

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL**

THAIS CANEO RIOFRIO

A BOA-FÉ OBJETIVA NA RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL

SÃO PAULO

2021

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONTRATUAL**

THAIS CANEO RIOFRIO

A BOA-FÉ OBJETIVA NA RELAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL

Monografia da Especialização em Direito Contratual sob orientação do professor Filipe Antonio Marchi Levada apresentada à banca examinadora da PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Contratual.

SÃO PAULO

2021

Banca Examinadora

RESUMO

O presente trabalho estuda a relevância da boa-fé objetiva nas relações pré-contratuais no direito civil e empresarial e os impactos decorrentes da sua infração. Para tanto, é realizada análise de legislação, doutrina e jurisprudência – esta de forma a trazer um exemplo – sobre o tema. Constatou-se que, mesmo com a lei brasileira trazendo de forma expressa que a boa-fé deve ser mantida entre as partes antes da formação do contrato, sua aplicação difere a cada caso concreto. O presente trabalho buscou trazer uma pincelada desse universo doutrinário que cada vez mais tem olhado para a manutenção da boa-fé entre as partes durante as negociações.

Palavras-chave: Boa-fé objetiva. Boa-fé objetiva pré-contratual.

ABSTRACT

The present work studies the relevance of objective good faith in pre-contractual relations in civil and business law and the impacts resulting from its infraction. To this end, an analysis of legislation, doctrine and jurisprudence is carried out - this in order to bring an example - on the subject. It was found that, even with Brazilian law expressly stating that good faith must be maintained between the parties before the contract is formed, its application differs in each specific case. The present work sought to bring a touch of this doctrinal universe that has been increasingly looking at the maintenance of good faith between the parties during the negotiations.

Keywords: Objective good faith. Objective pre-contractual good faith.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

E. – Egrégio

N. – Número

P. – Página

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A relação obrigacional.....	10
2.1. O aumento do interesse social nos contratos.....	11
3 A boa-fé	13
3.1 Boa-fé subjetiva	13
3.2 Evolução da boa-fé objetiva.....	13
3.3. Boa-fé objetiva na atualidade.....	15
4 A boa-fé na relação pré-contratual.....	18
4.1. Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual	21
4.2. O injusto rompimento das tratativas	23
4.3. <i>A culpa in contrahendo</i>	24
4.4. Análise de julgado	25
5 CONCLUSÃO.....	30

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade civil e comercial regida pela frequente aproximação e afastamento de pessoas e empresas, entrelaçadas entre si pelas relações contratuais, é compreensível que, além das normas legais a serem aplicadas caso a caso, seja esperado um determinado padrão de comportamento.

Com o advento da função social do contrato, o ordenamento jurídico brasileiro buscou estabelecer um relevante pano de fundo que deve ser adotado nas transações civis e comerciais pautada na ética e na lealdade: a boa-fé.

Dentre os diversos ângulos a partir dos quais a boa-fé pode ser analisada dentro do contexto obrigacional, o presente trabalho busca dar destaque à boa-fé no momento das tratativas pré-contratuais. Diante disso, será conferida ênfase aos estudos de seu conceito, natureza jurídica e aplicação, entre outros aspectos.

Inicialmente, para a construção conceitual do estudo proposto na presente monografia, há que se buscar o entendimento de pressupostos quanto aos conceitos primários de obrigação e de relação contratual bem como melhor entender o campo de incidência da boa-fé.

Será buscado o entendimento o papel da boa-fé objetiva nas tratativas negociais, as classificações de sua natureza jurídica bem como algumas das formas a partir das quais sua infração ocorre.

Finalmente, será analisado um julgado do STF a título exemplificativo para entendimento da aplicação prática da boa-fé objetiva no momento pré-contratual no direito civil.

2 A relação obrigacional

De acordo com o entendimento de Martins-Costa (2018), o conceito de relação obrigacional é construído doutrinariamente e é variante por ser modelado pela História, de modo que não consiste em um conceito neutro e está sujeito às mutações decorrentes de adequações normativas.

Apesar desta clara constatação, a autora aponta que ainda ocasionalmente a relação obrigacional é encarada como um estático vínculo jurídico no qual o débito e o crédito são singularmente considerados, sendo denominada tal ligação como relação obrigacional em sentido estrito ou obrigação simples. Este conceito ainda não foi abolido e é ainda adequado para explicar certas obrigações instantâneas.

No entanto, por ser considerado insuficiente diante de relações obrigacionais mais intrincadas, o conceito deve ser complementado com a chamada relação obrigacional em sentido amplo ou relação obrigacional complexa ou relação contratual que “apresenta um conjunto de vínculos emergentes de um mesmo fato jurídico”.¹

Dentre as várias características e aspectos estudados acerca da relação obrigacional, além da complexidade, os autores germânicos buscaram entender o dinamismo presente em tal relação. Conforme observado por Judith Martins-Costa,

“(…) a expressão traduz a ideia de a relação de obrigação no transcorrer de sua existência, e de seu percurso em direção ao adimplemento poder gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal; ou, ainda, poderes e deveres não indicados no título (contrato), ou ainda, poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos estados de sujeição não vislumbrados na relação original; pode, por igual, importar na criação de ônus jurídicos e deveres laterais («deveres de proteção») correspondentes a interesses de proteção que convivem a *latere* do interesse à prestação”.²

¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 217-218

² *Ibidem*, p. 232.

2.1. O aumento do interesse social nos contratos

Não faz parte do propósito do estudo do presente trabalho adentrar na evolução histórica da obrigação ou do direito contratual, porém, para ter-se um maior entendimento sobre a boa-fé, há que se abordar brevemente o desenvolvimento da importância social dos contratos.

Discorre Venosa (2020) que a superioridade da autonomia da vontade no direito obrigacional, e como ponto central do negócio jurídico, vem das concepções desenvolvidas para o contrato nos Códigos francês e alemão.

A ideia de um contrato totalmente paritário e livremente pactuado é aquela inconfundível do direito privado. Neste tipo de contrato, as partes discutem e têm liberdade para definirem entre si sobre todos os pontos que envolvam esse negócio jurídico de igual para igual.

Apesar de ter sido contemplada pelo Código Civil de 1916 e de certa forma pelo diploma atual, a autonomia da vontade exacerba uma igualdade de poder entre as partes, ideal nunca alcançado.³

Como bem pontua Orlando Gomes (2019), a suposição de que a igualdade formal dos indivíduos garantiria o equilíbrio entre os contratantes foi desacreditada na aplicação prática, decorrente por exemplo das insatisfações geradas por conta do desequilíbrio entre as partes no contrato de trabalho.

A interferência do Estado na vida econômica implicou, por sua vez, a limitação legal da liberdade de contratar e o encolhimento da esfera de autonomia privada, passando a sofrer crescentes cortes, sobre todas, a liberdade de determinar o conteúdo da relação contratual. A crescente complexidade da vida social exigiu, para amplos setores, nova técnica de contratação, simplificando-se o processo de formação, como sucedeu visivelmente nos contratos em massa, e se acentuando o fenômeno da despersonalização.⁴

Como consequência desse crescente fenômeno no direito privado brasileiro é

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 19.

⁴ GOMES, Orlando. Contratos. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 6.

que a limitação à autonomia privada passa a se manifestar por meio do princípio da função social do contrato, conforme expressamente previsto no art. 421 do Código Civil de 2002; e, por exemplo, também pelo princípio da boa-fé, que veio para “traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas”.⁵

⁵ Ibidem, p. 35.

3 A boa-fé

3.1 Boa-fé subjetiva

A boa-fé subjetiva é compreendida como o estado psicológico no qual um sujeito tem a certeza, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois acredita na legalidade da situação, ou de indicar a situação de um terceiro que deve ser protegido porque confiou de forma legítima na aparência de certo ato.⁶

Para clarificar, a Martins-Costa (2018) traz exemplos de aplicação da boa-fé subjetiva no Código Civil de 2002:

(...) como na hipótese prevista pelo art. 686 do Código Civil; agindo em bom direito, consoante, por exemplo, a previsão do art. 309, ou a convicção de estar também do Código Civil, atinente à eficácia liberatória do pagamento; ou, ainda, o prolongamento da eficácia, perante terceiros, de certos atos de quem já deixara de ser mandatário (Código Civil, art. 686); ou a outras situações relativas à tutela da aparência tais como às eficácias do casamento putativo e demais situações de crença errônea, mas justificável, na aparência de certo ato ou status (v.g., herdeiro aparente). Nesses casos, protege-se a crença legítima na juridicidade de certos estados, fatos, atos ou comportamentos, como quando se assegura – em outro exemplo – a posse, se ignorava o possuidor obstáculo que impede a aquisição da coisa (Código Civil, art. 1.201).⁷

3.2 Evolução da boa-fé objetiva

Ao se analisar a estrutura etimológica da termo boa-fé constata-se que ele é originado da expressão *bona fides*, que remete a fidelidade, confiança, sinceridade. O princípio da boa-fé teve seu início no direito romano que procurava de alguma forma refletir seus três pilares: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudicar ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).⁸

⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 279.

⁷ Ibidem. p. 279-280.

⁸ NEGOCIABILIDADE: BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL - Luciana Costa Poli, Bruno Ferraz Hazan – p. 8

Mais especificamente, a *fides* romana era presente nas relações entre os patrícios e a clientela (tipo dentro da estratificação social que se situava entre um cidadão livre e um escravo). Nessa relação, a clientela, em troca de proteção e favores, obedecia a certos poderes de lealdade e obediência. (Menezes Cordeiro, 2001, p. 59).

Bem posteriormente, no contexto medieval cavalheiresco da cultura germânica, a expressão *treu und glauben* foi utilizada para determinar o sentido da boa-fé, de forma totalmente distinta da boa-fé romana. Ali a garantia do cumprimento da palavra não estava mais relacionada a uma ótica subjetiva, mas a uma perspectiva ética e objetiva, ligada à confiança estabelecida em nível de comportamento coletivo.⁹

Já no direito alemão contemporâneo, a boa-fé é o amparo aos interesses legítimos e estabelece um padrão de comportamento honesto e leal nos negócios ou não, por ser um princípio a ser observado no exercício de direitos, tendo em consideração os limites sociais e éticos vigentes.

O princípio da boa-fé atua como modelo interpretativo dos contratos e das demais relações jurídicas, de modo que, além de ser explicitamente incluído em vários artigos do Código Civil Alemão (BGB), é alinhado à observância dos usos e costumes locais.

Não obstante a adoção do conceito de boa-fé pela legislação civil alemã, a boa-fé contemporânea na realidade teve sua origem no Código de Napoleão de 1809 na França, como questão fundamental do direito contratual. Porém, apesar do vanguardismo, a boa-fé permaneceu como letra morta devido ao momento de supervalorização da autonomia da vontade em decorrência do novo contexto econômico-social pós-revolução francesa.¹⁰

⁹ POLI, Luciana Costa.; e HAZAN, Bruno Ferraz. Negociabilidade: Boa-Fé Objetiva e Função Social.

p. 9.

¹⁰ Ibidem.

Princípios de uma forma geral, por sua vagueza e indeterminação, eram fonte de insegurança diante do medo do retorno do absolutismo nesse novo contexto regido pelo ideário liberal da autonomia da vontade. Por isso havia a preferência de utilização de termos rígidos e precisos que de forma alguma abriam espaço para dúvidas quanto à sua aplicação. O temor da burguesia residia em ficar à mercê de decisões judiciais.

Esse contexto se seguiu até a segunda metade do século XX, momento a partir do qual fortes mudanças na sociedade, no desenvolvimento internacional e no crescimento desenfreado do consumo em massa levaram a uma preocupação maior com a parte mais frágil do contrato e, portanto, foi dado um novo olhar à boa-fé no direito francês. O princípio passa a trazer um fundo mais cooperativo e a contratação de boa-fé passa a corresponder à presença da ética nos contratos.

No Brasil a boa-fé surge inicialmente no Código Comercial de 1850, no art. 131, que, de forma geral, estabelecia que a interpretação de cláusulas contratuais deveria ter como base a inteligência simples e adequada mais próxima à boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato do que a rigorosa e restrita significação das palavras. O Código Civil de 1916 seguiu o modelo francês, e portanto, não abordou a boa-fé de forma expressa.

3.3. Boa-fé objetiva na atualidade

Finalmente o Código Civil de 2002 consagrou a boa-fé, apreendendo-a como a exigência de que as partes se comportem como ética, conforme o que deve ser esperado por todos: uma conduta pautada na honestidade, probidade e lealdade. A boa-fé no Código Civil de 2002 será tratada de forma mais específica adiante.

Logo, foi possível apreender que a boa-fé como princípio contratual resultou em uma superação do individualismo da simples autonomia da vontade da concepção tradicionalista dos contratos para uma nova dinâmica de relações contratuais.

A boa-fé objetiva não trata do estado mental subjetivo do agente conforme anteriormente pontuado, mas lhe impõe comportamentos objetivamente conforme aos

parâmetros de cooperação, honestidade e lealdade, dirigidos às finalidades buscadas na relação contratual concreta, conforme pensamento de Caio Mário da Silva Pereira.¹¹

Diante do tratamento conferido pelo Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva é posta, de forma expressa, como régua para aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos (art. 187); como modelo de interpretação dos negócios (art. 113); e como cláusula geral dos contratos atendendo à sua integração (art. 422).¹²

Enquanto geradora de deveres, a boa-fé objetiva como princípio basilar está presente no art. 422 do Código Civil¹³: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

A doutrina convencionou denominar essa disposição como *cláusula geral*. Ocorre que Venosa entende que a rotulação não corresponde à ideia do conteúdo e que a cláusula geral não é geral, na realidade. Diante da necessidade de se ajustar ao caso concreto, através de uma compreensão social e histórica da situação, a denominação de *cláusula aberta* tem sido mais utilizada.¹⁴

É de entendimento de Judith Martins-Costa que a expressão boa-fé objetiva corresponde concomitantemente a: (i) um instituto ou modelo jurídico (estrutura normativa alcançada pela junção de duas ou mais normas); (ii) um *standard* ou modelo de comportamento pelo qual as partes da obrigação devem adequar seu mútuo comportamento (*standard* direcionador de condutas a ser seguido especialmente pelas partes); e (iii) um princípio jurídico.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: volume 3: contratos. 24. ed., rev. e atual. Por Caitlin Mulholland. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 45.

¹³ Código Civil. Lei nº 10.406/2002.

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 19.

O princípio da boa-fé “direciona os comportamentos aos valores ético-jurídicos da probidade, honestidade, lealdade e da consideração às legítimas expectativas do parceiro contratual.”

Já como *standard* jurídico, a boa-fé tem como principal função a de direcionar comportamentos no tráfico negocial, ou seja, de indicar um modelo de conduta segundo o qual cada pessoa deve ajustar sua própria conduta.

Finalmente, no momento da aplicação, a boa-fé caracteriza um instituto jurídico, ou seja, produtor de normas jurídicas que são comandos dotados de prescritividade.¹⁵

A sistematização da jurisprudência alemã, disseminada na esfera luso-brasileira por Menezes Cordeiro, determina que do dever de atuar conforme a boa-fé derivam três deveres específicos: a) os deveres de proteção, que estabelecem que as partes devem evitar agir de forma a causar danos à outra parte; b) os deveres de informação, especialmente quanto às particularidades que possam ser relevantes para a consolidação do entendimento da outra parte, em particular quando uma das partes é apresentada como mais fraca; c) deveres de lealdade, para evitar condutas que representem deslealdade para com a outra parte.¹⁶

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 281-283

¹⁶ LÔBO, Paulo. Direito civil: obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 78.

4 A boa-fé na relação pré-contratual

É frequente que ocorram tratativas entre as partes antes da fase do efetivo nascimento do vínculo contratual. Essas tratativas costumam consistir em conversas, trocas de informações e avaliação das possibilidades e benefícios decorrentes do futuro contrato.

Apesar de não existir uma relação contratual nessa fase inicial, pois as negociações preliminares ainda não correspondem a negócios jurídicos, a fase de tratativas não é desprovida de relevância jurídica. Já é presente a tutela do direito que impõe deveres de honestidade no comportamento dos negociadores. Como muito bem pontua Judith Martins-Costa:

“Ademais, aí podem conviver com atos não negociais e, também, verdadeiros negócios jurídicos, como um pacto de opção, ou uma oferta (ou «proposta») sendo, nesse sentido, o «penúltimo ato»: uma vez ocorrendo a aceitação, haverá a conclusão do contrato, então se ingressando na fase da eficácia contratual propriamente dita. O «contrato» (rectius: os contratos, pois a categoria não é monoliticamente unitária) é um feixe de eficácias jurídicas.”¹⁷

Considerando que a fase de negociação consiste em contato social, a atuação da boa-fé é verificada principalmente por meio da função corretora de comportamentos no tráfico jurídico.

Ocorre ainda que a fase de formação dos contratos representa um recorte de estudo bastante complexo e nada homogêneo, de modo que provoca complicados problemas de ordem teórica e prática. Isso se dá por conta da ampla variedade de formas nas quais a fase formativa pode acontecer bem como pela versatilidade do modo pelo qual as tratativas negociais podem se desenvolver.

Ocasionalmente um contrato é formado e inclusive adimplido instantaneamente, sem qualquer negociação prévia entre as partes. Outras vezes haverá um período, que pode ser extenso e de forma bastante heterogênea, em que as partes se aproximam e procuram entender se o negócio é ou não conveniente.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 419

Nesse momento pode ser formado, de forma progressiva, o consentimento contratual bem como, aos poucos, o conteúdo do contrato a ser firmado. Após diversas pequenas avaliações e concordâncias entre as partes é materializada a “minuta final”, que costuma corresponder a um documento escrito com tudo o que foi consensado e que as partes confiam que será o que ali disposto será efetivado.

No entanto, ao invés do acordo final entre as partes ser pactuado em um único instrumento, ele pode ser composto por vários acordos parciais ou pontuais que se conjugam, mas que também podem apresentar possíveis diferenças entre si.¹⁸

No Direito Comercial é comum que as partes façam uso de instrumentos na fase negociatória para comunicar intenções, disciplinar as fases do processo de negociação, estabelecer questões já acordadas, combinar opção e preferência, entre outros pontos. Existem verdadeiros negócios jurídicos firmados nessa fase, que buscam permitir a conclusão do contrato definitivo ou determinar seu conteúdo já parcialmente ajustado.

Dentre tais negócios jurídicos é importante destacar os contratos preliminares, que têm como objeto a conclusão do contrato definitivo, conforme determinado pelo art. 463 do Código Civil. Ou seja, de acordo com Martins-Costa, já é presente a

“eficácia contratual, pois contrato preliminar é contrato, fonte de relação jurídica obrigacional complexa geradora de direitos e obrigações primários, secundários e laterais, correspondentes a interesses de prestação, ao contrário das meras tratativas – que albergam relação jurídica fundada na confiança a emanar apenas direitos e deveres laterais, correspondentes a interesses de proteção”.¹⁹

Nas relações empresariais também é possível observar a formação progressiva do contrato, que é composta por atos negociais e atos não negociais que buscam estabelecer pontos que serão tidos como definitivos, se o contrato definitivo vier a ser

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 424-425

¹⁹ Ibidem, p. 427.

assinado, bem como a não vinculação das partes quanto aos demais pontos ainda em aberto.

Essa fixação prévia dos termos e critérios a serem posteriormente ratificados no instrumento contratual definitivo, que tem influência da prática anglo-saxônica, é uma das melhores funções dos acordos pré-contratuais, como nos memorandos de entendimentos e declarações de princípios – típicos instrumentos da fase progressiva do acordo contratual.

Faz-se relevante a menção aos contratos de compra e venda de participações societárias com fechamento diferido, que corresponde a um contrato de compra e venda sob condições suspensivas e resolutivas. Em tais contratos, há dois momentos: o “*signing*” e o “*closing*” que indicam, respectivamente, a assinatura do contrato, cujos efeitos principais permanecem, mas com condições pendentes; e a conclusão definitiva do contrato “uma vez implementadas as condições típicas e atípicas a que estava até então submetido, bem como cumpridos determinados deveres, ensejando, a partir daí, a execução do contrato em sua plena eficácia”.²⁰

Ocorre que na fase intermediária entre o *signing* e o *closing* o princípio da boa-fé recai de forma crescente pois, além do cumprimento das condições típicas e atípicas colocadas pelas partes, o comprador vai aos poucos adentrando a empresa até que os poderes decorrentes da titularidade das ações, controle e administração nele incidam exclusivamente.

Nos termos do art. 427 do Código Civil, temos a figura da oferta (proposta) que “obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Logo, a proposta consiste em um negócio jurídico unilateral receptício vinculante e, se for aceita sem qualquer alteração pela outra parte, o contrato restará concluído (Código Civil, art. 431).

Diante disso, faz-se necessário entender o que ocorre quando há a oferta mais

²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 427

ainda não há a aceitação. Apesar do uso da palavra “obriga”, Pontes de Miranda e Tomasetti Jr., ao interpretarem e estudarem a proposta da norma, entenderam que na realidade a oferta vincula juridicamente, mas não obriga contratualmente. Tal momento, portanto, não deixa de corresponder a uma forma na qual as partes ainda se contemplam na fase pré-contratual, de modo que a boa-fé atua como fonte de deveres de proteção que incidem desde quando os negociadores se colocam em contato social pré-negocial.

Como foi possível observar nos parágrafos anteriores, no direito brasileiro, o início das tratativas impõe aos envolvidos o cumprimento de deveres especiais, de fonte legal, sem ainda a verificação de deveres de prestação. Por isso que os danos injustamente causados por uma das partes no momento das tratativas podem possibilitar o dever de indenizar pelo regime da responsabilidade extracontratual, sendo tal violação a direito causadora do dever de indenizar “caracterizada pela quebra de especiais deveres de conduta, e não apenas o genérico dever de a ninguém lesar, imposto a todos que vivem em sociedade”.²¹

A responsabilidade pré-contratual abarca, conforme apontado por Judith Martins-Costa:

“(a) o injusto recesso das tratativas; (b) danos causados à pessoa ou ao patrimônio durante as negociações; (c) a conclusão de contrato nulo, anulável ou ineficaz; (d) a ausência ou defeituosidade de informações que seriam devidas e pela falta culposa de veracidade de informações prestadas; (e) falsas representações na fase das tratativas, desde que culposas, não recaindo no dolo, que é abrangido por figura específica; e (f) danos culposamente causados por atos ocorridos na fase das negociações, quando tenha sido validamente constituído o contrato. De todas, é a hipótese do rompimento injustificado das tratativas que concentra o maior número de decisões jurisprudenciais.”²²

4.1. Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual

Se faz relevante o entendimento sobre a natureza jurídica da responsabilidade

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 458-459.

²² Idibem, p. 459.

pré-contratual para que se possa determinar o regime jurídico a ser aplicado no caso concreto. Sendo assim, conforme aponta Tomasevicius (2020), existem diversas correntes sobre a questão: a contratual, a extracontratual, uma *sui generis*, o enriquecimento sem causa e uma legal.

A natureza contratual para a responsabilidade pré-contratual é decorrente do simples motivo de se relacionar com um contrato e também pelo fato de que era feito um alargamento dos efeitos contratuais para fases anteriores à sua própria existência para aplicação da responsabilidade pré-contratual no direito civil alemão.

A segunda corrente, que é a predominante na doutrina, concluiu que a natureza jurídica correta para o caso é de fato a responsabilidade extracontratual por não ter ocorrido ainda a formação do contrato. Durante a vigência do Código Civil de 1916 já havia o entendimento de que a responsabilidade pré-contratual se tratava de responsabilidade extracontratual, com base no art. 159 do então texto legal. Com a chegada do Código Civil de 2002, que incorporou uma cláusula geral de boa-fé na mesma senda do § 242 do Código Civil alemão, procurou-se a aproximação com o direito alemão, esquecendo que a responsabilidade civil extracontratual no direito brasileiro já era bastante desenvolvida. O entendimento da natureza jurídica de responsabilidade extracontratual permanece prevalente, mas é possível vislumbrar a adoção de uma terceira teoria na jurisprudência brasileira.

Como caminho alternativo à aplicação da responsabilidade contratual ou extracontratual como natureza jurídica, foi apreciada a responsabilidade pré-contratual. Essa corrente “decorria da ideia de que deveres pré-contratuais de comportamento têm como fonte uma relação obrigatória nascida das conversações contratuais”.²³

A quarta corrente para a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual seria o enriquecimento sem causa, que se daria quando uma das partes tivesse enriquecimento abusivo à causa da outra parte.

²³ TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São Paulo: Almedina, 2020. p. 466.

Porém,

“não há aferição de culpa em se tratando de responsabilidade com base no enriquecimento sem causa, mas a dificuldade está na comprovação do decréscimo patrimonial de quem a invoca, a o acréscimo patrimonial decorrente da violação à boa-fé. Todavia, na maior parte dos casos não há enriquecimento; só há um empobrecimento sem enriquecimento; Farnsworth já reconhecia a difícil aplicabilidade deste instituto jurídico, por ser difícil provar o enriquecimento.”²⁴

Finalmente, também existe a tese de que a responsabilidade pré-contratual seria de natureza puramente legal, independente se fundada ou não na boa-fé, de modo que Colombo entende que seria ultrapassado pensar se ela seria contratual ou extracontratual.

4.2. O injusto rompimento das tratativas

No caso do injusto recesso das tratativas, é essencial o entendimento de que as negociações devem ser interrompidas sem justificativa e não ocorrerem simplesmente pelo fato de não se ter concluído o contrato, pois o princípio da liberdade do sujeito de concluir ou não o contrato deve prevalecer de uma forma geral. Para que seja caracterizado o injusto rompimento das tratativas, é preciso que um dos sujeitos tenha causado danos ao outro por ter gerado a fundada expectativa de que o contrato seria concluído ao voltar atrás de forma repentina e desleal.

Quando o comportamento de uma das partes cria na outra a certeza de que as tratativas em andamento inevitavelmente serão concluídas e elas são interrompidas sem justa causa é que ocorre o rompimento imotivado das negociações. Aqui, um ato lícito analisado isoladamente, que é o de não declarar vontade de contratar, se torna um ato desleal no caso concreto pois é contrário ao dever de “agir com lealdade e consideração pelos bens e interesses do parceiro, tal qual comanda a boa-fé objetiva”.

²⁴ TOMASEVICIUS Filho, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São Paulo: Almedina, 2020. p. 467.

A retirada injustificada das negociações é decorrente de uma conduta abruptamente contrária à postura prévia adotada pela parte, causando uma estranheza pela parte que confiava no rumo das tratativas.

A legítima expectativa de continuidade das tratativas corresponde a um investimento de confiança realizado pela parte que sofreu o dano pois era de seu entendimento que a negociação estava ocorrendo segundo os parâmetros da honestidade e de forma comprovável. Ainda, é preciso que ambas as partes tenham já desenvolvido uma atividade comum, destinada à concretização do negócio, ou seja, que tenha ocorrido investimentos e despesas.

Como cada negociação possui suas particularidades, para a constatação de uma situação de injusto rompimento das tratativas é necessária uma análise pormenorizada dos dados do fato, bem como as práticas normalmente realizadas pelos sujeitos dentro das respectivas áreas de negócio.

É por conta dessa necessidade de entendimento das peculiaridades caso a caso que a tipificação legislativa se torna impossível e que essa matéria é tratada por meio de cláusulas gerais e normas abertas em diferentes sistemas, sendo imperiosa a conjugação entre doutrina e jurisprudência.²⁵

4.3. A culpa in contrahendo

A *culpa in contrahendo* foi inicialmente trazida por Rudolf Von Jhering em 1861 que a entendia como um instituto da responsabilidade civil no qual uma das partes, caso tenha ou devesse ter conhecimento de eventual nulidade no contrato, deve indenizar a outra pelo interesse contratual negativo.²⁶

²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 461

²⁶ MENEZES CORDEIRO, António Manuel. Da Boa-Fé no Direito Civil. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013. p. 528.

Segundo ele, a nulidade do contrato significaria a ausência de alguns dos seus efeitos, que corresponde à impossibilidade de seu adimplemento, e não a ausência de todos os efeitos. Diante disso, Jhering entendeu por correto que os contratantes com a condenação em caso de culpa fossem protegidos não somente nas relações contratuais já existentes, mas também nas nascentes para que as relações contratuais não fossem afetadas e para que o contratante não considerasse ser permitido a causar dano por adotar uma postura negligente.²⁷

Após muito estudo sobre o tema da responsabilidade pré-contratual, Jhering, Faggella e Fuller/Perdue Jr. compreenderam que a ação das partes no momento da formação do contrato deve ser levada em consideração pelo direito pois tais condutas geram expectativas, como ocorre no caso de Jhering, em decorrência de informações erroneamente transmitidas ou por alterações de comportamento resultantes em ruptura das negociações ou contratos firmados com informações imprecisas, conforme apontado por Fuller e Perdue Jr.

4.4. Análise de julgado

Após a exploração do tratamento da boa-fé na relação pré-contratual, é relevante entender se a legislação e o entendimento doutrinário têm realmente efetividade na proteção da parte prejudicada pela quebra da boa-fé no contexto negociatório na prática do Judiciário.

Sendo assim, elegeu-se o sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça por ser este o órgão máximo julgador no campo de direito privado, no qual o assunto é inserido. Ainda, a jurisprudência do STJ é parâmetro para todos os Tribunais de Justiça do País, sendo assim sua importância extrema e a análise de seus julgados, imprescindível. Foi selecionado um acórdão recente a título exemplificativo para aprofundamento do estudo por meio do entendimento da aplicação da teoria ora analisada no mundo real.

²⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São Paulo: Almedina, 2020. p. 455.

Para a escolha foi utilizado o critério de acesso e análise dos acórdãos mais recentes – que mais se aproximam da presente data – para o conhecimento da posição do órgão na atualidade.

No sítio do STJ, inseriu-se no campo de pesquisa a expressão “*boa fé*” e “*pré-contratual*”, que resultou em 23 (vinte e três) acórdãos encontrados, para fins de estudo exemplificativo do entendimento recente do STJ sobre o tema, e será abordado o terceiro resultado da pesquisa por ser o primeiro que aborda o tema dentro do direito civil, enquanto os dois primeiros resultados trataram matéria de direito do consumidor.

Esse terceiro caso é bastante didático ao abordar o assunto, sendo este um acórdão do Recurso Especial nº 1862508/SP – de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e relatoria para acórdão da Ministra Nancy Andrighi, publicado em 18/12/2020, que trata do descumprimento da boa-fé em fase pré-contratual.

O recorrente é TMI Tratamento Têxtil Ltda., que interpôs recurso especial em face de 5 a Sec do Brasil Franchising Ltda, cuja ementa é abaixo apresentada:

CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. FRANQUIA. BOA-FÉ OBJETIVA. ART. 422 DO CC/02. DEVERES ANEXOS. LEALDADE. INFORMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. EXPECTATIVA LEGÍTIMA. PROTEÇÃO. PADRÕES DE COMPORTAMENTO (STANDARDS). DEVER DE DILIGÊNCIA (DUE DILIGENCE). HARMONIA. INADIMPLENTO. CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO.

1. Cuida-se de ação de resolução de contrato de franquia cumulada com indenização de danos materiais, na qual se alega que houve descumprimento do dever de informação na fase pré-contratual, com a omissão das circunstâncias que permitiriam ao franqueado a tomada de decisão na assinatura do contrato, como o fracasso de franqueado anterior na mesma macrorregião.
2. Recurso especial interposto em: 23/10/2019; conclusos ao gabinete em: 29/10/2020; aplicação do CPC/15.
3. O propósito recursal consiste em definir se a conduta da franqueadora na fase pré-contratual, deixando de prestar informações que auxiliariam na tomada de decisão pela franqueada, pode ensejar a resolução do contrato de franquia por inadimplemento.
4. Segundo a boa-fé objetiva, prevista de forma expressa no art. 422 do CC/02, as

partes devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e de lealdade, de modo a permitir a concretização das legítimas expectativas que justificaram a celebração do pacto.

5. Os deveres anexos, decorrentes da função integrativa da boa-fé objetiva, resguardam as expectativas legítimas de ambas as partes na relação contratual, por intermédio do cumprimento de um dever genérico de lealdade, que se manifesta especificamente, entre outros, no dever de informação, que impõe que o contratante seja alertado sobre fatos que a sua diligência ordinária não alcançaria isoladamente.

9. O princípio da boa-fé objetiva já incide desde a fase de formação do vínculo obrigacional, antes mesmo de ser celebrado o negócio jurídico pretendido pelas partes. Precedentes.

10. Ainda que caiba aos contratantes verificar detidamente os aspectos essenciais do negócio jurídico (due diligence), notadamente nos contratos empresariais, esse exame é pautado pelas informações prestadas pela contraparte contratual, que devem ser oferecidas com a lisura esperada pelos padrões (standards) da boa-fé objetiva, em atitude cooperativa.

11. O incumprimento do contrato distingue-se da anulabilidade do vício do consentimento em virtude de ter por pressuposto a formação válida da vontade, de forma que a irregularidade de comportamento somente é revelada de forma superveniente; enquanto na anulação a irregularidade é congênita à formação do contrato.

12. Na resolução do contrato por inadimplemento, em decorrência da inobservância do dever anexo de informação, não se trata de anular o negócio jurídico, mas sim de assegurar a vigência da boa-fé objetiva e da comutatividade (equivalência) e sinalagmaticidade (correspondência) próprias da função social do contrato entabulado entre as partes.

12. Na hipótese dos autos, a moldura fática delimitada pelo acórdão recorrido consignou que: a) ainda na fase pré-contratual, a franqueadora criou na franqueada a expectativa de que o retorno da capital investido se daria em torno de 36 meses; b) apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos; e c) a probabilidade de que a franqueada recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível.

11. Recurso especial provido.

(REsp 1862508/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 18/12/2020)

O caso é uma ação de resolução de contrato de franquia cumulada com

indenização de danos materiais devido ao alegado descumprimento do dever de informação na fase pré-contratual.

A franqueada e recorrente TMI Tratamento Têxtil Ltda. apontou violação dos arts. 113 e 422 do Código Civil porque as informações prestadas pela franqueadora na Circular de Oferta de Franquia e no Plano de Negócios foram imprecisas induzindo-lhe a erro, o que acabou acarretando a assinatura de um pré-contrato com base em premissas falsas e dados insuficientes.

Considera que houve clara afronta à boa-fé objetiva, o que comprometeu sua tomada de decisão e defende que a participação mais colaborativa e cautelosa da franqueadora teria refletido em uma melhor decisão quanto ao formato e tamanho da loja, tendo em conta as expectativas de vendas e o retorno do capital investido. Ainda, apontou a franqueada que em pouco menos de 2 (dois) anos de funcionamento, as informações prestadas se mostraram totalmente incompatíveis com a realidade do negócio e a rentabilidade afirmada.

Ressalta que o descumprimento de dever anexo ou acessório de informação, ainda que na fase pré-contratual, caracteriza hipótese de descumprimento contratual e que, portanto, o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que tendo a conduta antijurídica ocorrido em momento anterior ou contemporâneo à celebração do contrato, não enseja sua resolução, não deve prevalecer.

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto-vencido, negou provimento ao recurso especial por entender que haveria descompasso entre o pedido e a causa de pedir, pois, na hipótese dos autos, a inobservância da boa-fé objetiva deveria, pelas alegações da recorrente, dar causa à anulação do contrato, e não à sua extinção por inadimplemento.

Porém, a Ministra Nancy Andrighi, em sua análise pontuou que

“só são sentidos no decorrer da execução do contrato, nas quais, portanto, o pacto deve ser desfeito não pela sua anulação, dado não se tratar de vício congênito na manifestação de vontade, mas pelo inadimplemento dos deveres anexos de cooperação, lealdade e informação que resulta na frustração de uma expectativa legítima, só posteriormente verificada.”

E, portanto, concluiu

“pela existência de um nexo de causalidade entre a conduta contrária ao dever de cooperação e lealdade – pela omissão de informações relevantes, mesmo que na fase pré-contratual –, e a frustração da expectativa legítima da ora recorrente.”

Logo, é importante observar que essa complexa análise e as particularidades do caso em contrato levaram à uma decisão no sentido do contrato em si ser afetado devido à violação da boa-fé, motivo pelo qual foi aprovada a sua rescisão.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de monografia buscou estudar a importância da aplicação da boa-fé na fase negocial no direito brasileiro, como sua infração é abordada e seus impactos nas relações contratuais.

Observou-se inicialmente como se deu evolução histórica que envolve o princípio da boa-fé, o entendimento da boa-fé subjetiva bem como ela é entendida na atualidade.

O direito brasileiro, naturalmente, influenciado pelo aumento da valorização da função social em detrimento da autonomia da vontade adotou a boa-fé objetiva como princípio basilar nas relações contratuais em todos os seus estágios.

Sendo assim, buscou-se compreender o papel da boa-fé objetiva nas tratativas negociais, as classificações de sua natureza jurídica bem como algumas das formas a partir das quais sua infração ocorre.

Finalmente, foi analisado um julgado do STF a título exemplificativo para entendimento da aplicação prática da boa-fé objetiva no momento pré-contratual no direito civil.

A partir disso foi possível aferir a solidez e abrangência que área de estudo da boa-fé pré-contratual já vem tomado dentro da doutrina brasileira, de modo que o presente trabalho conseguiu trazer uma pincelada desse universo que cada vez mais tem olhado para a manutenção da boa-fé entre as partes durante as negociações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acessado em 20/04/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1862508/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 18/12/2020. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000386748&dt_publicacao=11/03/2021. Acessado em 24/04/2021.

GOMES, Orlando. Contratos. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LÔBO, Paulo. Direito civil: obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel. Da Boa-Fé no Direito Civil. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: volume 3: contratos. 24. ed., rev. e atual. Por Caitlin Mulholland. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

POLI, Luciana Costa.; e HAZAN, Bruno Ferraz. Negociabilidade: Boa-Fé Objetiva e Função Social. Disponível em <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=98>. Acessado em 21/04/2021.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé no direito civil. São Paulo: Almedina, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: contratos. 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.