional no art. 5º X da CF/88 e infraconstitucional no art. 12 do CC/2002, base legal para a proteção dos direitos da personalidade. No que toca à reparação do dano moral em decorrência de ruptura injustificada das negociações, deve-se observar que embora em tese plenamente reconhecida, é na prática de difícil caracterização, porquanto meras frustrações ou aborrecimentos pelo fracasso das tratativas fazem parte do risco assumido pelo contratante ao iniciar um processo negocial, não configurando, portanto, dor moral ressarcível. Por isso, diz Popp que “não basta a mera ocorrência de aborrecimentos e preocupações decorrentes do ilícito praticado. É indispensável que isto fuja ao âmbito comum, ou seja, que haja um dano efetivo... No âmbito das negociações preliminares inúmeras situações podem gerar dano extrapatrimonial, inclusive difamações ou calúnias impostas por uma parte à outra como decorrência de desentendimentos entre elas ocorrido.”¹⁰¹ Necessário se revela que a ofensa moral seja significativa, atingindo direitos da integridade moral do indivíduo como honra, imagem ou nome. Cabe à parte demonstrar exatamente em que consiste o dano moral, sua gravidade e a relação de causa e efeito com o rompimento ilegítimo das negociações para ser ressarcida da dor sofrida.

⁹³ Op. cit., p. 75-76.

⁹⁴ Op. cit., p. 385.

⁹⁵ *Allgemeiner Teil...*, p. 606.

⁹⁶ Op. cit., p. 40.

⁹⁷ Op. cit., p. 82.

⁹⁸ Op. cit., p. 284-285.

⁹⁹ Op. cit., p. 391.

¹⁰⁰ *Contratos internacionais do comércio*, p. 160.

¹⁰¹ Op. cit., p. 284-285.

O dano patrimonial decompõe-se no *dano emergente* e no *lucro cessante*, nos termos do art. 402 do CC/2002. Dano emergente consiste na efetiva perda patrimonial sofrida pelo lesado, enquanto lucro cessante é aquilo que se deixou de ganhar em decorrência do evento lesivo. Nas palavras sempre atuais de Villaça Azevedo, “é vantagem patrimonial, que não chega a ingressar no patrimônio do que sofreu a lesão”¹⁰². Em sede de responsabilidade por ruptura das conversações, o dano emergente consiste naquilo que a parte *gastou na preparação do contrato*, enquanto o lucro cessante é geralmente entendido como a *perda concreta de oportunidade comercial* em função do envolvimento nas conversações. É o caso da parte que deixa de contratar com terceiro por estar negociando com a contraparte, que, por sua vez, posteriormente abandona injustificadamente as tratativas. Alguns doutrinadores clássicos defendiam a exclusão dos lucros cessantes da indenização, como Brebbia, por falta de causalidade direta com o abandono das negociações¹⁰³, mas isso obviamente improcede. Aquele que deixa de celebrar o contrato com terceiro – embora pudesse legitimamente fazê-lo – assim procede por confiar que a contraparte também se portará com lealdade e retidão, em harmonia com os padrões comportamentais exigidos pela boa-fé objetiva. Negar indenização nesses casos equivaleria a *penalizar* aquele que recebeu melhor proposta por ter confiado que o outro agiria com hombridade e retidão, apresentando pelo menos um motivo justificável para desistir de celebrar o contrato já dado como certo¹⁰⁴.

Para ser ressarcível, o lucro cessante deve fundar-se na *perda concreta de um negócio* e não em simples conjecturas, como destaca Almeida Costa¹⁰⁵. Garcia Rubio ensina que o lucro cessante indenizável “concretiza-se substancialmente na perda de outras oportunidades de contratar com um terceiro, assim como as vantagens que delas derivariam, o que requer demonstrar a existência efetiva, e não sustentada por meras conjecturas, dessas outras oportunidades negociais, prova sempre dificultosa.”¹⁰⁶. A maioria dos autores entende que a prova de mera *probabilidade*, ainda que razoável, de realização de um negócio é insuficiente para justificar o ressarcimento – ao contrário do que sustenta Basso¹⁰⁷, amparada no direito francês, onde a simples probabilidade razoável é indenizada como *perte d’une chance*. No direito alemão, apenas os prejuízos decorrentes da perda concreta de outro negócio, devidamente comprovados, são ressarcíveis. Provando a parte ter efetivamente deixado de contratar com terceiro por ter acreditado legitimamente na conclusão do contrato, merece ser ressarcida do prejuízo sofrido em decorrência do comportamento desleal da contraparte que abandonou sem justo motivo as negociações, violando o dever de agir com lealdade e consideração pelos interesses do outro, imposto pela boa-fé objetiva.

¹⁰² *Teoria geral das obrigações*, p. 227.

¹⁰³ *Responsabilidad precontractual*, p. 108-109.

¹⁰⁴ Op. cit., p. 241.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 80.

¹⁰⁶ No original: “Mayores dificultades presenta la determinación exacta del lucro cesante indemnizable; éste se concreta substancialmente en la pérdida de otras oportunidades de contratar con un tercero, así como las ventajas que de ellas derivarían, lo que exige demostrar la existencia efectiva y no sustentada por meras conjecturas de esas otras oportunidades negociales, prueba siempre dificultosa.” Op. cit., p. 234.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 160-161.

Quanto aos *danos emergentes*, imprescindível identificar-se as despesas realmente indenizáveis. Aqui a polêmica gira em torno de saber se ressarcíveis são todas as despesas realizadas desde o início das negociações ou somente aquelas efetuadas a partir do momento em que a parte podia legitimamente confiar na celebração do contrato. Doutrina e jurisprudência alemãs defendem que nem todas as despesas realizadas durante as negociações são indenizáveis, mas somente aquelas efetuadas depois do momento em que a parte pode legitimamente confiar na conclusão do contrato. “O dever de indenização surge apenas quando uma parte interrompe as negociações sem motivo justo, depois de ter despertado na contraparte, de modo a si imputável, a confiança na realização do contrato (...); ela se restringe aos gastos realizados *depois do surgimento do fato da confiança*”, diz Heinrichs¹⁰⁸. Esse entendimento vem respaldado por diversas decisões do BGH, dentre as quais um julgado de 22/02/1989, no qual reformou-se parcialmente decisão do Tribunal de Justiça de Munique, determinando a exclusão do *quantum* indenizatório de alguns gastos realizados pelo autor da ação sob o fundamento de terem sido os mesmos efetuados quando ainda não havia entre as partes a certeza de que o contrato seria concluído. Dentre esses gastos incluíam-se, por exemplo, honorários advocatícios para elaboração de minuta do contrato de compra e venda, que nem chegou a ser discutida pelas partes; custos com contratação de secretária e renovação do escritório do autor da ação, que se sentiu prejudicado com o encerramento das negociações¹⁰⁹.

Como regra geral pode-se dizer que quem, logo após o início das negociações – quando ainda não está certo que o negócio será celebrado – , realiza despesas consideráveis, o faz por sua própria conta e risco, devendo arcar com as mesmas caso as negociações fracassem. Esses gastos destinam-se por vezes a *convencer* a contraparte acerca da oportunidade do negócio, não sendo realizados *em razão* da certeza dada na celebração. Por isso, diz Basedow que enquanto as partes ainda negociam, “em princípio, cada uma age por seu próprio risco, quando, não obstante, já agora efetua despesas em confiança à esperada conclusão do contrato. Por esses gastos não pode, conseqüentemente, exigir indenização quando a outra parte interrompe as negociações posteriormente, ainda que inesperadamente e sem motivo evidente.”¹¹⁰. Pode-se, então, concluir com Fichtner Pereira que não se trata, assim, de se indenizar os custos com toda a negociação, mas as despesas decorrentes da conduta desleal assumida pela parte, qual seja, a de, após incutir na parte contrária a confiança na celebração do contrato, violar o seu dever de lealdade e romper as negociações¹¹¹.

A indenização das despesas decorrentes da entrada em negociação pode ser ou não previamente estipulada pelas partes. Em havendo carta de intenção ou qualquer

¹⁰⁸ Como o Comentário Palandt escreve utilizando abreviações, coloca-se entre parênteses a palavra inteira para facilitar a compreensão do leitor. No original: „Eine ErsPfl (Ersatzpflicht) besteht nur, wenn eine Part (Partei) die Vhlg (Verhandlungen) ohne triftigen Grd (Grund) abbricht, nachdem sie in zurechenb (zurechenbar) Weise Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertr (Vertrags) erweckt hat (...); sie beschränkt sich auf die nach der Entstehg (Entstehung) des VertrauensTatbestd (Vertrauensstatbestands) gemachten Aufwendgen (Aufwendungen).“ P. 168, sem grifos no original.

¹⁰⁹ In: ZIP 8/89, p. 514-517.

¹¹⁰ Op. cit., p. 1529.

¹¹¹ Op. cit., p. 400-401.

outro instrumento jurídico no qual as partes estabelecem a repartição das despesas diretas ou indiretas das negociações, tem-se verdadeiro contrato na fase pré-contratual. Situação diversa – e que diretamente interessa ao estudo da responsabilidade pré-contratual – é aquela em que nenhum acordo dessa natureza foi celebrado, cabendo ao lesado comprovar os danos efetivamente sofridos, bem como os demais requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade *in contrahendo*¹¹².

Outro ponto polêmico relativo à questão do dano pré-contratual diz respeito à eventual limitação do dano indenizável, ou seja, à possibilidade de limitar a indenização tomando como parâmetro o interesse positivo, ou seja, o valor pecuniário que seria alcançado com a execução do contrato. Trata-se, em síntese, de saber se o *quantum* indenizatório (interesse negativo) pode superar o que a parte obteria com a execução do contrato planejado, o que, em caso afirmativo, colocaria a vítima do abandono injustificado em situação melhor que a que se encontraria caso o negócio fosse celebrado. Essa discussão surgiu a partir da interpretação dos §§ 122 I e 179 II do BGB, os quais contemplam casos de expressa *limitação do valor do dano indenizável*. Tomando como parâmetro o interesse positivo, a lei alemã determina nessas situações específicas que o valor da indenização não pode superar o interesse que a parte alcançaria com a celebração do contrato. A partir daí surgiu, então, a polêmica acerca se tais dispositivos refletiriam um princípio geral aplicável a todos os casos de responsabilidade pré-contratual ou se seriam exceções à regra da reparação integral dos danos (*Totalreparation*), estampada no § 249 do BGB. Na Alemanha, o entendimento majoritário sempre foi no sentido de que tais dispositivos consistiam em exceção à regra da reparação total.

No entanto, o debate se espalhou e parte da doutrina começou a defender a limitação da indenização socorrendo-se de um argumento lógico: a parte prejudicada pelo rompimento não pode ser colocada em situação melhor que a que se encontraria se o contrato tivesse sido celebrado. Partidários dessa tese, dentre outros, Medicus¹¹³, Messineo¹¹⁴, Massimo Bianca¹¹⁵ e Pontes de Miranda que, no pouco que tratou da responsabilidade pré-contratual, manifestou-se expressamente sobre a questão¹¹⁶. Da mesma forma, Antonio Chaves, o primeiro monografista brasileiro sobre responsabilidade pré-contratual¹¹⁷. Apesar da lucidez dos argumentos, a questão não se deixa resolver com facilidade, pois se, por um lado, não parece razoável que a vítima do comportamento desleal (rompimento injustificado) seja colocada em situação patrimonial melhor que a estaria com a celebração e consequente execução do contrato, por outro lado, afronta a ideia de justiça que a mesma não possa ser ressarcida integralmente, devendo, ao contrário, suportar os prejuízos excedentes ao valor do contrato planejado, os quais resultam diretamente da ação desleal da contraparte.

¹¹² Exemplos de gastos indenizáveis são as despesas diretas das negociações, como estudos, projetos, análises, experiências, pareceres, etc, assim como as conexas, resultantes de viagens, deslocamentos, hospedagens e alimentação. *As cartas de intenção...*, p. 33.

¹¹³ Op. cit., p. 66.

¹¹⁴ Op. cit., p. 304-305.

¹¹⁵ Op. cit., p. 178.

¹¹⁶ Op. cit., p. 319.

¹¹⁷ *Responsabilidade pré-contratual*, p. 217-218.

Em se admitindo a hipótese, tem-se necessariamente que o lesado arca, ainda que parcialmente, com o comportamento desleal do parceiro, o que não é, em absoluto, justo e razoável. Por isso, deve-se concordar com Almeida Costa¹¹⁸ e observar que, embora não pareça razoável admitir que o lesado seja colocado em situação mais vantajosa do que alcançaria com a conclusão do contrato, devem ser indenizados *todos os danos* que estejam em relação de causalidade adequada com o fato gerador da responsabilidade, ou seja, com o abandono injustificado das negociações, não havendo motivos para limitá-los pelo contrato fracassado. Garcia Rúbio, analisa o assunto com base na experiência suíça e informa que também lá “tem-se sustentado que o dano reparável nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual é todo aquele que se encontra em relação de causa e efeito com o comportamento danoso, sem nenhum outro limite que os derivados da relação de causalidade, a qual é o único critério válido de distinção para decidir-se qual dano é ou não ressarcível.”¹¹⁹.

Na Alemanha, como mencionado, referidos dispositivos sempre foram entendidos como exceções pontuais à regra da indenizabilidade total dos danos tanto pela jurisprudência, como pela doutrina majoritária, da qual constitui exemplo a opinião perspicaz de Larenz, que taxativamente afirma: “o dano da confiança não é em sua extensão, ao contrário dos §§ 122 e 179, limitado através do interesse de cumprimento.”¹²⁰. Schwab observa ainda que o § 280 I do BGB, base legal para o ressarcimento decorrente de violação de deveres obrigacionais, não fornece parâmetros para se determinar a extensão da indenização, que deve variar segundo o tipo do dever violado¹²¹. O parâmetro para a fixação da quantia indenizatória não deve ser, portanto, o contrato projetado pelas partes, mas os *danos efetivamente sofridos* por quem confiou – e podia confiar – legitimamente na conclusão do negócio jurídico, ainda quando esses danos superem, em determinados casos concretos, o próprio valor do contrato planejado e não firmado.

6. Conclusões

Finalizando essa breve análise, oportuno mostra-se fazer algumas sínteses e propor algumas questões para reflexão, tendo em vista o tímido desenvolvimento do tema no Brasil e principalmente as importantes questões a ele conexas, as quais têm significativa repercussão sobre o Direito das Obrigações. Nesse momento vale lembrar que o estudo comparado tem por finalidade precípua possibilitar uma *autocrítica* através da experiência do outro, a qual não deve ser sufocada por pensamentos conservadores e nacionalistas, aversos a reanálises, pois o direito só evolui quando (re)pensado.

¹¹⁸ Op. cit., p. 84.

¹¹⁹ No original: “En el ordenamiento suizo se ha mantenido que el dano a reparar en las hipótesis de responsabilidad precontractual es todo aquel que se encuentre en relación de causa a efecto con el comportamiento danoso, sin más límites que los derivados de la relación de causalidade, la cual es el único criterio de distinción válido para decidir qué dano es o no resarcible.” Op. cit., p. 236.

¹²⁰ *Allgemeiner Teil...*, p. 606.

¹²¹ Op. cit., p. 443.

Na Alemanha, o contato negocial, surgido na fase de preparação do negócio, cria entre os envolvidos uma relação jurídica especial, denominada relação obrigacional sem dever de prestação, em função da qual surge uma gama de deveres de conduta para as partes em razão da incidência da boa-fé objetiva na fase de preparação do negócio. Esses deveres, quando violados na fase pré-contratual, dão origem ao dever de indenizar, configurando a chamada responsabilidade pré-contratual, que não se limita aos casos de violação do dever de lealdade (rompimento injustificado das tratativas), mas abrange a infringência de qualquer dever de conduta, ainda que as partes não tenham sequer começado efetivamente a negociar um contrato específico.

Em princípio, as partes são livres para iniciar e abandonar as negociações sem motivo especial, arcando cada uma com as despesas efetuadas nesse período. Essa regra cede, contudo, quando uma delas dá como certa a celebração do contrato, criando – ou permitindo que se fortaleça – na outra a confiança legítima de que o contrato será celebrado, quando, então, precisa apresentar um motivo legítimo para o rompimento para eximir-se de responsabilidade. São, portanto, requisitos específicos da responsabilidade por abandono injustificado das conversações: a existência de negociações, a confiança legítima de que o contrato será fechado e a violação do dever de lealdade por meio do rompimento ilegítimo. Além desses, acrescentam-se os requisitos genéricos da responsabilidade civil: dano, culpa e nexos causal entre rompimento e dano.

A confiança legítima, protegida em sede de responsabilidade *in contrahendo*, deve-se basear em dados objetivos, aptos a revelar que qualquer pessoa leal e honesta, em igual situação, confiaria na celebração do contrato, assim como a vítima do rompimento. O abandono injustificado se revela através da análise do comportamento de quem rompe as negociações: não apenas o motivo em si alegado para justificar o rompimento que deve ser considerado, mas sobretudo o comportamento da parte diante desse motivo. Dano indenizável corresponde a tudo aquilo que a parte gastou (dano emergente), bem como às oportunidades perdidas (lucro cessante) a partir do momento em que surgiu a confiança legítima na conclusão do contrato, pois as despesas anteriormente realizadas, despendidas no intuito de convencer o outro a celebrar o contrato, devem ser assumidas por cada parte.

O estudo da responsabilidade pré-contratual e da boa-fé objetiva desafia a doutrina brasileira com uma série de questionamentos fundamentais para o Direito das Obrigações. Restringindo-se àqueles diretamente ligados à figura, a primeira questão que se coloca é se o período pré-contratual deve se limitar à *fase das negociações preliminares*, como parece entender a doutrina brasileira, ou se, ao contrário, essa responsabilidade pode nascer da violação de um dever de consideração, decorrente da boa-fé objetiva, ainda quando as partes não tenham sequer iniciado conversações, mas já se encontravam em situação de *contato negocial*, que, a rigor, distingue-se tanto do contrato como do contato social, onde vige o dever geral de não lesar, fonte da responsabilidade extracontratual.

Cabe indagar ainda se na situação do contato negocial, jurisdicizada pela presença de deveres específicos (deveres de consideração), não surgiria de fato uma *relação obrigacional especial*, como defende a moderna doutrina europeia, sob o

influxo da alemã, o que altera profundamente o conceito de obrigação e produz, dentre outros, reflexos na teoria das fontes das obrigações e na responsabilidade civil, pois desloca o tradicional critério de bipartição da responsabilidade da figura do contrato para a figura do contato negocial. Também relevante enfrentar o debate sobre se a responsabilidade pré-contratual – tendo como substrato uma *situação sui generis* entre o contrato e o ato ilícito – formaria um gênero intermediário entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, como defende Canaris. A doutrina brasileira não pode avançar sem o enfrentamento desses pontos polêmicos e de outros a ele conexos. Sem dúvida, tais questionamentos exigem a revisão de categorias tradicionais do direito privado. Mas esse processo não deve ser atrasado por vozes conservadoras, afinal, com o atual Código Civil, o momento de reanálise e autocrítica já chegou para o direito brasileiro.

Bibliografia

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra, 1984.
- BASEDOW, Jürgen. *Münchener Kommentar - §§ 241-432*, v. 2, München: C. H. Beck, 2003.
- BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- _____. As cartas de intenção ou contratos de negociação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 769, p. 28-47, 1999.
- BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 1970.
- BENJAMIN, Antônio Herman/LIMA MARQUES, Claudia/BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª. ed., São Paulo: RT, 2009.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*. JZ, Heft 10, p. 499-530, 2001.
- CARVALHO SANTOS, J. M. *Código civil brasileiro interpretado*, v. XVI, Rio de Janeiro: Carvino Filho, 1936.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 8ª. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- FICHTNER PEREIRA, Régis. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FIKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas. *Schuldrecht*. 10ª ed., Berlin: De Gruyter Recht, 2006.
- FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Band II, Berlin: Springer Verlag, 1975.
- GARCIA RUBIO, Maria Paz. *La responsabilidad precontractual en el derecho español*. Madrid: Tecnos, 1991.
- GOTTWALD, Peter. *Die Haftung für culpa in contrahendo*. JuS, Heft 12, p. 877-885, 1982.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRUNDMANN, Stefan. *Qual a unidade do direito privado?* Trad. Rodrigo Laranjeiras e Karina Nunes Fritz. *Revista de Direito Privado* 42, 2010, p. 323-354.
- HEINRICHS, Helmut. *Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch*. München: C. H. Beck, 2002.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 18, p. 23-31, 1996.
- KREBS, Peter. *Anwaltkommentar BGB - §§ 241-610*. v. 2, t. 1. Barbara Dauner-Lieb e Werner Langen (coord.). Bonn: Deutscher Anwalt Verlag, 2005.
- LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Atualizado por Manfred Wolf. München: C. H. Beck, 2004.

- _____. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Band I. München: C. H. Beck'sche, 1982.
- _____. *Culpa in contrahendo, dever de segurança no fráfico e contato social*. Tradução: Karina Nunes Fritz. In: Doutrinas essenciais – obrigações e contratos. Revista dos Tribunais 100 anos, vol. 3, TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (org.), São Paulo, 2011, p. 1191-1202.
- LAPP, Thomas. *Juris PraxisKommentar BGB*. v. 2.1, 3^a ed. Markus Junker (coord.). Saarbrücken: Juris, 2006.
- LOOSCHELDERS, Dirk. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*. 4^a ed., Köln: Carl Heymanns, 2006.
- MASSIMO BIANCA, C. *Il contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1998.
- MEDICUS, Dieter. *Schuldrecht I – Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck, 2004.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. *Da modernização do direito civil*. v. 1, 1^a ed., Coimbra: Almedina, 2004.
- _____. *Direito das obrigações*. t. 1, Coimbra: Almedina, 2009.
- MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. t. 1, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1973.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. de Andrade. *Código civil comentado*. 3^a ed. São Paulo: RT, 2005.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Direito das obrigações*. v. 1, 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NUNES FRITZ, Karina. A boa-fé objetiva na fase negocial: a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. Curitiba: Juruá, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. t. XXXVIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001.
- SCHLECHTRIEM, Peter; SCHMIDT-KESSEL, Martin. *Schuldrecht – Allgemeiner Teil*. 6^a ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- SCHMIDT, Jan Peter. *Zivilrechtskodifikation in Brasilien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.
- SCHWAB, Dieter. *Einführung in das Zivilrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2004.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil – dos contratos em geral*. v. III, parte I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil – fontes das obrigações*. v. III. 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- STIGLITZ, Ruben S.; STIGLITZ, Gabriel A. *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- WERTENBRUCH, Johannes. *Zur Haftung aus culpa in contrahendo bei Abbruch von Vertragsverhandlungen*. ZIP, Heft 3, p. 1525-1531, 2004.
- WESTERMANN, Harm Peter. *BGB – Schuldrecht Allgemeiner Teil*. Atualizado por Peter Bydlinski e Ralph Weber, 5^a ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2003.
- WOLF, Manfred. *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts*. Athenäum Verlag, 1972.

