

O DEVER DE INDENIZAR DECORRENTE DA RUPTURA INJUSTIFICADA DAS TRATATIVAS: UMA ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

THE DUTY TO INDEMNIFY DUE TO UNJUSTIFIED RUPTURE OF NEGOTIATIONS: AN ANALYSIS OF PRE-CONTRACTUAL CIVIL LIABILITY



Carlos Henrique de Vasconcelos¹

RESUMO: A responsabilidade pré-contratual pela ruptura injustificada das tratativas tem sido aplicada no direito brasileiro devido aos esforços da doutrina e da jurisprudência que a fundamentam no princípio da boa-fé objetiva. Em que pese os avanços sobre o tema na última década, especialmente os estudos que buscam seu fundamento na boa-fé objetiva, ainda existem aspectos do instituto que merecem ser objeto de análise. Este trabalho busca contribuir para a difusão do conhecimento sobre o instituto, apresentando algumas das principais discussões sobre o tema e examinando o dano indenizável e o interesse tutelado pela responsabilidade pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade pré-contratual. Tratativas. Boa-fé objetiva. Ruptura injustificada. Danos indenizáveis.

ABSTRACT: Pre-contractual liability by unjustified rupture of negotiations has been applied by the Brazilian Law due to the efforts of the doctrine and the jurisprudence based on the principles of objective good faith. Even though studies about this subject have increased during the last decade, especially the ones based on the principle of objective good faith; there are still aspects of pre-contractual liability which deserve to be more deeply analyzed. The aim of this paper is to contribute to the diffusion of the matter, presenting some of the main discussions about the theme and examining the compensatory damage and the legally protected interest of the pre-contractual liability by abrupt and unjustified rupture of preliminary negotiations.

KEYWORDS: Pre-contractual liability. Preliminary negotiations. Objective Good Faith. Unjustified rupture of negotiations. Compensatory damage.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A fase pré-contratual. 1.1. A formação do contrato e o período pré-contratual. 1.2. A incidência do princípio da boa-fé objetiva na formação dos contratos. 2. Responsabilidade pré-contratual. 2.1. O conceito de responsabilidade pré-contratual. 2.2. Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. 2.3. Requisitos para configuração da responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações preliminares. 2.3.1. Negociações preliminares. 2.3.2. Confiança legítima na celebração do contrato. 2.3.3. Ruptura injustificada das negociações preliminares. 3. Dano indenizável na responsabilidade pré-contratual. 3.1. O conceito de dano. 3.2. Interesse positivo e interesse negativo. 3.3. Danos emergentes e lucros cessantes. 4. Conclusão. Referências.

¹Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pós-graduado em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ/PGE. Advogado.

SUMMARY: Introduction. 1. The pre-contractual phase. 1.1. The formation of the contract and the pre-contractual period. 1.2. The incidence of the objective good faith principle in the formation of contracts. 2. Pre-contractual liability 2.1. The concept of pre-contractual liability. 2.2. The juridical nature of pre-contractual liability 2.3. Requirements for the configuration of pre-contractual liability by unjustified breach of preliminary negotiations. 2.3.1. Preliminary negotiations. 2.3.2. Legitimate expectations in the conclusion of the contract. 2.3.3. Unjustified breach of preliminary negotiations. 3. Compensatory damage in the pre-contractual liability. 3.1 The concept of damage. 3.2. Positive contract interest and negative contract interest. 3.3. Consequential damages and lost profits. 4. Conclusion. 5. References.

Introdução

A responsabilidade pré-contratual não foi prevista expressamente pelo Código Civil brasileiro de 2002. No entanto, o instituto tem sido recorrentemente objeto de análises doutrinárias e aplicação pela jurisprudência brasileira e estrangeira, as quais, frequentemente identificam sua origem na teoria da *culpa in contrahendo* desenvolvida por Rudolph Von Jhering na Alemanha durante a segunda metade do século XIX.

Apesar do desenvolvimento da doutrina brasileira sobre estudo do tema, em especial trabalhos que fundamentam a responsabilidade pré-contratual na violação dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, algumas questões ainda carecem de maior atenção.

Este trabalho visa contribuir para a difusão do conhecimento acerca o instituto, apresentando algumas das principais discussões sobre o tema e examinando o dano indenizável e o interesse tutelado pela responsabilidade pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações preliminares.

1. A fase pré-contratual.

1.1 A formação do contrato e o período pré-contratual.

Essencialmente, o contrato resulta de duas manifestações de vontade: a proposta, também denominada *oferta*, *policitação* ou *oblação*, e a aceitação. Caso o oblato aceite a proposta, estará celebrado o contrato.

No entanto, nem sempre o contrato se forma instantaneamente a partir de uma proposta imediatamente seguida de uma aceitação. Na maioria das vezes, a proposta é precedida de uma fase, muitas vezes prolongada, denominada tratativas ou negociações preliminares.

Já observava Caio Mário da Silva Pereira que a formação do contrato é resultado de uma série de fases dentre as quais se destacam as negociações preliminares ou tratativas, a proposta e a aceitação. A primeira seria uma fase pré-contratual, enquanto as demais estariam compreendidas na fase contratual².

Assim, deve-se compreender a formação do contrato como uma sucessão de atos que teleologicamente se destinam à celebração do mesmo, dividindo-se em fase pré-contratual e fase contratual.

A formação do contrato muitas vezes requer um período destinado às sondagens, conversações, estudos e debates, no qual se realizam os ajustes necessários para melhor adequação à vontade dos contratantes. A depender dos interesses envolvidos na negociação, tal período pode ser breve ou não, simples ou complexo. Observa-se, dessa maneira, que em muitos contratos, sobretudo nos mais complexos, as tratativas ou negociações preliminares correspondem ao período de amadurecimento das negociações que tem como finalidade última a celebração do contrato.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, as tratativas ou negociações preliminares seriam as primeiras conversas e debates com o objetivo de posteriormente celebrar o contrato.³

O período ou fase pré-contratual tem início com as negociações preliminares e se encerra no momento da formação do contrato. A maior parte doutrina tem entendido que, apesar de não existir vínculo obrigacional entre as partes na fase pré-contratual, ainda assim, as partes devem obedecer aos padrões de conduta impostos pela boa-fé, sob pena de responder pelos prejuízos causados durante esta fase.

Conforme anota Caio Mário da Silva Pereira, tal fase não seria considerada contratual. Seria um momento prévio que, em regra, não obrigaria as partes contraentes. No entanto, observa o autor, que a obrigação de indenizar poderá surgir caso uma parte crie na outra a expectativa de que o contrato será realmente celebrado, induzindo-a a realizar despesas ou fazendo-a com que deixe de celebrar contratos com terceiros⁴.

Para delimitar a fase pré-contratual não basta a mera investigação dos atos que antecedem a formação do contrato, é preciso antes, buscar sua localização em um contexto jurídico mais amplo, que abrange o próprio conceito de negócio jurídico.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. III. 26ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 93.

³ *Ibid.* p. 112.

⁴ No mesmo sentido. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2003, p.53.

De acordo com os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, o negócio jurídico deve ser pautado na função social do contrato e na vontade de contratar, conforme observado por Caio Mario da Silva Pereira⁵:

Conforme dissemos para o negócio jurídico, o que tem de procurar o hermeneuta é a vontade das partes. Mas, como se exprime ela pela declaração, viajará através desta, até atingir aquela, sem deixar de ponderar nos elementos exteriores, que envolveram a formação do contrato, elementos sociais e econômicos, bem como negociações preliminares, minuta elaborada, troca de correspondência – fatores todos, em suma, que permitam fixar a vontade contratual.

Desta forma, consonante ao pensamento do doutrinador, é fundamental a análise da intenção das partes envolvidas na fase pré-contratual. O estabelecimento de negociações preliminares demonstra o intuito de contratar, e a fase pré-contratual serve justamente para que as partes tenham a oportunidade de examinar, discutir e ajustar os detalhes do futuro acordo, para que posteriormente decidam se concluirão ou não o contrato.

É de fundamental importância observar que as relações estabelecidas a partir do contato social entre as partes durante a fase pré-contratual também devem ser abrangidas pela noção de negócio jurídico. Conforme observado, tais relações, ainda que estabelecidas em momento prévio à formação do contrato, devem ser pautadas segundo os deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva.

Segundo os ensinamentos de Carlyle Popp⁶:

Ainda que a mais importante, o negócio jurídico – nos moldes clássicos – não é a única emanção da autonomia privada. As chamadas relações contratuais de fato ou ainda conhecidas por comportamentos sociais típicos, frutos do contato social, também nela se enquadram. Não se pode, porém, excluir tais figuras de uma espécie de negócio jurídico, ainda que nelas o consentimento ocorra de uma maneira específica.

Por conseguinte, delimita-se a fase pré-contratual entre o momento em que as partes exteriorizam sua vontade e estabelecem negociações que visam um objetivo comum e o momento imediatamente anterior à celebração do contrato. Portanto, ainda que não exista um vínculo obrigacional durante este lapso temporal que compreende o período pré-contratual, as partes devem se comportar de acordo com os princípios que regem esta relação.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 112.

⁶ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 92.

Segundo os ensinamentos de Antonio Chaves⁷, divide-se em três momentos o período anterior a formação do contrato: 1) o período de ideação e elaboração, psíquico, interno, na consciência do autor, que consiste na concepção do contrato; 2) o período exterior, de aperfeiçoamento ou de atuação, em que o direito se desenvolve e determina, concretizando-se na proposta; 3) o período em que a proposta se põe em movimento, aperfeiçoando o direito na atividade psíquica do sujeito e no estudo dos meios para o nascimento no mundo exterior.

Carlyle Popp⁸, ao analisar o consentimento prévio ao início das negociações, afirma que as tratativas se configuram como ato bilateral, dado que sua constituição necessita do consentimento mútuo das partes, e cujo ato possui requisitos análogos aos da formação do contrato.

Dando prosseguimento à sua análise, Carlyle Popp⁹ realiza a distinção entre a formação das tratativas e a formação dos contratos. Segundo o autor, na primeira, as partes manifestam seu desejo de estabelecer as negociações visando o contrato futuro, ainda que não tenham a obrigação de concretizá-lo. Logo, o consentimento das partes é pressuposto da existência das negociações preliminares, sendo que tal desejo é um ato essencialmente da autonomia privada.

Por fim, conclui-se que o período pré-contratual apenas tem início quando há o consentimento entre partes. Quanto à forma, o consentimento pode ser expresso ou tácito, no entanto, deve ser inequívoco. A anuência das partes é requisito essencial para que seja configurada a existência de negociações preliminares, pois se ambas as partes não estiverem de acordo quanto ao início das tratativas, não há que se falar em responsabilidade pré-contratual.

1.2. A incidência do princípio da boa-fé objetiva na formação dos contratos

Durante a fase pré-contratual, assim como na fase contratual e a pós-contratual, as partes devem agir de acordo com a boa-fé objetiva, pois embora não exista neste momento a exigência do cumprimento de um dever principal relacionado ao contrato, é necessário que as

⁷ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 32.

⁸ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, cit., p. 222.

⁹ Ibid. p.231-232. Carlyle Popp menciona três estágios negociais para demonstrar os efeitos jurídicos das negociações: a) estágio inicial, onde as partes são livres para interromper as tratativas, sem qualquer ressarcimento à outra; b) estágio intermediário, momento em que a parte que rompe as tratativas fica obrigada a ressarcir os prejuízos da outra; c) estágio final, situação em que razoavelmente as partes esperam a conclusão do negócio. Neste caso, havendo o rompimento inopinado das tratativas, será o caso de reparação dos danos emergentes e dos lucros cessantes sofridos pela parte inocente.

partes cumpram com os deveres acessórios que devem observados nesse período, respeitando os valores de confiança e lealdade recíproca, próprios da boa-fé objetiva.

A maior parte da doutrina¹⁰ identifica o fundamento da responsabilidade civil pré-contratual, especialmente a decorrente da ruptura injustificada das negociações preliminares, no princípio da boa-fé objetiva, ou seja, essa modalidade de responsabilidade civil decorreria da violação dos deveres de conduta preexistentes à formação do contrato, impostos pelo princípio da boa-fé objetiva. Assim, a boa-fé objetiva é um princípio norteador de direito privado, indispensável às relações sociais, configurando-se elemento de suma importância no estudo da responsabilidade pré-contratual.

Minoritariamente¹¹, existem doutrinadores que identificam o fundamento da responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das tratativas no abuso de direito, e outros apontam a proibição do *venire contra factum proprium* como fundamento dessa espécie de responsabilidade.

Aqueles que identificam no abuso de direito o fundamento, defendem que o dever de ressarcir os danos nesses casos decorre do exercício abusivo do direito potestativo de rompimento das tratativas, que cria prejuízos para a parte contrária.

Regis Fichtner¹² em sua crítica a essa teoria afirma que não há como imputar responsabilidade ao contraente baseando-se pura e simplesmente no ato de romper as negociações como ato abusivo, devendo ser analisado o comportamento da parte durante toda a negociação, verificando-se se houve conformidade com as regras da boa-fé objetiva.

Por outro lado, aqueles que apontam a proibição do *venire contra factum proprium* como fundamento da responsabilidade civil pela ruptura das negociações preliminares, utilizam o argumento de que é vedado àquele que participa de negociações a prática de atos contraditórios, sendo proibido criar na outra parte a confiança na conclusão do contrato e posteriormente abandonar as negociações de maneira injustificada.

¹⁰ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹¹ Loc. cit.

¹² Ibid. p. 301-302. Regis Fichtner observa que essa tese peca justamente por centrar o foco do tipo de responsabilidade sob exame, no ato em si de encerrar as negociações contratuais. Este ato, porém, se analisado isoladamente, nenhuma contribuição traz para a solução do problema de se imputar algum tipo de responsabilidade para a parte que teria abusado desse direito. A solução do problema não está em se perquirir se o ato de encerramento das negociações em si mesmo dói ou não abusivo, mas sim em se verificar se esse ato está de acordo com todo o comportamento adotado pela parte durante o desenrolar das negociações contratuais.

Além disso, se deve ser considerado abusivo o exercício do direito de encerrar as negociações, o que teria que ser suprimido, em consequência, seria o próprio ato em si de desistência do contrato.

O bem jurídico tutelado é a confiança que a parte deposita na seriedade de propósitos da autora quanto à constituição do contrato, bem como o interesse que as partes têm na conclusão do contrato. Busca-se preservar a expectativa gerada na outra parte de modo que não se comportem de maneira irresponsável no decorrer das negociações preliminares.

No entanto, não se pode deixar de levar em consideração que a proibição do *venire contra factum proprium* é uma das manifestações do princípio da boa-fé, constituindo seu fundamento próximo, na hipótese de responsabilidade pré-contratual pelo rompimento das negociações preliminares.

Embora o legislador não tenha regulado expressamente a responsabilidade pré-contratual, a doutrina e jurisprudência construíram o raciocínio de que ela foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro através do artigo 422 do Código Civil de 2002, que possui a seguinte redação:

Art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

As dúvidas acerca da aplicação desse dispositivo à fase pré-contratual foram dirimidas pela Jornada de Direito Civil (STJ-CJF), realizada em Brasília em setembro de 2002, na qual foi aprovada a Conclusão n. 25, do seguinte teor: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. Pode-se afirmar, portanto que, mesmo com a redação insuficiente do mencionado art. 422, nela estão compreendidas as negociações preliminares, antecedentes do contrato, que podem dar ensejo a responsabilidade pré-contratual.

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça¹³ decidiu:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. A parte interessada em se tornar revendedora autorizada de veículos tem direito de ser ressarcida dos danos materiais decorrentes da conduta da fabricante no caso em que esta - após anunciar em jornal que estaria em busca de novos parceiros e depois de comunicar àquela a avaliação positiva que fizera da manifestação de seu interesse, obrigando-a, inclusive, a adiantar o pagamento de determinados valores - rompa, de forma injustificada, a negociação até então levada a efeito, abstendo-se de devolver as quantias adiantadas. A responsabilidade civil pré-negocial, ou seja, a verificada na fase preliminar do contrato, é tema oriundo da teoria da culpa in contrahendo, formulada pioneiramente por Jhering, que influenciou a legislação de diversos países. No Brasil, o CC/1916 não trazia disposição específica a respeito do tema, tampouco sobre a cláusula geral de boa-fé objetiva. Todavia, já se ressaltava, com fundamento no art. 159 daquele diploma, a importância da tutela da confiança e da necessidade de reparar o dano verificado no âmbito das tratativas pré-contratuais. Com o advento do

¹³ STJ. REsp. 1.051.065-AM, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21/2/2013.

CC/2002, dispôs-se, de forma expressa, a respeito da boa-fé (art. 422), da qual se extrai a necessidade de observância dos chamados deveres anexos ou de proteção. Com base nesse regramento, deve-se reconhecer a responsabilidade pela reparação de danos originados na fase pré-contratual caso verificadas a ocorrência de consentimento prévio e mútuo no início das tratativas, a afronta à boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo destas, a existência de prejuízo e a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido. Nesse contexto, o dever de reparação não decorre do simples fato de as tratativas terem sido rompidas e o contrato não ter sido concluído, mas da situação de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material.

Ao analisar tal interpretação, Karina Nunes Fritz¹⁴ observa que ela decorre da proximidade existente entre a responsabilidade pré-contratual e a boa-fé objetiva, as quais caminham lado a lado em uma relação de fundamentação, tendo em vista que a boa-fé objetiva é o fundamento básico utilizado pela jurisprudência alemã para a construção da teoria da responsabilidade pré-contratual.

A relação que se estabelece entre as partes durante as negociações preliminares deve ser pautada por esse princípio, de forma a alcançar a segurança e a confiança necessárias para a formação do contrato.

Assim, a boa-fé objetiva representa a lealdade e a informação que são deveres inerentes às negociações preliminares, pois as partes devem agir com espírito de colaboração, numa conduta prudente e diligente, de forma a não lesar nem frustrar os interesses envolvidos na negociação.

O princípio da boa-fé, a despeito do princípio da autonomia privada, que assegura liberdade contratual, determina que o abandono das negociações preliminares pode dar ensejo a obrigação de ressarcir os danos eventualmente causados.

Segundo Carlyle Popp¹⁵, a finalidade da boa-fé é a adequação do princípio da autonomia privada às restrições oriundas da fase pré-contratual, uma vez que a parte que resolve iniciar as negociações, da mesma maneira que exerce o direito da liberdade de contratar, fica adstrita à observância de determinados deveres de conduta, que são decorrentes do princípio da boa-fé.

Essa limitação ao princípio da liberdade de contratar demonstra-se necessária para que se mantenha o equilíbrio nas relações contratuais contemporâneas. Claudia Lima Marques¹⁶ ao defender tal equilíbrio, aponta para o papel da lei como entrave e real legitimadora da

¹⁴ FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. *In: Revista de Direito Privado* n° 29. São Paulo: RT, Jan-Mar/2007, p. 203.

¹⁵ POPP, Carlyle. POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, cit., p.134.

¹⁶ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 46.

autonomia da vontade, que terá a função de proteger os interesses da sociedade, bem como atribuir maior significado a confiança depositada pelas partes na relação, suas expectativas e a boa-fé que envolve o vínculo celebrado.

Assim, a função do princípio da boa-fé objetiva é estabelecer o limite que se impõe nas relações pré-contratuais entre o direito de recusa de estabelecer um contrato e o dever de não frustrar a expectativa criada na contraparte negociante

Carlyle Popp¹⁷ defende a existência de um caráter vinculativo entre as partes negociantes, em que se deve colocar a pessoa humana como elemento central da relação, com foco na boa-fé objetiva, e cujos compromissos parciais seriam vinculantes, salvo motivo posterior e legítimo apto a afastá-los. Trata-se da prevalência do princípio da boa-fé sobre a autonomia privada, em que o conflito entre esses princípios jurídicos é resolvido por meio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Segundo Paulo Nalin¹⁸, tal princípio enseja uma maior segurança jurídica, o que demonstra a valorização da pessoa humana, deixando-se de lado a questão eminentemente patrimonial, a fim de se tutelar o contratante que definiu parte de seu futuro em razão de comportamentos perpetrados pela contraparte e assumidos como inequívocos por ele.

Considerando tais aspectos sobre o princípio da boa-fé, Luiz Edson Fachin¹⁹ leciona que “conduta negocial, boa-fé e confiança caminham juntas”.

A relação de confiança que se estabelece entre as partes reflete a seriedade das tratativas, assim, a teoria da confiança representa a mudança de paradigma da supremacia da autonomia da vontade, que dá lugar a uma visão mais social do contrato. Por certo, na medida em que as negociações vão avançando, a confiança das partes também aumenta, de forma que se faz necessário avaliar o grau de confiança lesado, ou seja, em que momento das negociações as partes se encontravam quando a ruptura injustificada ocorreu.

Portanto, demonstrada a relevância do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, tem-se que a violação deste princípio pode dar origem a obrigação de indenizar.

2. Responsabilidade pré-contratual.

¹⁷ POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, cit., p. 242.

¹⁸ NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Do contrato conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá. 2008, p. 156.

¹⁹ FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial, In: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 133.

2.1. O conceito de responsabilidade pré-contratual.

Apoiando-se nas reflexões e definições de doutrinadores brasileiros e estrangeiros sobre o instituto em análise, pode-se conceituar a responsabilidade pré-contratual como a responsabilidade civil que surge da violação da boa-fé objetiva e seus deveres anexos durante período de preparação do contrato, denominado tratativas ou negociações preliminares, sendo esta entendida como o momento no qual as partes entram em contato em razão de um eventual e incerto negócio jurídico.²⁰

A doutrina apresenta conceitos bastante similares sobre o instituto.

Segundo Antônio Chaves²¹, a responsabilidade pré-contratual é a consequência daquele contrato que não se concretizou. São os casos em que se colocam no limiar entre o contrato e o fato.

Para Sílvio de Salvo Venosa²², a responsabilidade pré-contratual é decorrente das promessas não cumpridas ou simples recusa de contratar em momento anterior ao contrato. “Trata-se do que a doutrina costuma denominar dano de confiança, dentro do que se entende por interesse negativo”.

Regis Fichtner Pereira²³ conceitua a responsabilidade pré-contratual como a infração do dever de atenção que deve ser observado por aquele que vai concluir o contrato ou que levou alguém a concluir, que representa o dever de verdade, de diligência e exatidão no modo de exprimir-se na relação.

De acordo com os ensinamentos de Judith Martins-costa²⁴:

[...] incorre em responsabilidade pré-negocial a parte que, tendo criado na outra a convicção, razoável, de que o contrato seria formado, rompe intempestivamente as negociações, ferindo os legítimos interesses da contraparte.

Já Sérgio Filho Cavaliéri²⁵ defende que a responsabilidade pré-contratual é aquela que exige uma postura correta, leal e sincera, combinada com o princípio da boa-fé objetiva no momento em que as partes iniciam os contratos, fazem propostas e contrapropostas, criando

²⁰ FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *Revista dos Tribunais*, ano 98, vol. 883, maio 2009, p.3.

²¹ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*, cit., p. 11.

²² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5ª. Ed, V. II. São Paulo: Atlas, 2005, p. 510 - 511.

²³ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 57.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*. 1 ed. 2ª tiragem, São Paulo: RT, 2000. p. 486.

²⁵ CAVALIERI, Sergio Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 300-301.

uma relação próxima da contratual, porém ainda não contratual, mas contratual, que pode criar direitos e obrigações, cujo rompimento imprudente e arbitrário pode dar ensejo a uma eventual obrigação de indenizar.

Para Altamiro do Couto e Silva²⁶, a responsabilidade pré-contratual se configuraria sempre que:

[...] o comportamento de umas das partes na fase das tratativas, induzindo a confiança da outra de que tal procedimento seria adotado, ou omitindo informações de importância capital para que a outra parte possa decidir em relação ao negócio jurídico a ser realizado, ou ainda deixado de mencionar circunstâncias que acabariam forçosamente a por produzir a invalidade do contrato, gerando, assim, o dever de indenizar.

A origem da responsabilidade pré-contratual é comumente identificada na teoria da *culpa in contrahendo* desenvolvida por Rudolph Von Jhering na Alemanha durante a segunda metade do século XIX. Tal teoria visava solucionar o problema dos danos decorrentes da celebração de contrato nulo, quando este tinha origem na violação de um dever de cuidado por uma das partes durante a formação do contrato.

Diante da importância dos estudos de Jhering sobre o tema, as expressões *culpa in contrahendo* e responsabilidade pré-contratual são costumeiramente utilizadas pela doutrina e jurisprudência como sinônimos. No entanto, a doutrina mais moderna sobre o tema²⁷ afirma que atualmente a responsabilidade pré-contratual seria uma figura mais ampla que compreenderia hipóteses de responsabilidade civil por danos decorrentes da violação dos deveres impostos pela boa-fé objetiva durante a fase de preparação do contrato, dentre as quais estariam compreendidas a *culpa in contrahendo* e a responsabilidade por ruptura injustificada das tratativas, sendo a última o objeto deste trabalho.

Desta maneira, apesar do uso recorrente das expressões como sinônimas, optou-se nesse trabalho pelo uso da expressão responsabilidade pré-contratual, pois parece ser mais adequada quando se refere à generalidade dessas hipóteses de responsabilidade.

De acordo com os ensinamentos de Regis Fichtner Pereira²⁸, a responsabilidade pré-contratual engloba quatro modalidades de responsabilização: (1) responsabilidade pela ruptura das negociações preliminares; (2) responsabilidade por danos causados à pessoa ou aos

²⁶ SILVA, Altamiro do Couto E. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. In: *Revista de Direito Público*. Vol. 63. julho/setembro. 1982, *apud* PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 58.

²⁷ FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p.2.

²⁸ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 51-52 e p. 442.

bens do outro contraente durante as negociações preliminares; (3) responsabilidade pela constituição de contrato inexistente, nulo ou anulável; (4) responsabilidade por danos causados por fatos ocorridos na fase de negociações, quando tenha sido validamente constituído o contrato.

Portanto, de acordo com o referido autor, a responsabilidade pré-contratual é uma figura ampla, que compreende quatro hipóteses típicas, dentre as quais, tem recebido maior atenção a responsabilidade por rompimento injustificado das negociações preliminares.

Importante observar que, em que pese as peculiaridades de cada uma das espécies de responsabilidade pré-contratual mencionadas acima, todas possuem como fundamento a violação do princípio da boa-fé objetiva e dos deveres de conduta dela derivados, entre os quais se destacam os deveres de lealdade e de informação.

2.2. Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual.

Segundo Regis Fichtner²⁹, historicamente a responsabilidade civil se desenvolveu a partir da clivagem de dois regimes. O primeiro seria o da responsabilidade civil contratual, caracterizado pela existência de um dever jurídico primário entre as partes que cria a obrigação de uma parte prestar algum bem da vida ou pelo descumprimento dessa obrigação, ou o cumprimento defeituoso. O segundo regime seria o da responsabilidade extracontratual, no qual inexistente entre as partes vínculo jurídico relevante anterior ao fato danoso, caracterizado pelo fato de uma pessoa causar um dano injusto a outrem, sem que tenha havido entre as partes relação jurídica anterior.

Diante de tal dicotomia, uma das grandes problemáticas envolvendo a responsabilidade pré-contratual está relacionada à definição da natureza jurídica do instituto.

Assim, a natureza jurídica do instituto ainda se mostra um ponto de relevante controvérsia doutrinária.

A controvérsia reside do enquadramento do instituto em análise enquanto hipótese de responsabilidade civil contratual, extracontratual ou uma hipótese *suis generis* de responsabilidade civil, não se amoldando a nenhum dos dois regimes tradicionais.

²⁹ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 213-280.

Importante salientar que tal debate não é mero preciosismo acadêmico. Ao contrário, traz consequências extremamente relevantes para a aplicação do instituto, pois os dois regimes tradicionais possuem tratamentos diversos pelo legislador em diversos ordenamentos, inclusive o brasileiro.

Antônio Junqueira de Azevedo³⁰ defende que a responsabilidade pré-contratual deve se submeter ao regime da responsabilidade contratual. Tal entendimento tem como fundamento a concepção do contrato enquanto um processo decorrente de uma sucessão de tempos, no qual a boa-fé deve estar presente em todos os momentos. Tal processo teria como início a fase pré-contratual, estendendo-se até a fase contratual, compreendida nesta última a conclusão do contrato, a eficácia do contrato e a execução do contrato.

Carlyle Popp³¹ também sustenta a natureza contratual da responsabilidade pré-contratual. O doutrinador fundamenta tal posição no fato de que o vínculo jurídico existente entre as partes negociantes na responsabilidade pré-contratual decorre do conteúdo das tratativas e da conduta das partes com vistas à celebração do contrato. Assim, o autor conclui que “responsabilidade pré-negocial, de qualquer espécie, tem natureza contratual e, portanto, submeter-se-á a idêntico disciplinamento jurídico”.

Segundo Judith Martins-Costa³², o espectro de atuação da responsabilidade civil pré-contratual é do “ainda-não-contrato” no qual não existe, ainda, vínculo contratual entre as partes, mas que poderá haver, se reunidas certas condições. Para a autora³³, sob a perspectiva ditada pela teoria do contato social, verifica-se que Jhering rejeita a ideia de atribuir natureza jurídica extracontratual porque os casos que a justificam implicam num grau elevado de distância entre os sujeitos do contato, afirmando, portanto, que a responsabilidade pré-contratual teria natureza contratual.

Na fase pré-contratual as partes não estão obrigadas a contratar em razão do já mencionado princípio da liberdade de contratar, que se refere à possibilidade de realizar ou não o contrato, de escolher com quem e como contratar.

Assim, os defensores da natureza contratual, considerando que tais atos são praticados na fase pré-contratual, defendem que a natureza jurídica da responsabilidade civil

³⁰ 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, p. 23.

³¹POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, cit., p. 150.

³² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*, cit., p. 481.

³³ *Ibid.* p. 490-491.

pré-contratual é de base contratual, pois a liberdade de contratar é aplicada justamente neste período pré-contratual.

No entanto, tal entendimento da responsabilidade pré-contratual enquanto responsabilidade de natureza contratual não é absoluto. Diante do fato dos danos ocorrerem em momento anterior à formação do contrato, muitos autores defendem que tal instituto possui natureza jurídica de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana.

Ao defender a natureza aquiliana da responsabilidade pré-contratual, Mariana Pazianotto Deperon³⁴ enumera alguns argumentos que confirmariam tal tese. Segundo a autora, o fundamento do dever de indenizar seria o que distingue a responsabilidade contratual, que decorre do descumprimento de uma obrigação, legal ou pactuada pelas partes, da extracontratual, derivada do ato ilícito. Como segundo argumento, a autora afirma que, segundo Código Civil de 2002, a responsabilidade contratual ocorre nos casos de inadimplemento contratual ou de violação de um dever oriundo de uma relação obrigacional. O próximo argumento levantado pela autora é o de que a boa-fé não cria uma relação obrigacional entre as partes. Segundo Deperon, a relação obrigacional origina-se somente da lei ou do negócio jurídico, em que pese as limitações à liberdade de contratar impostas pela boa-fé³⁵ ou por meio da limitação aos exercícios dos direitos³⁶. O quarto argumento apresentado seria o de que a atuação da boa-fé durante a fase das tratativas consistiria em proteger a confiança legítima despertada pelas partes. Por fim, as tratativas não gerariam nenhum efeito vinculativo entre as partes, o qual somente surgiria com a proposta.³⁷

Neste diapasão, Récio Eduardo Capellari³⁸ também defende que a responsabilidade pré-contratual possui natureza extracontratual. Segundo o autor, tal posição é sustentada pelo fato de que o elemento configurador de tal responsabilidade não é o inadimplemento contratual, mas sim o comportamento das partes contratantes, de modo que, trata-se de uma infringência do dever geral de não causar dano a outrem (*neminem laedere*). Defende o autor que na violação dos deveres pré-contratuais estão presentes características de um ato ilícito, o que causa dano a outrem e enseja o dever de indenizar.

³⁴ DEPERON, Mariana Pazianotto. *Responsabilidade civil pela ruptura ilegítima das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 228.

³⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³⁶ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³⁷ DEPERON, Mariana Pazianotto. *Responsabilidade civil pela ruptura ilegítima das tratativas*, cit., p. 228.

³⁸ CAPELLARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995, p. 56.

Segundo Mariana Pazianotto Deperon, a tese da natureza extracontratual da responsabilidade pré-contratual é majoritária entre os doutrinadores brasileiros, pois defende-se que durante as tratativas não existe vínculo contratual ou obrigacional entre as partes.³⁹

Caio Mário da Silva Pereira⁴⁰ Carlos Roberto Gonçalves⁴¹ são alguns dos defensores dessa tese.

As lacunas apresentadas no enquadramento da responsabilidade pré-contratual tanto no regime da responsabilidade contratual, como no da responsabilidade aquiliana, permitiram o desenvolvimento de teorias que sustentam que tal responsabilidade é “terceira via da responsabilidade civil”, ou seja, possuiria natureza jurídica *suis generis*.

Regis Fichtner é um dos defensores da doutrina da “terceira via” da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. Segundo o autor, o enquadramento do instituto quer no sistema da responsabilidade civil contratual, quer no da responsabilidade extracontratual, não oferece soluções satisfatórias para as diversas questões surgidas durante a fase das tratativas, de modo que, seria necessária a criação de um sistema próprio de responsabilidade civil contratual⁴².

Karina Nunes Fritz⁴³ corrobora a tese defendida por Régis Fichtner. Segundo a autora, durante o contato negocial surge uma série de deveres para contraentes, tais deveres caracterizam uma relação jurídica especial e uma vinculação especial que consiste em uma relação obrigacional distinta da relação obrigacional típica e marcada pela presença do dever de prestação. Desta forma, Fritz defende que, dada a especificidade da vinculação surgida entre os contraentes no período pré-contratual, merece prosperar a tese da responsabilidade enquanto terceiro gênero de responsabilidade civil.

Para Luiz Edson Fachin⁴⁴, qualquer que seja o resultado da discussão sobre a natureza da responsabilidade civil pré-contratual, não obstante seu grande relevo teórico e prático, permanecerá a conclusão de que existirá o dever de indenizar.

No entanto, dadas as especificidades da responsabilidade pré-contratual, parece mais adequada a tese que atribui natureza *suis generis* ao instituto.

³⁹ DEPERON, Mariana Pazianotto. *Responsabilidade civil pela ruptura ilegítima das tratativas*, cit., p. 228.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p.37.

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, Vol. 3: contratos e atos unilaterais*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.73-74.

⁴² *Ibid.* p. 257.

⁴³ FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 5.

⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, cit., p. 138.

2.3. Requisitos para configuração da Responsabilidade Pré-contratual por ruptura injustificada das negociações.

Em que pese algumas diferenças de nomenclatura entre os doutrinadores, os requisitos para a configuração da responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações contratuais estão bem delimitados. Além dos requisitos genéricos para configuração da responsabilidade civil, quais sejam, a culpa, o dano e o nexo de causalidade, a doutrina enumera os seguintes requisitos específicos para configuração de responsabilidade por ruptura injustificada das negociações preliminares: a) negociações preliminares; b) confiança legítima da conclusão do contrato; e c) ruptura injustificada das tratativas.

É de suma importância observar, como mencionado anteriormente, que a responsabilidade pré-contratual é uma figura ampla que visa proteger as partes de danos ocorridos durante a fase de preparação para o negócio jurídico, decorrentes da violação da boa-fé objetiva e seus deveres anexos. Tal figura abarca diversas hipóteses, entre as quais a responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações preliminares é a mais conhecida. Neste trabalho, por conta de limitações intrínsecas a um trabalho de conclusão de curso, optamos por estudar a responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações preliminares.

O dano, apesar de ser um requisito fundamental para a configuração da responsabilidade pré-contratual por ruptura das tratativas, não é requisito específico da mesma, sendo exigível nas demais hipóteses de responsabilidade civil.

Neste trabalho, optou-se por dedicar um capítulo exclusivamente à análise desse requisito. Dessa forma, no próximo capítulo será realizada uma análise acerca do dano indenizável na responsabilidade por ruptura injustificada das negociações preliminares.

Desta forma, a seguir, analisaremos apenas os requisitos específicos de configuração dessa espécie de responsabilidade pré-contratual.

2.3.1 Negociações preliminares.

Para que se configure a responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações é imprescindível que tenha havido negociações preliminares entre as partes.

Regis Fichtner⁴⁵ resume bem tal liame no trecho a seguir:

⁴⁵ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela*

Não há como se falar em responsabilidade civil pela ruptura das negociações contratuais se sequer negociações contratuais tenham efetivamente existido entre as partes. O pressuposto de configuração desse tipo de responsabilidade é o de que duas ou mais pessoas tenham iniciado negociações, com vistas à formação de uma relação jurídica contratual.

Conforme já mencionado, as negociações preliminares, também costumeiramente denominadas tratativas, constituem uma fase do contato negocial que tem o escopo formar nas partes juízo de conveniência acerca do negócio jurídico. Assim, fica claro que as negociações preliminares têm como finalidade precípua a eventual concretização de um contrato.

Por conta desse caráter teleológico, Mário Júlio de Almeida Costa⁴⁶ defende que aquele que inicia negociações preliminares sem qualquer intenção de contratar deve ser censurado, pois faz com que a outra perca tempo e recursos, caracterizando hipótese de comportamento desleal.

Observa Karina Fritz que as negociações preliminares têm início quando as partes exteriorizam, por qualquer meio, o seu desejo de estabelecer um contato com vistas à eventual celebração de um contrato. É necessário ainda o consentimento da outra parte, que deve demonstrar que possui interesse pela oferta ou convite para negociar e deseja se informar melhor sobre o assunto⁴⁷.

Interessante observação realiza Regis Fichtner⁴⁸ sobre a forma das negociações preliminares. As tratativas podem ser escritas ou verbais, mas o autor alerta para o fato que a forma escrita, por meio de instrumentos através dos quais os contraentes registram os avanços das tratativas, embora não obriguem as partes a contratarem, são de suma importância para comprovar a existência de negociações e que “a confiança surgida na contraparte acerca da celebração do contrato foi legítima, pois está amparada em dados objetivos, de forma que qualquer pessoa naquela situação também confiaria que contrato seria celebrado”.

Importante salientar que mesmo que as tratativas ocorram normalmente, os contratantes não estão obrigados a celebrar o negócio em vistas ao princípio da liberdade

ruptura das negociações contratuais, cit. p. 305.

⁴⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra, 1984, p.59, *apud* PEREIRA, Regis Fichtner. PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 306.

⁴⁷FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 22.

⁴⁸ PEREIRA, Regis Fichtner. PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 305-312.

contratual, ficando as partes submetidas às consequências da violação do princípio da boa-fé objetiva.

Por fim, resta esclarecer que aferição da existência de negociações preliminares sempre ocorrerá a partir da análise do caso concreto. Ainda assim, configurada a existência das negociações, não necessariamente aqueles que desistirem serão responsabilizados, haja vista que para tal é necessária uma determinada intensidade nas negociações a qual Mario Júlio de Almeida Costa denominou uma *razoável base de confiança*.⁴⁹

2.3.2 Confiança legítima da conclusão do contrato.

O desenvolvimento da boa-fé objetiva como um princípio norteador das relações privadas fez com que a tutela da confiança ganhasse grande importância em ordenamentos jurídicos de diversos países, inclusive no Brasil. Diante disso, a doutrina tem apontado a confiança como um dos requisitos para a configuração da responsabilidade por ruptura das tratativas.

Francesco Benatti⁵⁰ estabelece uma relação direta entre responsabilidade pré-contratual e a relação de confiança entre os contraentes, ou seja, tal modalidade de responsabilidade decorre da ruptura de uma relação de confiança pautada nos deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

Em seu estudo sobre a tutela da confiança e o *venire contra factum proprium*, Schreiber⁵¹ observa que:

[...] A confiança, inserida no amplo movimento de solidarização do direito, vem justamente valorizar a dimensão social do exercício dos direitos, ou seja, o reflexo das condutas individuais sobre terceiros.

[...] passa-se da obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual, como fonte primordial das obrigações, para uma visão que, solidária, se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centro de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do sujeito que as praticou.

⁴⁹ Almeida Costa, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 54, *apud* Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais, cit., p. 306.

⁵⁰ BENATTI, Francesco. A responsabilidade pré-contratual. Coimbra: Almedina, 1970, p.30-31 *apud*. FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 24.

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 93-94.

Ao analisar o tema, Karina Fritz⁵² salienta que a confiança na celebração do contrato, também denominada certeza na celebração do contrato, denota uma situação objetivamente aferível, não devendo ser confundida com uma situação subjetiva, ou seja, um estado psicológico de crença ou convicção na celebração do contrato que não é passível de apuração objetiva. Assim, a confiança tutelada pelo ordenamento, que pode dar ensejo configuração da responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações preliminares, é aquela fundada em dados concretos e objetivos passíveis de comprovação.

Nesse sentido, são bastante esclarecedoras as pontuações de Regis Fichtner:

A constatação da presença do requisito da confiança na celebração futura do contrato não se dá levando-se em consideração o aspecto subjetivo da representação mental que o contraente faz, ao avaliar as chances de conclusão do negócio, mas sim através da constatação da existência efetiva de elementos externos que possam levá-lo a confiar na celebração do contrato.

Não se trata, portanto, de se verificar se o contraente subjetivamente confiou na celebração do contrato, mas sim se verificar se ele tinha fortes razões objetivas para confiar que o negócio jurídico que vinha sendo projetado iria se estabelecer.⁵³

Karina Fritz observa que, ao analisar a presença do requisito da confiança na celebração do contrato, o intérprete deve usar como parâmetro o comportamento do homem médio, prudente e cauteloso diante daquela situação. Caso, o resultado da análise seja positivo, ou seja, o homem médio naquela situação daria como certa a celebração do contrato, estará configurada a confiança na celebração do contrato.⁵⁴

Na tentativa de criar parâmetros, a doutrina indica como elementos objetivamente aferíveis para configuração da relação de confiança: a duração das tratativas, a conduta e as qualidades pessoais das partes, a complexidade e o desenvolvimento das conversações, bem como a natureza, o objeto e o valor do contrato. No entanto, conforme observa Karina Fritz⁵⁵, somente o julgador, através da análise do caso concreto poderá identificar o momento em que surge uma situação apta a gerar na contraparte a certeza na celebração do contrato.

Portanto, observa-se que a doutrina tem apontado a confiança como um dos bens jurídicos mais importantes tutelados pelo ordenamento jurídico. A confiança legítima na conclusão do contrato é requisito essencial para configuração da responsabilidade por ruptura

⁵² FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 24-25.

⁵³ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 330-331.

⁵⁴ FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 25.

⁵⁵ Loc. cit.

das negociações preliminares, devendo a verificação da presença desse requisito ser realizada no caso concreto com base em dados objetivos.

2.3.3. Ruptura injustificada das tratativas.

Nesse requisito é bastante nítida a existência de uma ponderação entre a liberdade contratar e os deveres de conduta impostos boa-fé objetiva. A configuração desse requisito está intrinsecamente relacionada ao requisito abordado no item acima. A existência de confiança legítima na celebração do contrato funciona como uma limitação ao exercício da ruptura injustificada das negociações preliminares pelos contraentes. Tal limitação se dá pelo fato da doutrina⁵⁶ majoritariamente entender que, até o momento em que ainda não surgiu a confiança legítima na celebração do contrato, os contraentes podem se retirar das negociações preliminares sem apresentar qualquer justificativa. Surgida a confiança legítima na celebração do contrato, a parte que desejar se retirar das tratativas deverá apresentar motivo justo ou legítimo para tal atitude. Tal exigência tem como fundamento o dever de lealdade decorrente da boa-fé objetiva.

Durante muito tempo houve grande controvérsia doutrinária acerca da exigência de motivo legítimo para justificar rompimento das negociações preliminares, no entanto, atualmente tal debate foi superado, restando confirmada a sua necessidade. Nesse sentido, Regis Fichtner estabelece com precisão a função do requisito ao afirmar que a existência de motivo justo faz com que o rompimento seja considerado legítimo e “livra a parte que encerrou as negociações de qualquer responsabilidade por prejuízos em que a parte contrária possa ter ocorrido.”⁵⁷

Embora esteja superado o debate doutrinário acerca da necessidade motivo justo para romper as tratativas, o mesmo não ocorre em relação à definição do que viria se configurar motivo justo ou legítimo capaz de eximir a parte de dever de indenizar. Karina Fritz observa que “motivo justo ou legítimo” é um conceito jurídico indeterminado, ou seja, um conceito cuja extensão e conteúdo são indeterminados.⁵⁸ Segundo os ensinamentos de Rosa Nery e Nelson Nery, conceitos jurídicos indeterminados “são palavras ou expressões indicadas na lei, de

⁵⁶ V. Fichtner, Fritz e Popp. Op. Cit.

⁵⁷ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 331-332.

⁵⁸ FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 28.

conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, as quais devem ser preenchidas de acordo com o caso concreto pelo intérprete”⁵⁹.

Ao analisar o requisito, Karina Fritz⁶⁰ aduz:

[...] 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.

Portanto, tem-se entendido que a legitimidade do motivo não deve ser aferida a partir da análise subjetiva e particular do contraente que deseja romper as tratativas. Não cabe ao contraente que deseja romper as negociações, com base em uma interpretação da sua intenção, examinar se o motivo alegado é justo e legítimo.

Nesse sentido, Karina Fritz⁶¹ observa:

Na valoração da legitimidade dos motivos apresentados para justificar o abandono 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.

No mesmo sentido ensina Almeida Costa⁶²:

O problema da legitimidade da ruptura das não se reconduz, com efeito, à indignação sobre se o seu motivo determinante é ou não justificado do ponto de vista da parte que a efetuou, mas, antes, importa averiguar se, independentemente dessa valoração pessoal, ele pode assumir uma relevância objetiva e de per si prevalente sobre a parte contrária.

Desta forma, na análise desse requisito é fundamental que o magistrado observe se os motivos apresentados pela parte são objetivamente capazes de justificar o rompimento das negociações após despertar na outra parte a expectativa legítima na conclusão do negócio. O intérprete deve analisar no caso concreto se o motivo para a ruptura apresentado pela parte é legítimo. Para tanto, Karina Fritz⁶³ afirma que devem ser observados dois critérios básicos: “o

⁵⁹ NERY JUNIOR, Nelson; Nery, Rosa Maria. *Código civil comentado*. 3 ed. São Paulo: TR, 2005. p. 141.

⁶⁰ FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 29.

⁶¹ Loc.cit.

⁶² ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*, cit., p.62 *apud* FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 29.

⁶³ FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 29.

motivo em si alegado e a adequação do comportamento do autor da ruptura aos padrões de lealdade e honestidade exigidos pela boa-fé objetiva”.

Embora a doutrina e a jurisprudência forneçam alguns exemplos de quais podem vir a ser considerados motivos legítimos para o rompimento das negociações, nenhum motivo pode ser analisado em abstrato e isoladamente pelo magistrado. É fundamental que a análise compreenda o exame do comportamento da parte para verificar se o mesmo está de acordo com os padrões de conduta exigidos pela boa-fé objetiva.

3. O dano indenizável na responsabilidade pré-contratual.

3.1. Conceito de dano.

Assim como ocorre em outras espécies de responsabilidade civil, o dano é requisito fundamental para a configuração da responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada negociações preliminares. A responsabilidade civil somente restará configurada se o comportamento de um contratante causar dano ao outro. Desta forma, além de pressuposto para configuração do dever de indenizar, o dano é também o elemento essencial da responsabilidade civil. Para ilustrar tal importância, Gisela Sampaio da Cruz Guedes⁶⁴ anota que “(...) nos países de língua espanhola, o direito de responsabilidade civil foi reduzido à expressão “*derecho de danos*””.

Não há consenso na doutrina acerca do conceito de dano, isso se deve em grande parte à diversidade de espécies abarcadas pelo conceito. Doutrinadores mais tradicionais, baseados na teoria da diferença, conceituam o dano como a diminuição ou subtração de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza. Como representante dessa corrente podemos citar Antonio Lindbergh C. Montenegro⁶⁵, Carlos Roberto Gonçalves⁶⁶, Sergio Cavaliere Filho⁶⁷ e Sílvio de Salvo Venosa⁶⁸.

⁶⁴ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 50.

⁶⁵ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 8ª ed. Ampl. e atual. pelo novo código civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 10.

⁶⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 545.

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 89.

⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 285.

Desenvolvida por Friedrich Mommsen⁶⁹, a teoria da diferença compreende que o dano é “nada mais que o resultado da diferença entre a situação do lesado antes do evento danoso e aquela que se verifica após a sua ocorrência”. Tal teoria inicialmente esteve calcada na ideia de diminuição patrimonial, mas posteriormente sofreu algumas revisões para abarcar qualquer espécie de diminuição ou subtração de um bem jurídico.

Ao apontar as limitações da teoria da diferença, Gisela Sampaio observa que “(...) a despeito da sua importância, esta teoria não explica, porém, todas as hipóteses de dano, já que parte de uma noção naturalística, e que serve apenas para apontar a existência do dano, mas não indica sua extensão de forma precisa”.⁷⁰

Caio Mário da Silva Pereira conceitua o dano como a lesão ao direito ou interesse da vítima.⁷¹ Enquanto Paulo Nader define o dano como a violação de direito alheio, sendo este patrimonial ou moral.⁷²

Mais recentemente, alguns doutrinadores elaboraram uma noção normativa de dano, segundo a qual dano é a lesão a um interesse juridicamente tutelado. Tais autores defendem que esta definição apresenta a vantagem de colocar o foco da análise sobre o interesse lesado, e não sobre as consequências econômicas ou emocionais da lesão sobre o indivíduo.⁷³

Avançando ainda mais nesse sentido, Anderson Schreiber⁷⁴ propõe a definição de dano como:

uma lesão concreta, como violação de uma regra que tutele não o interesse isoladamente, mas de uma regra que, transcendendo a regulação abstrata de um interesse, estabeleça sua relação com outro interesse igualmente tutelado, de forma a proporcionar ao magistrado um novo espaço de discricionariedade judicial para a seleção dos interesses concretamente tutelados.

Gisela Sampaio⁷⁵, ao analisar os significados da palavra dano, observa que:

[...] o vocábulo “dano”, na generalidade dos casos, traduz-se também em duas acepções que por vezes se confundem: dano tanto pode significar a lesão a um interesse próprio de uma pessoa, quer de ordem material, quer de ordem moral, como também a consequência jurídica da lesão.

⁶⁹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 50.

⁷⁰ Loc. cit.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Atualizador Gustavo Tepedino. 10ª ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 57.

⁷² NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 74.

⁷³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

⁷⁴ Ibid. p. 189.

⁷⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 50.

No entanto, é importante observar que acepção comum da palavra dano não se confunde com a noção jurídica de dano ressarcível, sendo esta sempre mais restrita que aquela⁷⁶. Desta forma, podemos concluir que para o direito nem todo dano é ressarcível.

Nesse sentido, a doutrina tem apresentado uma série de requisitos que devem ser preenchidos para que o dano possa ser considerado indenizável. Segundo Paulo Nader, são necessários três requisitos: a violação à ordem jurídica, com a ofensa a algum direito da vítima; que o dano seja injusto, não amparado por excludente de ilicitude; e que seja certo, e não meramente eventual ou hipotético.⁷⁷ Para Caio Mário, devem ser preenchidos os requisitos de certeza, atualidade (dano ocorrido no momento da responsabilização) e subsistência.⁷⁸ Segundo Sílvio Venosa, o dano deve ser real, atual e certo, mas faz a ressalva de que os danos futuros podem ser indenizados quando consequência razoável de um dano presente.⁷⁹ Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, exige tão somente que o dano seja atual e certo para que haja a obrigação de ressarcimento.⁸⁰ Segundo Pablo Stolze, para que o dano seja reparável, deve haver a conjugação dos seguintes requisitos mínimos: (i) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica, já que todo dano pressupõe a agressão a um bem tutelado, de natureza material ou não, pertencente a um sujeito de direito; (ii) certeza do dano, pois este deve ser efetivo, não abstrato ou hipotético; e (iii) subsistência do dano, uma vez que este deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo.⁸¹

O dano pode ser, ainda, direto ou indireto. Esta classificação refere-se ao interesse juridicamente tutelado que tenha sido violado⁸² e diz que o dano é direto quando ligado diretamente à ação omissão do agente, enquanto o dano indireto releva-se decorrência de um anterior sofrido pela própria vítima ou por outrem, como em efeito cascata,⁸³ sendo, em regra, irressarcível.⁸⁴ O dano reflexo ou em ricochete, por sua vez, apesar de ser apontado como “o dano indireto sofrido por terceiro”,⁸⁵ diz respeito aos sujeitos vitimados, seja por ser o titular do interesse violado, seja por terem uma relação de dependência com a primeira e consiste no

⁷⁶ Loc. cit.

⁷⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil*, cit., p. 76.

⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva PEREIRA, *Responsabilidade civil*, cit., p. 57-59.

⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, cit., p. 287-289.

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, cit., p. 546.

⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. Vol. III: responsabilidade civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 84-86.

⁸² Ibid. p. 93.

⁸³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil*, cit., p. 79.

⁸⁴ MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*, cit., p. 23.

⁸⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil*, cit., p. 79.

prejuízo que atinge reflexamente pessoa próxima, ligada à vítima direta da atuação ilícita,⁸⁶ somente sendo reparável caso “seja certa a repercussão do dano principal, por atingir a pessoa que lhe sofra a repercussão, e esta seja devidamente comprovada”.⁸⁷

Pode-se concluir, por meio dos distintos critérios apontados pela doutrina, que é árdua a tarefa de determinar quais são os danos dignos de reparação e que merecem efetivamente tutela jurídica.

3.2. Interesse positivo e interesse negativo.

Denomina-se interesse positivo aquele que corresponde às vantagens que o credor auferiria caso houvesse ocorrido o cumprimento exato do contrato. Segundo Gisela Sampaio, a indenização do interesse positivo destina-se a “colocar o lesado na mesma situação em que se encontraria se contrato tivesse sido cumprido da maneira correta, reconduzindo-se, como anota Judith Martins-Costa, “aos prejuízos que decorrem do não cumprimento definitivo do contrato, ou do seu cumprimento tardio ou defeituoso”.⁸⁸

Assim, tendo como objetivo colocar o credor na situação em que estaria caso o contrato houvesse sido cumprido, o interesse positivo deve compreender não somente as perdas e danos compreendidos pelo lucro cessante e o dano emergente, mas também outros prejuízos provenientes da inexecução.⁸⁹

Conforme veremos adiante, em sede de responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações preliminares, a ressarcibilidade do interesse contratual positivo é bastante controversa.

Também denominado dano negativo, o interesse negativo corresponde ao interesse da parte em não ser envolvida em tratativas inúteis e desleais.⁹⁰ O objetivo da indenização desse interesse é colocar o contraente lesado na situação em que encontraria caso não houvesse celebrado o contrato ou iniciado as negociações que vieram a se frustrar injustamente.⁹¹ Nos dizeres de Mario Júlio de Almeida Costa⁹²:

O interesse negativo corresponde somente ao prejuízo que o lesado evitaria se não

⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*, cit. p. 91-93.

⁸⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva PEREIRA, *Responsabilidade civil*, cit., p. 65.

⁸⁸ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 126.

⁸⁹ Loc. cit.

⁹⁰ FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 32.

⁹¹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Revista dos Tribunais*, cit., p.127.

⁹² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, cit. p.126.

tivesse, sem culpa sua, confiado em que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a elas inerentes e derivados da boa-fé, *máxime* convencendo-se de que a manifestação da vontade deste entraria no jurídico tal como esperava, ou que havia entrado correcta e validamente.

Segundo Carlyle Popp, o cerne da distinção está na expectativa das partes. No interesse negativo, se tutela a legítima confiança depositada pela parte, no sentido de que as tratativas não serão interrompidas sem justo motivo. Protege-se, também, a boa-fé objetiva, exigindo dos contratantes o respeito, durante toda a negociação, dos deveres laterais de conduta.

Segundo os ensinamentos de Paulo Mota Pinto⁹³:

O interesse negativo e o interesse positivo divergem no plano direccional: ambos se traduzem numa pretensão a uma prestação alheia que é devida, mas o interesse negativo não diz respeito à ‘utilização funcionalmente sucessiva à conclusão e execução do contrato’ (interesse positivo), antes, ‘diz respeito a utilidades ligadas a um desenvolvimento correto e diligente da relação pré-negocial e essencialmente referentes à possibilidade (prejudicada pela violação da boa-fé) de utilização alternativa do bem ou da prestação e , mas em geral, do outros ‘bens’ (actividade, tempo, dinheiro) envolvidos nas tratativas. A diversidade ‘direccional’ entre interesse negativo e interesse positivo excluiria, pois, ‘em via de princípio que o interesse negativo tutelado pela culpa in contrahendo possa dizer respeito à aquisição das utilidades funcionalmente ligadas à execução da operação negocial divisada.

Remonta a Jhering a distinção entre interesse positivo e negativo. Segundo o doutrinador alemão, o dano indenizável na culpa in contrahendo deveria estar limitada ao interesse negativo.

Regis Fichtner conta que, ao se debruçar sobre o dano indenizável na responsabilidade civil pela conclusão do contrato nulo, Jhering sustentou que aquele deu causa a nulidade não pode ser compelido dar o equivalente a obrigação pactuada, posto que “do contrato nulo não pode surgir a obrigação de cumprir a prestação ajustada entre as partes”. Assim, segundo Jhering, a obrigação do responsável pela estipulação do contrato nulo deveria se limitar a conduzir “a parte contrária à mesma situação em que se encontrava no momento anterior à estipulação do negócio, ou recolocá-la em situação idêntica à que estaria, caso o contrato nulo não tivesse sido estipulado”.⁹⁴

De acordo com a tese de Jhering⁹⁵:

⁹³ MOTA PINTO, Paulo. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, vol. 1. Coimbra: Coimbra Ed. 2008, p. 512-513. apud GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 129.

⁹⁴ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., 371-372.

⁹⁵ *Ibid.* p. 372.

O dano indenizável na hipótese de contrato nulo “não coincide com o interesse que a parte tinha na execução do contrato, mas sim com o seu interesse na não-conclusão de um contrato nulo; ou seja, a ele não caberia a indenização do interesse positivo na execução do contrato, mas sim a indenização pelo interesse negativo, que consistia no interesse em não concluí-lo.

Necessário observar que a distinção entre interesse negativo e positivo não se confunde com a distinção entre danos emergentes e lucros cessantes. Observa o autor alemão que tanto o interesse positivo quanto o interesse negativo podem compreender danos emergentes e lucros cessantes.

Regis Fichtner⁹⁶ anota que uma das principais questões sobre o tema é:

saber se a limitação da indenização ao interesse negativo, formulada por Von Jhering para a hipótese de estipulação do contrato nulo, também se aplica à hipótese de responsabilidade pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações contratuais.

Sobre a controvérsia, existem posições divergentes sobre qual deve ser o interesse indenizável. Os autores que defendem a tese da indenização somente do interesse negativo afirmam que, na hipótese de ruptura das tratativas, o contrato ainda não foi celebrado, não cabendo exigir da parte uma prestação. Segundo tais autores, o que foi lesado pelo rompimento injustificado das tratativas é a confiança na conclusão do contrato. Disso resultaria o entendimento de que a parte lesada durante as tratativas não possui direito ao estabelecimento de uma relação jurídica contratual e assim, não pode pretender a indenização “pelas vantagens que o contrato, se estipulado, iria lhes trazer”⁹⁷, ou seja, do interesse positivo.

Assim, não é a obrigação em celebrar o contrato que pode ser violada durante as tratativas, mas sim a confiança legítima do contraente em celebrá-lo. Dessa forma, a responsabilidade pela ruptura das tratativas deve estar restrita aos prejuízos decorrentes da confiança legítima na celebração do contrato. Tais prejuízos devem compreender as despesas que a parte efetuou no desenrolar das negociações preliminares, eventualmente abarcando os prejuízos decorrentes da perda de algum negócio tenha perdido em decorrência das negociações que se frustraram posteriormente.⁹⁸

Segundo Almeida Costa⁹⁹:

Quando se atende ao interesse negativo, é ressarcível o dano resultante de violação da confiança de uma das partes na probidade e lisura do procedimento da outra por ocasião dos preliminares e da formação do contrato.

⁹⁶ Ibid. p. 375.

⁹⁷ Ibid. p. 377.

⁹⁸ Ibid. p. 378.

⁹⁹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, cit. p.74. *apud* FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 38.

Assim, Regis Fichtner observa que a natureza da responsabilidade por ruptura das tratativas faz com que seja aplicável a esse tipo de responsabilidade no sistema brasileiro, em princípio, a teoria do interesse negativo, formulada por Jhering para a hipótese de estipulação de contrato nulo.¹⁰⁰

No entanto, a tese da ressarcibilidade exclusiva do interesse negativo nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das tratativas tem sido objeto de controvérsia doutrinária. Parte da doutrina tem defendido também o ressarcimento do interesse positivo nos casos em que o contraente lesado provar que, não houvesse ocorrido a violação do dever de lealdade, o contrato seria concluído.¹⁰¹

A tese da ressarcibilidade do interesse negativo vem sendo hoje em dia substituída pela ideia de dano decorrente da confiança no estabelecimento do contrato. Trata-se do que se convencionou chamar de “dano de confiança”, dentro do que se entende por “interesse negativo”. O conceito de dano da confiança tem sido utilizado por grande parte da doutrina alemã e apresenta um espectro atuação mais amplo que a ideia de interesse negativo, sendo definido pela doutrina como “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.”¹⁰²

Manfred Wolf¹⁰³ é um dos defensores dessa tese. Segundo o autor, em princípio se deve indenizar somente o interesse negativo, chamado pelo autor de interesse da confiança (despesas realizadas em decorrência da confiança na conclusão do negócio), no entanto, em casos específicos, o ressarcimento poderia abarcar também o interesse positivo (interesse no cumprimento). Tal tese se justificaria porque o objetivo da indenização é conduzir o contraente lesado à posição que se encontraria se o dever de agir de acordo com a boa-fé não houvesse sido violado.

Antônio Junqueira de Azevedo defende que o dano emergente e o lucro cessante indenizável na responsabilidade pré-contratual deve ser o do interesse negativo¹⁰⁴. Entretanto,

¹⁰⁰ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 378.

¹⁰¹ LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts. Band I*. München: C. H. Beck'sche, 1982, p. 113 *apud* PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 383.

¹⁰² FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 32.

¹⁰³ WOLF, Manfred. *Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts*. Athenäum Verlag, 1972, p. 144-145. *apud* FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 32.

¹⁰⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Revista de Direito do Consumidor*, cit., p. 24.

excepcionalmente se admite a indenização do interesse positivo na responsabilidade pela ruptura das tratativas, quando tal ruptura tornar inviável a celebração do contrato projetado com terceiro.

No entanto, observa Fritz¹⁰⁵ que tal entendimento é minoritário na Alemanha, prevalecendo na doutrina a tese do ressarcimento exclusivo do dano da confiança (interesse negativo).

Posicionando-se de acordo com a doutrina majoritária, Almeida Costa observa que a indenização do interesse positivo poderia colocar em risco a existência da responsabilidade pré-contratual, dado que a indenização teria como fundamento a violação de um dever celebração do contrato e não a ruptura injustificada das tratativas.¹⁰⁶

Na doutrina e jurisprudência brasileira predomina o entendimento de que a indenização decorrente da responsabilidade por rupturas das negociações preliminares engloba somente o interesse negativo que, por sua vez, é compreendido pelos danos emergentes e lucros cessantes.

A doutrina tradicional nega a indenização do direito positivo, em razão do princípio da liberdade contratual, da autonomia da vontade, ou seja, porque as partes têm direito de delimitar o conteúdo do contrato e a vontade de concretizá-lo. Assim, mesmo existindo a ruptura injustificada das negociações, subsistiria o direito de indenizar, mas não se poderia obrigar as partes ao cumprimento compulsório do contrato.

Nesse sentido manifestou-se o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação Cível nº 2002.002.0487832, cuja ementa segue abaixo:

Responsabilidade civil pré-contratual. Princípio da boa-fé objetiva e do interesse contratual negativo. Em princípio, as negociações preliminares não vinculam as partes. Entretanto, o período das tratativas deve ser norteado pelo princípio da boa-fé objetiva, segundo o qual as partes que estão em vias de contratar devem agir com lealdade recíproca. *Violado tal princípio, surge o dever de indenizar, fundado, também, no princípio do interesse contratual negativo, isto é, na frustração da fundada esperança de vir a contratar em razão da conduta culposa de uma das partes. Indenização restrita ao real montante suportado: não cabe o ressarcimento como se o contrato estivesse validamente formado.* Indenização já coberta pela comercialização indevida do produto. A utilização indevida da marca, com a comercialização dos CD's, antes de firmado o contrato, gera também direito à indenização. Sentença de procedência parcial da pretensão autoral e da reconventional, a ser mantida. Negado provimento a ambos os recursos.

¹⁰⁵ FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 32.

¹⁰⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Op. cit. p. 75-76.

O Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁷ possui julgado no mesmo sentido:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL. QUANTIFICAÇÃO DO DANO. INTERESSES CONTRATUAIS POSITIVOS E NEGATIVOS. IRRESIGNAÇÃO DESPROVIDA.

1. Aplicabilidade do CPC/73 ao recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: 2. Em caso de responsabilidade civil pré-contratual, o proponente não pode pretender, a título de reparação de danos, indenização equivalente à vantagem que teria obtido com o próprio negócio jurídico que nunca se concretizou (interesses positivos).

3. Verificada a antijuridicidade no rompimento de tratativas negociais, a responsabilidade civil pré-contratual que se estabelece cobre apenas as despesas realizadas para finalização do negócio jurídico frustrado ou em razão dessa mesma operação. (interesses negativos).

4. Recurso especial não provido.

(Resp. 1641868/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 06/09/2018)

Segundo Regis Fichtner, o escopo da responsabilidade pré-contratual não é compensar o contraente lesado pelo resultado que seria obtido com a conclusão do contrato, mas sim compensá-lo adequadamente pela frustração de não celebrar o contrato. Assim, para o autor, a ressarcibilidade do interesse positivo extrapolaria a finalidade da responsabilidade pré-contratual.¹⁰⁸

Entretanto, o mencionado autor observa que no caso concreto, o intérprete não deve se apegar à distinção entre interesse positivo e negativo, mas sim à finalidade da responsabilidade pré-contratual por ruptura das tratativas. Dessa forma, considerando que a finalidade é tutela da confiança do contraente que confiou na celebração do contrato que não veio a ser concluído, os danos indenizáveis são os decorrentes dessa confiança. Nesse sentido, o autor defende que, em situações excepcionais, os danos indenizáveis podem abarcar o que o contraente obteria se o contrato houvesse sido celebrado. Tal hipótese se configuraria quando a violação da boa-fé objetiva implicasse na perda da possibilidade de o contraente celebrar o mesmo contrato com terceiros.¹⁰⁹

Assim, observa-se que a posição de Regis Fichtner acerca do interesse ressarcível está mais próxima do conceito de danos da confiança do que da clássica distinção entre interesse positivo e interesse negativo.

¹⁰⁷ STJ. Resp. 1641868/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro. Terceira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 06/09/2018.

¹⁰⁸ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 385.

¹⁰⁹ Loc. cit.

Ao defender tal possibilidade, Regis Fichtner menciona o famoso caso dos tomates da CICA¹¹⁰ que possui a seguinte ementa:

CONTRATO. TRATATIVAS. "CULPA IN CONTRAHENDO". RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA ALIMENTICIA, INDUSTRIALIZADORA DE TOMATES, QUE DISTRIBUI SEMENTES, NO TEMPO DO PLANTIO, E ENTÃO MANIFESTA A INTENÇÃO DE ADQUIRIR O PRODUTO, MAS DEPOIS RESOLVE, POR SUA CONVENIENCIA, NÃO MAIS INDUSTRIALIZA-LO, NAQUELE ANO, ASSIM CAUSANDO PREJUÍZO AO AGRICULTOR, QUE SOFRE A FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE VENDA DA SAFRA, UMA VEZ QUE O PRODUTO FICOU SEM POSSIBILIDADE DE COLOCAÇÃO. PROVIMENTO EM PARTE DO APELO, PARA REDUZIR A INDENIZAÇÃO A METADE DA PRODUÇÃO, POIS UMA PARTE DA COLHEITA FOI ABSORVIDA POR EMPRESA CONGENERE, AS INSTÂNCIAS DA RE. VOTO VENCIDO, JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO. (12FLS - D.) (Apelação Cível Nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06/06/1991)

Nesse episódio, um agricultor do Estado do Rio Grande do Sul plantava anualmente tomates, cujas sementes eram fornecidas pela CICA (Companhia Industrial de Conservas Alimentícias), sendo certo que, na época da colheita, a referida empresa sempre adquiria a produção, visando a posterior industrialização. Ocorre que, em determinado ano, a CICA deixou de comprar o produto, apesar de ter entregado as sementes e ter sido realizada a plantação por parte do agricultor, como habitualmente acontecia.

Em razão da negativa de compra, o agricultor propôs ação visando a reparação pelos danos sofridos em razão da colheita, uma vez que não conseguiu vendê-la.

O julgamento da ação coube ao então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, posteriormente Ministro, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que proferiu o seguinte voto:

Tanto basta para demonstrar que a ré, após incentivar os produtores a plantar a safra de tomate – instando-os a realizar despesas e envidar esforços para plantio, ao mesmo tempo em que perdiam a oportunidade de fazer o cultivo de outro produto – simplesmente desistiu da industrialização do tomate, atendendo aos seus exclusivos interesses, no que agiu dentro do seu poder decisório. Deve, no entanto, indenizar aqueles que lealmente confiaram no seu procedimento anterior e sofreram o prejuízo. [...] Confiaram eles lealmente na palavra dada, na repetição do que acontecera em anos anteriores [...].

¹¹⁰ TJ-RS. AC: 591028295 RS. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Data de Julgamento: 06/06/1991, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/08/1991.

Este julgado, portanto, seria um exemplo das hipóteses em que se poderia admitir a indenização pelo interesse positivo do contrato, além de se vislumbrar a aplicação do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*.

Outra questão controvertida acerca do dano na responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das tratativas diz respeito à possibilidade de limitação do dano indenizável tendo por base o interesse positivo. Trata-se de saber se o valor da indenização do interesse negativo pode ser superior ao valor que o contraente lesado obteria com a execução do contrato.

Acerca da controvérsia, leciona Karina Fritz¹¹¹:

Trata-se, em síntese, de saber se o quantum indenizatório (interesse negativo) pode superar o que 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 se o contrato fosse celebrado.

Existem argumentos nos dois sentidos. Os defensores da limitação da indenização, tendo como parâmetro o interesse positivo, utilizam como argumento a ideia de que a parte lesada pela ruptura injustificada das tratativas não pode ser colocada em uma situação melhor do que a estaria caso o contrato houvesse sido celebrado.

Karina Fritz¹¹² observa que, apesar do argumento apresentado pelos defensores da limitação da indenização ser bastante razoável, não seria justo que a parte lesada fosse impedida de ser indenizada integralmente pelos prejuízos causados pelo comportamento desleal da contraparte, sendo obrigada a suportar o excedente ao valor do interesse positivo.

Segundo Almeida Costa, apesar de não parecer razoável admitir que o contraente lesado seja colocado em situação mais vantajosa do que conseguiria com a celebração do contrato, sob a ótica da responsabilidade civil, a indenização não deve estar limitada, pois ela tem o escopo de “ressarcir os danos sofridos pelo lesado que se encontrem numa relação de causalidade adequada para com o facto gerador da responsabilidade.”¹¹³

No mesmo sentido, Karl Lorenz afirma que “o dano da confiança não é em sua extensão limitado através do interesse do cumprimento”.¹¹⁴

¹¹¹ FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 37.

¹¹² *Ibid.* p. 38.

¹¹³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Op. cit. p.84, apud PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 389.

¹¹⁴ LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Atualizado por Manfred Wolf. München: C. H. Beck, 2004, p. 606 apud FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 38.

Posicionando-se contrariamente a tal limitação, Regis Fichtner¹¹⁵ apresenta uma hipótese bastante interessante para justificar sua posição, na qual determinada pessoa inicia negociações preliminares para celebração de um contrato, tendo como único objetivo impedir que a contraparte contrate com outrem, sem que exista verdadeira intenção de concluir o negócio. Nesse caso, observa-se que o agente agiu dolosamente com a finalidade de obstar que a contraparte celebrasse contrato com terceiros. Muito sabiamente, Fichtner anota que não seria razoável que se limitasse a indenização da parte prejudicada ao valor que poderia ser obtido com a celebração e consequente execução do contrato negociado, se os prejuízos decorrentes da conduta dolosa da contraparte ultrapassam esse valor.

Portanto, conclui-se que, dadas as características e a finalidade da responsabilidade pré-contratual por ruptura das tratativas, o parâmetro utilizado para definir a extensão da indenização não pode ser outro que não a análise dos danos efetivamente suportados pelo contraente que legitimamente confiou na celebração do contrato, ainda que, eventualmente, tais danos superem o valor do contrato que teve sua conclusão frustrada.

3.3. Danos emergentes e lucros cessantes

A redação do artigo 402 do código civil de 2002 estabelece que “salvo exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que efetivamente deixou de lucrar”.

Dessa forma, tanto a lei quanto a doutrina estabelecem que o dano patrimonial compreende tanto o dano emergente quanto o lucro cessante, de modo que se permita o ressarcimento integral dos prejuízos sofridos, com o objetivo de reconduzir o lesado a uma situação de equivalência ao momento anterior à lesão – *status quo ante*.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que o dano emergente ou positivo se refere à efetiva e imediata redução patrimonial sofrida em razão do evento lesivo, podendo consistir na diminuição do ativo ou no aumento do passivo, o que torna sua análise mais simples, em regra¹¹⁶.

No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosendal anotam que os danos emergentes correspondem aos valores efetivamente perdidos pelo ofendido, em razão da lesão. Tal lesão causa um desfalque atual em seu patrimônio real e efetivo, acarretando imediato

¹¹⁵ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 390.

¹¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 620.

déficit patrimonial. Salieta ainda, que o dano emergente compreende tanto a redução do ativo quanto o aumento do passivo¹¹⁷.

Em matéria de responsabilidade pré-contratual por ruptura das tratativas, Karina Fritz¹¹⁸ observa que o dano emergente consiste naquilo que a parte gastou na negociação do contrato.

Regis Fichtner aduz que os danos emergentes podem compreender assistência jurídica, assessoria técnica, viagens, despesas notariais, despesas com colocação de imóveis, automóveis, equipamentos e despesas com obras gerais.¹¹⁹

Antônio Chaves¹²⁰ chama a atenção para o fato de que:

Entre esses prejuízos ‘não remotos’, além das despesas propriamente ditas conceituam-se os decorrentes da imobilização do capital que guardava a sua aplicação, ou as incorridas pela parte para obter esse mesmo capital a sua disposição.

Ou seja, o autor defende que devem também ser indenizados como danos emergentes os prejuízos causados pela imobilização do capital investido no negócio que veio a ser frustrar em decorrência de um comportamento desleal da contraparte.

Ainda segundo o referido autor, para o preenchimento do requisito do dano indenizável na responsabilidade pré-contratual por ruptura das tratativas, bastam os prejuízos causados pelo tempo desperdiçado com negociações preliminares ou o fato do trabalho despendido ter se tornado inútil.¹²¹

Embora a doutrina enumere uma série exemplos, há uma controvérsia relevante sobre a identificação das despesas indenizáveis em matéria de danos emergentes. A problemática diz respeito à definição da extensão do período indenizável, ou seja, trata-se definir se devem ser indenizadas todas as despesas efetuadas desde o início das negociações ou somente aquelas realizadas a partir do momento em que o contraente podia legitimamente confiar na conclusão do contrato.

Karina Fritz anota que na jurisprudência e doutrina alemãs tem prevalecido o entendimento segundo o qual não devem ser indenizadas todas as despesas realizadas durante

¹¹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Vol. II. 5ª Ed, Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011, p. 574.

¹¹⁸ FRITZ, Karina Nunes: *Revista de Direito Privado*, n. 29, cit., p. 34.

¹¹⁹ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 390.

¹²⁰ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*, cit., p. 214.

¹²¹ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 390-391.

as negociações, mas somente aquelas realizadas após o momento em que se configurou confiança legítima na celebração do contrato.¹²²

Nesse sentido, Helmut Heinrichs¹²³ ensina que:

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.

Fritz ensina que, como regra geral, durante as tratativas, quem realiza despesas antes do surgimento da certeza na celebração do contrato, o faz por sua conta e risco, devendo as suportar caso as negociações se frustrem.¹²⁴

Nesse sentido, observa Jürgen Basedow que:

[...] em princípio, cada uma age por seu próprio risco, quando, não obstante, já agora efetua despesas em confiança à esperada conclusão do contrato. Por estes não pode, conseqüentemente, exigir indenização quando a outra parte interrompe as negociações posteriormente, ainda que inesperadamente e sem motivo evidente.¹²⁵

Ao analisar a questão, Regis Fichtner conclui que não devem ser ressarcidas todas as despesas realizadas durante a negociação, mas somente aquelas despesas decorrentes da conduta desleal da contraparte. Tal conduta se configura quando, após criar na contraparte a confiança legítima na celebração do contrato, a parte rompe as tratativas injustificadamente, violando os deveres impostos pela boa-fé objetiva.¹²⁶

Quanto ao lucro cessante, Caio Mário o conceitua como “tudo aquilo que a vítima deixou “razoavelmente” ganhar em virtude da inexecução da obrigação”.¹²⁷ No que diz respeito a este trabalho, o mais adequado seria a definição do lucro cessante como tudo aquilo que a parte deixou de ganhar em decorrência do evento lesivo, tendo em vista que a responsabilidade pré-contratual por ruptura das tratativas, majoritariamente, tem como fundamento a violação dos deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva e não o inadimplemento de uma obrigação.

¹²² FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p.35.

¹²³ HEINRICHS, Helmut. *Palandt –Bürgerliches Gesetzbuch*. München: C.H. Beck,2002, p. 168, *FRITZ*, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 35.

¹²⁴ *Ibid.* p. 36.

¹²⁵ BASEDOW, Jürgen. *Münchener Kommentar - §§ 241-432*, v. 2, München: C. H. Beck, 2003, p. 168, *apud* FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 36.

¹²⁶ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 400-401.

¹²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, cit., p. 620.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald conceituam os lucros cessantes, também denominados lucros frustrados, como o acréscimo patrimonial auferido ao ofendido, caso a obrigação contratual ou legal não houvesse sido descumprida. Seria o “reflexo futuro do ato lesivo sobre o patrimônio do credor”¹²⁸.

Desta forma, devem ser indenizáveis a título de lucros cessantes tudo que a parte razoavelmente deixou de ganhar desde o dia da lesão. Como bem coloca Arnaldo Marmitt, “no lucro cessante a expectativa de lucro deixou de agregar-se ao patrimônio do lesado”¹²⁹

Caio Mário e Nelson Rosenvald chamam atenção para o sentido da expressão “razoavelmente” presente no artigo 402 do código civil brasileiro. Segundo os autores, tal expressão não se refere ao montante que a vítima deixou de auferir em decorrência da lesão, mas a um lucro que “provavelmente” ingressaria em seu patrimônio. Portanto, o dispositivo legal não visa o ressarcimento do lucro meramente imaginário ou hipotético, devendo a parte apresentar provas da existência de prejuízo futuro e provável. Nesta análise, o julgador desempenha um papel importantíssimo ao, de acordo com o princípio da razoabilidade, examinar através de dados objetivos a probabilidade de a parte auferir os lucros alegados, caso não houvesse sido vítima de uma lesão causada pela ruptura ilegítima das tratativas.

Em sede de responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das tratativas, o lucro cessante costuma ser identificado pela doutrina como a perda concreta de outras oportunidades de negócios, decorrente do envolvimento em negociações preliminares. Trata-se da hipótese em que um dos contraentes deixa de contratar com terceiros devido ao fato de estar envolvido em negociações com outra parte, a qual, após incutir a confiança na celebração do contrato, rompe injustificadamente as tratativas.¹³⁰

Além da perda de um negócio, a doutrina menciona que também que estão compreendidos nos lucros cessantes a perda de lucros decorrente do não-investimento de capitais reservados para aplicação nas negociações contratuais.

Karina Fritz anota que alguns doutrinadores clássicos defendiam que os lucros cessantes não deveriam ser indenizáveis no caso de rompimento injustificado das negociações devido à falta de causalidade direta entre os acontecimentos. No entanto, tal tese é minoritária,

¹²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações.*, cit., p. 574.

¹²⁹ MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p.15, *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações.*, cit., p. 574.

¹³⁰ FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 34.

prevalecendo na doutrina o entendimento segundo o qual os lucros cessantes integram a indenização pela ruptura injustificada das tratativas.¹³¹

De fato, não parece razoável que seja privada de indenização a parte que deixou de contratar com terceiro, quando legitimamente podia. Tal privação constituiria uma punição para a parte que se comportou de acordo com os padrões de conduta exigidos pela boa-fé objetiva e deixou de aceitar melhor proposta por acreditar que a outra parte se comportaria da mesma forma.

Regis Fichtner observa que, em princípio, a parte envolvida em negociações contratuais não está impedida de concretizar o negócio com terceiros. No entanto, o comportamento da contraparte muitas vezes cria a expectativa legítima na celebração do contrato e inibe a celebração de contrato com terceiros.¹³²

O trecho seguinte resume bem tal situação:

Por outro lado, a confiança que a outra parte incute ao contraente de que o contrato em negociação será estipulado pode fazer com que tal contraente recuse outras possibilidades de contratos durante o desenrolar das negociações. Se a contraparte com quem vinha negociando, sem qualquer justificativa, simplesmente desiste do contrato planejado e rompe as negociações, transparece clara possibilidade de obtenção de indenização por de boa-fé confiado na estipulação do contrato e perdido outras oportunidades que lhe apareceram.¹³³

A doutrina ensina que a indenização dos lucros cessantes decorrente da perda de outras oportunidades de negócios não deve se basear em meras suposições, mas sim em perda concreta do negócio.¹³⁴

É o que sustenta Maria Paz Garcia Rúbio¹³⁵ ao afirmar 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, que requer demonstrar a existência de efetiva, e não sustentada por meras conjecturas, dessas outras oportunidades negociais, prova dificultosa.

¹³¹ Loc. cit.

¹³² PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p. 394.

¹³³ Loc. cit.

¹³⁴ V. PEREIRA, Regis Fichtner. Op. cit. e FRITZ, Karina Nunes. Op. cit.

¹³⁵ GARCIA RUBIO, Maria Paz. *La responsabilidad precontractual em el derecho spanöl*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 234, *apud* FRITZ, Karina Nunes. *Revista dos Tribunais*, cit., p. 35.

Assim, para justificar o deferimento de indenização dos lucros cessantes não basta apresentar provas da probabilidade de celebração de outro negócio, mesmo que esta seja razoável.

Ao analisar a ressarcibilidade dos lucros cessantes, Regis Fichtner defende que o magistrado deve ser bastante cauteloso na concessão da indenização de tal natureza. Para tal, cabe ao magistrado, diante do caso concreto, analisar como base em dados objetivamente aferíveis se houve perda concreta de um negócio.¹³⁶

Diante do exposto, não restam dúvidas de que seja devida a indenização àquele que prova que deixou efetivamente de contratar com terceiro em virtude da sua confiança legítima na celebração do contrato que negociava. A indenização nesse caso se destina a ressarcir os prejuízos decorrentes do abandono injustificado das tratativas. Tal conduta não se coaduna aos deveres impostos pela boa-fé objetiva.

4. Conclusão.

Diante do que foi exposto ao longo desse trabalho, pode-se concluir que a responsabilidade civil pré-contratual é uma figura ampla que contempla quatro hipóteses típicas de responsabilização: (a) responsabilidade pela ruptura das negociações preliminares; (b) responsabilidade por danos causados à pessoa ou aos bens do outro contraente durante as negociações preliminares; (c) responsabilidade pela constituição de contrato inexistente, nulo ou anulável; e (d) responsabilidade por danos causados por fatos ocorridos na fase de negociações, quando tenha sido validamente constituído o contrato.

A responsabilidade pré-contratual é aplicada no direito brasileiro, apesar de não existir no Código Civil regra expressa sobre o instituto. Tendo sua aplicação viabilizada pela construção doutrinária e a jurisprudencial, que a fundamentam na violação da boa-fé objetiva.

Na responsabilidade pré-contratual por ruptura tratativas, as negociações preliminares criam entre os contraentes um contato social qualificado, estabelecendo entre eles uma relação jurídica pré-contratual que faz com que surjam deveres de conduta decorrentes da incidência do princípio da boa-fé objetiva.

¹³⁶ PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, cit., p.394.

Embora inicialmente as partes sejam livres para interromper as negociações preliminares sem qualquer justificativa, arcando cada uma com as despesas realizadas ao longo do período, tal comportamento é vedado quando uma das partes objetivamente incute na outra confiança legítima de que o contrato será celebrado, dando ensejo à responsabilidade civil.

São requisitos específicos para a configuração da responsabilidade por ruptura injustificada das tratativas: (a) existência de negociações preliminares; (b) confiança legítima na celebração do contrato; e (c) rompimento injustificado. Como hipótese de responsabilidade civil, também são necessários à sua configuração os requisitos genéricos do dano, culpa e nexo de causalidade entre o ato lesivo e o dano.

O dano indenizável na responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações preliminares é normalmente o decorrente do interesse negativo. No entanto, tem se admitido, excepcionalmente, a indenização do interesse positivo, quando o rompimento das tratativas tiver tornado inviável a conclusão de contrato projetado com terceiro.

A noção de interesse negativo vem sendo substituída pela doutrina especializada no tema pela noção de *dano da confiança*.

O dano indenizável na responsabilidade por ruptura injustificada das negociações preliminares deve compreender o dano emergente e os lucros cessantes com vistas à integral reparação dos prejuízos.

A indenização na responsabilidade civil por ruptura injustificada das tratativas não pode estar limitada ao que a parte obteria com a execução do contrato que não veio a ser celebrado.

Por fim, a indenização por perda de uma chance, embora não analisada pela doutrina, parece ser perfeitamente adequada na hipótese de ruptura injustificada das tratativas.

Referências.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9 ed. Coimbra: Almedina, 2005.

_____. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra, 1984.

BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970.

CAPELLARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2 ed. São Paulo: Lexus, 1997.

Código civil comentado.

DEPERON, Mariana Pazianotto. *Responsabilidade civil pela ruptura ilegítima das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. *Direito das obrigações*. Vol. II. 5 ed., Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011.

FRITZ, Karina Nunes. A boa-fé objetiva e sua incidência na fase negocial: um estudo comparado com base na doutrina alemã. In: *Revista de Direito Privado*, n. 29. São Paulo: RT, Jan-Mar/2007.

_____. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. In: *Revista dos Tribunais*, ano 98, vol. 883, maio 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. Vol. III: responsabilidade civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. *Direito civil brasileiro*. Vol. 3: contratos e atos unilaterais. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999.

MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*. 1 ed. 2ª tiragem, São Paulo: RT, 2000.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Ressarcimento de danos*. 8 ed. ampliada e atualizada pelo novo código civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Vol.1, Coimbra: Coimbra Ed. 2008.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Vol. 7: responsabilidade civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Do contrato conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. Curitiba: Juruá. 2008.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. II. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

_____. *Instituições de direito civil*. Vol. III. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

_____. *Responsabilidade civil*. Atualizador Gustavo Tepedino. 10 ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VARGAS Valmir Antonio. *Responsabilidade civil pré-contratual*. Curitiba: Juruá. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.