

REFLEXOS DA BOA-FÉ NA RESPONSABILIDADE PRÉ- CONTRATUAL

Phenélope Carvalho de ALMEIDA¹

Resumo: O presente trabalho não tem como escopo exaurir a análise da boa-fé em todos os seus elementos, mas sim, fazer uma abordagem objetiva quanto a alguns de seus principais elementos gerais, para culminar com o questionamento da existência de um tema específico inserido neste instituto, que será a responsabilidade pré-contratual.

Palavras-chaves: Boa-fé. Responsabilidade pré-contratual.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa não tem como escopo exaurir a análise da boa-fé em todos os seus elementos, mas sim, fazer uma abordagem objetiva quanto a alguns de seus principais elementos gerais, para culminar com o questionamento da existência de um tema específico inserido neste instituto, que será a responsabilidade pré-contratual.

Inicialmente, ao mencionar a *bona fides*, poder-se-ia, ter numa visão simplista, dizendo que a mesma não passaria de um princípio de ordem moral, ou talvez no âmbito jurídico, um mero princípio geral do direito, não consubstanciado em nenhuma norma.

¹ Aluna da Pós-graduação das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente

DESENVOLVIMENTO DO TEMA

Mas, hoje, essa visão não merece guarida, primeiro porque a boa-fé foi reconhecida em vários dispositivos do Código Civil, e, mais do que isso, ela foi colocada no patamar de norma de ordem pública, conferindo caráter indisponibilidade em seu cumprimento, determinando que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos segundo o que determina parágrafo único do artigo 2.043. Aqui convém ressaltar que, embora, a boa-fé não tenha sido colocada de modo expresse, foi reconhecida como uma decorrência lógica, posto que ela é um preceito, e por isso, deve ser observada.

Se não resta dúvida quanto ao seu reconhecimento e sua existência pela legislação, então, qual seria sua função? Seria meramente interpretativa?

Na verdade a boa-fé apresenta várias facetas quanto à sua função, quais sejam: interpretativa, de controle no exercício de direitos, respectivamente nos artigos 113 e 187 do Código Civil e, por fim, a função de integração de um negócio.

Não é apenas a lei que atribui essas funções, a doutrina aponta como ela deve ser observada:

Boa-fé como cânone interpretativo-integrativo. Boa-fé como norma de criação de deveres jurídicos e de limitação ao exercício de direitos subjetivos. Boa-fé como dever da pessoa em oposição à autonomia como direito do indivíduo. “(Negreiros, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pgs. 224-251)

Convém explicar que a boa-fé deve ser observada não só em sede de direito obrigacional, mas em todas as vertentes do direito, como se verifica exemplificativamente, no direito das coisas, parágrafo único da artigo 1.201 e em direito de família, artigo 1561, ambos do Código Civil.

Outra indagação consiste em saber qual a relação da boa-fé, com os ditos deveres anexos de conduta.

Ela por estar intimamente ligada ao princípio da probidade, pode ser considerada como o maior fundamento que enseja o reconhecimento de outros deveres das partes, que embora, não previstos de forma expressa, são de observância obrigatória, para que a boa-fé seja prestigiada.

Neste sentido bem expõe a doutrina:

“Da funcionalidade da boa-fé decorrem subprincípios, como o do equilíbrio entre as prestações, nos contratos bilaterais e sinalagmáticos, da vedação das condutas contraditórias e o da proteção das justas expectativas dos partícipes da relação obrigacional e de terceiros eventualmente atingidos, direta ou indiretamente.” (Martins-Costa, Judith. Comentários ao novo Código civil, vol. V, tomo 1 : do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro; Forense, 2003, p. 94)

E ainda nesta diapasão:

“ O princípio da probidade versa sobre um conjunto de deveres, exigidos nas relações jurídicas, em especial, os de veracidade, integridade, honradez e lealdade. Desse princípio decorre logicamente o da boa-fé, que reflete não apenas uma regra de conduta, mas consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do Código Civil de 2002.”(Monteiro, Washington de Barros. Curso de direito civil: direito das obrigações, vol. 5, 34 ed. rev. Atual., por Carlos Washington, Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11)

Contudo, esses deveres anexos por não estarem expressos, não trariam insegurança jurídica, ao lado de tentas cláusulas abertas inseridas pelo legislador do novo código?

Para os positivistas de plantão, diriam que sim, mas para aqueles que vêem no fenômeno jurídico, algo muito além de meras normas escritas, vislumbrando

valores maiores , como entende o jurista Miguel Reale (Teoria Tridimensionalista), diriam que não categoricamente.

O direito como ciência humana que é, sofre reflexos das mudanças que ocorrem no mundo extra-jurídico. Partindo desse pressuposto, verifica-se que as relações jurídicas, por muitas vezes, deixaram de ser simples, alcançando um patamar de complexidade tal, que não daria mais para conceber um sistema jurídico formado apenas por cláusulas fechadas, que acabaria por deixar muitos casos *sui generis* sem a devida tutela jurisdicional. Eis aí , a razão de ser de tantas cláusulas abertas e o reconhecimento expresso de inúmeros princípios, entre eles o da boa-fé.

A boa-fé inserida no sistema de cláusulas abertas, faz com que as partes e o aplicador do direito, estabeleçam novas formas de interpretação do negócio jurídico.

“Sistemas de cláusulas abertas, exige, uma nova forma de interpretação dos negócios, das lides, da solução de conflitos. A aplicação da cláusula geral de boa-fé exige, do interprete, uma nova postura, no sentido de substituição do raciocínio formalista, baseado na mera subsunção do fato à norma, pelo raciocínio teleológico ou finalístico na interpretação das normas jurídicas, com ênfase a finalidade que os postulados normativos procuram atingir.” (Schmidt da Silva, Agathe E. Cláusula Geral da boa-fé nos contratos de consumo, *in* Revista do Consumidor, nº 17, Revista dos Tribunais, 1996, p. 156)

Como se não bastasse a doutrina se manifestar acerca do reconhecimento dos deveres anexos, a Superior Tribunal de Justiça já se manifestou em sentido positivo:

“Deveres contratuais anexos. Violação. Inadimplemento. Jornada 24: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

Neste momento, ainda que, de forma objetiva, não se poderia deixar de fazer menção a três situações que têm como alicerce a boa-fé. Primeira delas diz respeito à proibição de condutas contraditórias, consagrada pela expressão *venire contra factum*

proprium, busca-se com isso, fazer com que os indivíduos tomem atitudes coerentes do começo ao fim, nos negócios em geral. Logo em seguida, tem-se a *supressio*, que nada mais é do que a perda de um direito pelo seu não exercício ao longo de determinado período; e por fim há situação diametralmente oposta, no sentido de que um agente adquire um dado direito, inicialmente não previsto, em razão de condutas reiteradas, que se consubstancia na expressão *surrectio*. Dentre elas, sem sombra de dúvida, a primeira é fundamento forte para a responsabilidade pré-contratual, em virtude da ruptura das tratativas preliminares.

Superadas as fases de reconhecimento da boa-fé pelo novo código e suas funções, passa-se, a outro aspecto relevante, isto é , a dualidade dos conceitos da boa-fé.

Reconhece-se que a boa-fé possa ter uma denotação subjetiva, atrelada ao conceito de ignorância, de crença equivocada da realidade, portanto, algo interno e ao mesmo tempo possui uma vertente objetiva, que é aquela que se refere, diante das circunstâncias, a um comportamento esperado naquela situação, e , assim, seria externa.

Embora não exista uma unanimidade no sentido que qual dos dois conceitos deva estar presente no campo do direito obrigacional, há tendência pela de caráter objetivo.

Um exemplo disto é o que preconiza o entendimento doutrinário:

“A boa-fé referida no artigo 422 do Código é a boa-fé objetiva”(Pereira, Caio Mário da Silva.Instituições de direito civil, vol. III. Declaração Unilateral de Vontade / Responsabilidade Civil. 11 ed. atual. por Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20)

E ainda:

“Tanto nas tratativas, como na execução, bem como na fase posterior de rescaldo do contrato já cumprido (responsabilidade pós-obrigacional ou pós- contratual) a boa-fé objetiva é fator basilar de interpretação.Dessa forma, avalia-se sob a boa-fé objetiva tanto na

responsabilidade pré-contratual, como a responsabilidade contratual e a pós-contratual.”(Venosa, Silvio de Salvo.Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. vol. III. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 380)

O conceito de boa-fé objetiva parece ser mais complexo e de difícil visualização, num primeiro momento, por verifica-se, logo mais, um conceito claro e direcionador:

“A boa-fé denominada objetiva, que consiste num dever de conduta contratual ativo, e não mais um estado psíquico do agente. Com efeito, a boa-fé objetiva, como dever jurídico que é, obriga a uma certa conduta ao invés de outra, não se limitando a operar como uma justificativa para um determinado comportamento.”(Azevedo, Antônio Junqueira. A boa-fé na formação dos contratos, *in* Revista da Faculdade de Direito da USP, nº 87, São Paulo, 1992, p.89)

Diante da amplitude do tema, um aspecto específico da boa-fé será analisado, que é a responsabilidade pré-contratual, por inobservância desta regra de conduta e conseqüente ruptura injustificada das tratativas preliminares.

Suscita dúvida o fato de o artigo 422 do Código Civil não fazer referência a *bona fides* na fase que antecede o contrato propriamente dito.

Não obstante não ter previsão legislativa expressa, a responsabilidade pré-contratual tem sido admitida pela doutrina e pela jurisprudência, ainda que esta última a reconheça de modo tímido. Até porque o aludido reconhecimento é pautado na boa-fé, preceito reconhecido inúmeras vezes pelo legislador.

Convém salientar que tramita o Projeto de Lei nº 6960/2002, sobre a modificação do aludido dispositivo, com a inclusão da observância da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.

O próprio STJ já se manifestou a respeito:

“Tratativas preliminares e contrato já executado. Responsabilidade pré

e pós-contratual. Jornada STJ 25: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”

Alguns outros julgados fazem referência à responsabilidade pré-contratual: TJ/SP (RT 815/369 e RT 574/109) ,e ainda, TJ/PR, processo 032217200/acórdão9493 e processo 030961700/acórdão 9077, ambos da 4ª Câmara Cível – Rel. Troiano Netto.

Como se não bastasse o reconhecimento pelos tribunais, a doutrina também reconhece a responsabilidade pré-contratual.

Na obra já citada neste trabalho, de Caio Mário da Silva Pereira, página 20, há o reconhecimento:

“Esqueceu-se o legislador de incluir expressamente na fórmula do artigo 422 os períodos pré e pós-contratual(...). Essa negação não implica negação da aplicação da regra da boa-fé para essas fases antecedentes e posterior ao contrato, muito pelo contrário, já que cabe aqui a interpretação extensiva da norma para abranger também as situações não expressamente referidas, mas contidas em seu espírito”

Antônio Chaves também considera o instituto como existente em nosso ordenamento:

“O dever de lealdade, assim, tem de estar presente não apenas após ato formal de acordo de vontades, mas também antes de sua concretização.”(Responsabilidade pré-contratual, 2ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 246)

Do mesmo modo:

“As partes devem guardar a boa-fé, tanto na fase pré-contratual, das tratativas preliminares, como durante a execução do contrato e, ainda, depois de executado(...). Com isso os *entabulantes* - ainda não contratantes – podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato(responsabilidade pré-contratual).” (Nery Júnior, Nelson.Código Civil Anotado e

Legislação Extravagante. 2ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.339)

Embora tais citações doutrinárias e jurisprudenciais sejam recentes, pode-se dizer que para o instituto, o primeiro reconhecimento expressivo por um tribunal, ocorrera em 06/06/1991, com célebre caso intitulado “ caso Cica ou dos plantadores de tomate”, através da apelação cível nº 591028295 -TJ/RS – 5ª Câmara, Rel. Ruy Rosado de Aguiar.

Para que o assunto possa ser bem esclarecido, há de distinguir relações jurídicas que parecem ser as mesmas, mas que, na verdade apresentam tratamento jurídico diferenciado.

Tratativas preliminares, negociações preliminares ou punctuação são sinônimos para a mesma realidade jurídica, não se confundem com a proposta, posto que as tratativas são apenas atos preparatórios que buscam exteriorizar a viabilidade do contrato, enquanto que a proposta é a própria exteriorização do projeto do contrato em si, dependendo apenas de aceitação para aperfeiçoamento, por isso, é vinculativa.

Também há diferença entre as tratativas preliminares e o contrato preliminar. O contrato preliminar, como o próprio nome já diz, é um contrato através do qual as partes se comprometem a celebrar contrato definitivo, esse é assim o seu objeto.

A base da responsabilidade pré-contratual a que está sendo referida nesta pesquisa é a fulcrada da ruptura das negociações preliminares.

Seria qualquer ruptura de tratativas que ensejaria a responsabilização?

As tratativas devem ser sérias e idôneas, exteriorizadas por atos materiais, que façam criar na outra parte a confiança, a expectativa de que um contrato tenha efetivas condições de ser celebrado. A outra parte, diante de vários atos realizados

reveladores da vontade de contratar, que não se opõe explicitamente, deve ser responsabilizada, caso propicie a ruptura de tais negociações.

Tais atos devem ser mensurados caso a caso e alguns exemplos ajudam a visualizar melhor, como estudos de viabilidade econômica, projetos, medições, entre outros, frisando mais uma vez que tudo isso será verificado dentro de um contexto fático.

Se as negociações foram capazes de gerar confiança, expectativa na outra parte, a boa-fé surgiu.

Desse modo, se uma das partes não resolve celebrar a contrato, injustificadamente, sob a alegação de sua liberdade contratual, surge a possibilidade de reparação, primeiro porque houve quebra de dever de confiança e de boa-fé e em segundo lugar, posto que essa liberdade não é mais absoluta, deve ser vista em conjunto e harmonia com todo o sistema, especialmente o princípio da função social, preconizado tanto quanto a boa-fé.

Vencida a etapa do estudo dos requisitos para reparação, surge a indagação: essa reparação consiste nos danos emergentes, lucros cessantes e danos morais, ditos interesse negativo? Ou essa reparação consiste em obrigar a celebração do contrato, dito interesse positivo?

A doutrina entende que a extensão do dano deve ter por parâmetro, apenas o interesse negativo:

“ Mesmo reconhecendo-se a existência de violação de deveres acessórios de conduta, mesmo concluindo-se que é caso de responsabilidade pelo comportamento contrário à boa-fé na fase pré-contratual, o demandado não poderia demandar, a título de indenização, a celebração do contrato [o chamado interesse negativo]. “(Garcia, Enéas Costa. Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 33)

Quanto à natureza da responsabilidade pré contratual há séria divergência neste ponto. Maria Helena Diniz e Silvio de Salvo Venosa, sustentam a natureza aquiliana, para Antônio Junqueira de Azevedo a natureza seria contratual. E por fim, há quem sustente uma terceira natureza:

“ (...) a responsabilidade pré-contratual tem natureza *sui generis* e faz parte da denominada terceira via da responsabilidade civil, ao lado da contratual e da extracontratual.” (Pereira, Régis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade civil pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 442)

Assim, verifica-se que não há um entendimento pacífico, e como já fora dito outrora, como os tribunais ainda, abordam o tema de modo tímido, não daria para dizer qual seria a posição predominante.

E o último aspecto a ser abordado é demonstrar se a culpa deve ou não estar presente na ruptura para ensejar a responsabilização. E neste sentido há uma prevalência do caráter subjetivo:

“ É indispensável, portanto, que o comportamento do desistente seja digno de censura, pois se inexistir dolo ou culpa, não há o dever de indenizar” (Rodrigues, Silvio. Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pgs. 66-8)

Nesta mesma esteira de pensamento estão Caio Mário e Régis Fichtner. Contudo, não poderia deixar de mencionar que o STJ já enfrentou o problema através da Jornada 24, já citado anteriormente, e entendeu que a violação aos deveres anexos de conduta é espécie de inadimplemento independente de culpa, como a boa-fé está inserida nesses deveres e a responsabilidade pré-contratual é alicerçada na quebra desse preceito, seria um fundamento para se sustentar a responsabilidade objetiva.

Ressalta-se que o objetivo da pesquisa foi traçar linhas gerais e a delimitação ficou restrita às relações civis, não abrangendo as relações de consumo, que diante de suas peculiaridades, apresentam disciplina própria.

Em suma, como fora dito desde o início, o que se buscou não foi estabelecer em caráter absoluto e exauriente os elementos da responsabilidade pré-contratual em razão da ruptura injustificada, mas sim, deixar claro, seja lá sob qual linha de pensamento adotada, que o instituto existe e é uma realidade que aos poucos vai se consolidando, prestigiando e colocando a boa-fé em seu lugar de destaque.

Referências bibliográficas

Azevedo, Antônio Junqueira. A boa-fé na formação dos contratos, *in* **Revista da Faculdade de Direito da USP**, nº 87, São Paulo, 1992.

Chaves, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**, 2 ed. São Paulo: Lejus, 1997.

Diniz, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Garcia, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

Nery Júnior, Nelson. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**, 2 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Martins-Costa, Judith. **Comentários ao novo Código civil**, vol. V, tomo 1 : do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro; Forense, 2003.

Monteiro, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**, vol. 5, 34 ed. rev. Atual., por Carlos Washington, Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003.

Negreiros, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. III. Declaração Unilateral de Vontade / Responsabilidade Civil. 11 ed. atual. por Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

Reale, Miguel. **Teoria Tridimensional**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Rodrigues, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Venosa, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, vol. III. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.