
O AGGIORNAMENTO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E A CONFIANÇA NEGOCIAL

Luiz Edson Fachin*

SUMÁRIO: Introdução: questões e desafios para o Direito Civil brasileiro contemporâneo - 1. Parâmetros contemporâneos: entre a autonomia e a responsabilidade - 1.1. Comportamento vinculante: etapas de um caminho em construção - 1.2. Vontade de conclusão: valor jurídico do comportamento - 1.3. A dimensão jurídica do silêncio - 1.4. Princípio e norma: o amparo jurídico codificado - 1.5. A matéria à luz do projeto de novo Código Civil brasileiro - 2. Véspera contratual e ruptura - 2.1. Proteção jurídica e postulado ético - 2.2. A responsabilidade pelo rompimento - 2.3. Natureza jurídica da responsabilidade pelo recesso unilateral - 2.4. As possibilidades na jurisprudência brasileira - 2.5. Dano e “le gain manqué” - 3. Conclusão: Recuperação de valores na ordem jurídica - 4. Referências Bibliográficas

RESUMO: A revalorização da confiança como valor preferencial tutelável no trânsito jurídico corresponde a uma alavanca para repensar o Direito Civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais. O presente trabalho se insere nesse movimento que implica, tal como uma virada de Copérnico, numa centralização das relações jurídicas mais em torno da pessoa menos ao redor do patrimônio em si mesmo.

* Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, Professor da Faculdade de Direito da UFPR, da PUC/PR e do IBEJ

ABSTRACT: *The revalorization of confidence as a main value in the juridical field corresponds to a lever in order to rethink the contemporary Brazilian Civil Law and its fundamental categories. The present essay belongs to a movement that implies, like a Copernican Revolution, in the stress of the tendency to focus on more in the person and less in the assets in the jural relations.*

ÜBERSICHT: *Die Neubewertung des Vertrauens als bevorzugter schützbarer Wert im juristischen Verkehr, hat die Bedeutung eines Instruments zum Nachdenken über das aktuelle brasilianische bürgerliche Recht und seine grundlegenden Kategorien. Die vorliegende Arbeit führt sich in diese Bewegung ein, wie der Umschwung von Kopernikus, in eine Zentralisierung des juristischen Verhältnisses, mehr in Bezug auf die Person, als in Bezug auf das Vermögen selbst.*

PALAVRAS-CHAVE: Atualização. Direito Civil brasileiro. Confiança Negocial.

KEY-WORDS: Atualização. Brazilian Civil Law. Business Reliance.

SCHLÜSSELWÖRTER: Atualização. Brasilianisches bürgerliches Recht. Rechtsgeschäftliches Vertrauen.

INTRODUÇÃO: Questões e desafios para o Direito Civil brasileiro contemporâneo

A revalorização da confiança como valor preferencialmente tutelável no trânsito jurídico a uma alavanca para repensar o Direito Civil brasileiro contemporâneo e suas categorias fundamentais. Expressando o abrigo jurídico de intenções e negociações tendentes à formação de um contrato, a confiança pode se mostrar numa configuração jurídica de dupla

possibilidade: de um lado, a conclusão de contrato por comportamento concludente, cujo rompimento unilateral afeta o interesse contratual positivo ou de adimplemento mediante a quebra de dever jurídico; de outra parte, ainda mais importante, a violação da confiança pode atingir o interesse negativo ou da boa fé, gerando em ambas as hipóteses efeitos jurídicos, especialmente indenização, compreendendo danos emergentes e lucros cessantes.

Dois são os pontos de partida deste exame. O primeiro está fincado nessa espécie de renascimento que pode experimentar o Direito Civil brasileiro ao final deste século sugere esse olhar diferenciado, tomando precisamente por *aggiornare* a direção que indica para o sentido de alvorecer. Fenômenos como a *constitucionalização* de institutos de base do Direito Civil, superando, ao menos em parte, a artificial dicotomia entre o universo jurídico público e o santuário privado clássico, apontam para esse repensar presente na *repersonalização*, fundamento antropocêntrico do Direito Civil para eclipsar os dogmas do oitocentista civilístico. O presente trabalho se insere nesse movimento que implica, tal como *uma virada de Copérnico*, numa recentralização das relações jurídicas mais em torno da pessoa (em seu sentido concreto e pleno) menos ao redor do patrimônio em si mesmo.

O segundo ancoradouro dessa reflexão está assentado numa visão crítica do espaço jurídico classicamente deferido pela autonomia privada, no qual as pessoas autoregulamentam seus interesses sob o binômio da “liberdade e da responsabilidade”, e a prática revela, não raro, a formação de um contrato que se desdobra em entendimentos progressivos e etapas sucessivas, partindo de atos iniciais, aos quais o Direito e a vontade negocial das partes imprimem, desde logo, eficácia jurídica para gerar direitos e obrigações.

Defende-se a idéia a qual, fundada na relevância jurídica da confiança, a obrigação de indenizar independe da prova magistral da existência de vínculo contratual formal, desde que suficientemente evidenciada a violação do interesse negativo. Circunstâncias podem indicar a ausência de observância, por parte de quem rompe negociações, das regras de boa fé,

quer na condução das entabulações, quer na ruptura de eventual vínculo. Sendo aferível a culpa “in contrahendo”¹, permite-se impor a quem assume a obrigação de indenizar a outra parte, com base na melhor doutrina, em precedentes jurisprudenciais, nos princípios gerais do direito e em dispositivos legais que textualmente consagram essa proteção jurídica.

A valorização da confiança corresponde a dar primazia à pessoa que está criando vínculos jurídicos, e propicia verificar que desencadeando esse processo, a chegada à conclusão de um contrato pode ser exteriorizada através de diversos modos, não sendo exigível, necessariamente, a formulação escrita, bastando o consentimento por atos e mesmo omissões juridicamente relevantes, pois o próprio silêncio pode apresentar valor jurídico quando a parte privar-se do dever de falar.

Fatos e presunções podem ser aptos a sustentar a presença da tutela da confiança negocial ou mesmo da confiança na conclusão de um contrato dedutível por comportamento. Isso está atestado, inequivocamente, na passagem da inaugural para a fase do vínculo obrigacional. Nada obstante, a definição da natureza jurídica da responsabilidade civil decorrente da ruptura das negociações preliminares não afasta, qualquer que seja a conclusão, quer seja aquiliana, quer contratual, a obrigação de indenizar a parte lesada, como reconhecem os tribunais pátrios e a opinião autorizada da doutrina nacional.

A extensão da indenização, quer seja pela violação de interesse contratual positivo (interesse do cumprimento), com base nos artigos 1056 e 1059 do Código Civil brasileiro (CCB), quer seja pela ofensa do interesse contratual negativo (dano da confiança), com amparo no artigo 159 do CCB, compreende, em qualquer caso, segundo o ponto de vista que iremos

¹Esse tema quando menos remonta, na Pandectística, à formulação de Ulhering e ao conhecido debate levado a efeito na Alemanha. A perspectiva do presente exame, porém, desborda dessa aferição dogmática do assunto, apanha as possibilidades de evolução temática a partir de 1861 e não se destina propriamente a dissecar os contornos técnicos dessa responsabilidade, seara na qual entre nós bem se inserem, entre outras, duas recentes e interessantes obras: de Récto Eduardo Cappellari, “Responsabilidade pré-contratual” (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995), e de Vitor Fernandes Gonçalves, “Responsabilidade civil por quebra da promessa” (Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica: 1997). Demais disso, ainda especificamente sobre o assunto há a segunda edição da obra “Responsabilidade pré-contratual”, do professor Antônio Chaves, publicada pela LEJUS, de São Paulo, com 254 páginas, em 1997, revendo, atualizando e ampliando o clássico de 1959.

defender, os danos emergentes e os lucros cessantes.

Perceba-se, pois, de saída, a distância assumida desde logo entre a perspectiva do presente trabalho, direcionado para repensar elementos fundantes do Direito Civil numa perspectiva de construção e de crítica, e a compreensão formal dos negócios jurídicos, emoldurada por instrumento formalizado, com o título de contrato encimando as fórmulas contratuais usuais, quedando-se, por conseguinte, ao nominalismo instaurado pelo direito clássico em voga nos séculos XVIII e XIX. Refutamos essa ordem de idéias e assim também o engano primacial de compreender que a confiança por apresentar de uma subjetividade ineliminável seria um “nada jurídico”

O horizonte que se põe para o presente trabalho vem de ser estimulado por relevantes casos concretos, a partir dos quais emerge essa tentativa de dissecação teórica, ubicado no método da revisão crítica de doutrina e jurisprudência. Toma como matéria o tempo presente e como história (não inexorável) o contexto brasileiro coevo, lugar plúrimo de outras possibilidades que não excluem o conhecimento da análise que segue.

1. PARÂMETROS CONTEMPORÂNEOS: ENTRE A AUTONOMIA E A RESPONSABILIDADE

Reconhecendo que a autonomia privada é a pedra angular do sistema civilístico, emoldurado para atender ao desenho jurídico clássico, já assinalamos² que a autonomia da vontade é o espaço que o universo jurídico reserva aos participantes para dispor de seus interesses. Um desenho jurídico quase ficcional apto ao desenvolvimento de um tipo de economia de mercado. Esse é o modelo tutelado pela Constituição brasileira vigente no capítulo da ordem econômica.

Como atuação dessa propalada liberdade privada na esfera do Direito, o negócio jurídico da versão jurídica da vontade, quer das pessoas naturais, quer das pessoas jurídicas. Trata-se, na expressão de PONTES DE MIRANDA, de autoregramento da vontade, um suposto governo próprio para regular interesses dos particulares.³

² Em nossa obra sobre “Ato e Negócio Jurídico: novo conceito e conseqüências práticas” (Curitiba: Ed. Scientia et Labor e EDUCA, 1988, p.35.

³ “Tratado de Direito Privado”. 4. Ed. São Paulo: Ed. RT, 1983, t. 3, p.3.

A essa liberdade, nada obstante, liga-se o sentido da responsabilidade, dado que os contratos, nomeadamente os onerosos e aqueles mais importantes (quer do ponto de vista jurídico, quer também sob o aspecto econômico-financeiro), “costumam ser precedidos de um período em que as partes discutem, trocam idéias, projetam, examinam cláusulas, cada uma delas procurando obter da outra condições mais favoráveis”, consoante de há muito houvera assinalado a propósito Regina GONDIM.⁴

Isso está a mostrar que há uma senda, nem sempre linear, para a formação do contrato. Esses sucessivos atos passam pelas “tratativas”, podendo a formação do contrato, em si mesmo, ser precedida de “negócios jurídicos tendentes a levá-la a bom termo em virtude da determinação vinculante de seus dados objetivos e elementos subjetivos”, consoantes ensina Orlando GOMES⁵, aduzindo ali mesmo que “a prática revela que no *iter* formativo de um contrato ocorrem entendimentos que resultam na fixação irrevogável de determinados pontos ou cláusulas do eventual contrato que os negociadores venham a celebrar”.

Na doutrina estrangeira, a palavra de Francesco MESSINEO, ao cuidar da formação do contrato, elucida que o contrato, com efeito, às vezes se realiza instantaneamente, mas, em realidade, quase nunca o consentimento se forma instantaneamente, “em especial cuando presente um interés económico relevante, lo preceden *tratos* (o negociaciones)”⁶

Um contrato, escreveu Enzo ROPPO, “não é um elemento da realidade física, cuja existência se possa propriamente constatar, tal como é possível constatá-la quanto aos objetos do mundo natural”, e de conseqüência, “a formação de um contrato consiste num processo, isto é, numa seqüência de atos e comportamentos humanos”⁷. Por isso mesmo, tem inteiro cabimento a lição espirituosa do professor Alberto TRABUCCHI, da Universidade de Padova: “L’esperienza insegna che alla conclusione del contratto si arriva in

⁴ “Contrato Preliminar”, RJ: Ed. Conquista, p. 48

⁵ “Contratos” 8. ed. RJ: Forense, 1981, p.65.

⁶ “Doctrina general del contrato”, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, tomo 1, p.308.

⁷ “O Contrato”, publicação da Livraria Almedina, Coimbra, 1988, p. 84 e 85.

mille modo diversi: dalle trattative complesse in fasi progressive che si rendono necessarie per ingiungere faticosamente all’ “*in idem placitum*, fino all’ espressione piú semplice di chi porge il denaro al fattorino per acquistare il biglietto dell autobus”.⁸

1.1. Comportamento vinculante: etapas de um caminho em construção

Para definir a existência ou não de uma relação jurídico-contratual derivada da intenção espelhada em comportamento, pelas circunstâncias fáticas e volitivas subsequentes, cumpre refletir, ao começo, sobre a formação de um contrato. Princípio, desenvolvimento e formação do contrato: etapas de um caminho em construção no trânsito jurídico.

O transcurso do “iter” negocial revela que a vontade de concluir um contrato por ser exteriorizada por diversos modos. Seguramente, o modo usual é pela linguagem *stricto sensu*, no entanto, “a palavra é apenas um dos possíveis ‘sinais’ com que os homens comunicam entre si, não podendo excluir-se que a vontade de concluir um contrato seja adequadamente manifestada com sinais do tipo diferente” (ROPPO, 1998, p.93).

Nesse caminho, emerge o fenômeno da manifestação da vontade, sobre o qual têm cabimento alguns esclarecimentos necessários. Sabe-se que quem se manifesta, expressa a sua vontade, ainda que nada escreva. É também de ROPPO a lição: “quer se materialize na palavra ou noutro sinal, em todos estes casos a declaração de vontade é, de qualquer forma, **expressa**, uma vez que o sinal é intencionalmente utilizado, é imediatamente dirigido, a comunicar à outra parte determinado sentido volitivo” (*ibidem*). Não se pode, todavia, elidir um relevante espaço à vontade negocial que emerge tacitamente.

A diferença é nítida e não se deve incorrer em confusão conceitual, sob pena compreender mal circunstâncias e fatos, por isso mesmo, nesse passo, cumpre também distinguir consentimento expresso e declaração escrita.

⁸ “Istituzioni di Diritto Civile”, 25.ed. Milão: CEDAM, 1983, p. 648.

Consentimento expresso não é necessariamente declaração escrita. É Vicente RAO que dilucida: “Quando se exterioriza através dos meios sensíveis de uso comum na vida quotidiana, a declaração de vontade é dita expressa... Desses meios, a palavra escrita ou falada é o mais comum, mas não o único, pois outros existem, criados pelos costumes e admitidos pelo direito...”⁹

A manifestação expressa também não se confunde com a forma, como esclarece CARVALHO SANTOS: “Não se deve confundir, portanto, a manifestação expressa da vontade com a forma especial de que se devem revestir certos contratos, em razão de exigência legal... Quer dizer, pode a lei exigir a manifestação expressa da vontade sem exigir, todavia uma forma solene para o contrato, sendo este, em tal caso, válido, como perfeito e completo, e é o contrato cuja manifestação da vontade foi tácita...”¹⁰

É nesse viés que “a declaração expressa há de ser exteriorizada por palavras ou gestos inequívocos, enquanto a declaração tácita infere-se das circunstâncias”, eis que “até o silêncio constitui declaração expressa quando, pelo concurso das circunstâncias, pode valer como unívoca exteriorização de vontade”.¹¹

1.2 Vontade de concludência: valor jurídico do comportamento

Assentado que a expressão do consentimento não exige necessariamente, forma, a concludência de um comportamento permite deduzir certo sentido ou conteúdo negocial, sendo legítimo falar-se em negócio jurídico por comportamento concludente.¹² Desse modo, conforme Carlos Alberto da MOTA PINTO, “a inequívocidade dos factos concludentes não exige que a dedução, no sentido do auto-regulamento tacitamente expresso, seja forçosa ou necessária, bastando que, conforme os usos do

⁹ “Ato Jurídico”, 3. Ed. São Paulo:Saraiva, 1981, p. 137/138.

¹⁰ “Código Civil brasileiro interpretado”. V. XV. 10.ed. RJ:Freitas Bastos, 1982, p.51.

¹¹ Orlando Gomes, “Introdução ao Direito Civil”, Curso de Direito Civil, v. 1. 5.ed. RJ:Forense, 1977, p.322.

¹² O presente estudo, circunscrito a seus limites e fins, não se ocupa dessa problemática em si mesma, mas dela extrai tão-só referencial para por em destaque o sentido deste trabalho. Sobre o tema especificamente há o ímpar e excepcional estudo do professor Paulo MOTA PINTO, “Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico” (Alameda Coimbra, 1995, com 949 páginas), sua dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ambiente social, ela possa ter lugar com toda a probabilidade”.¹³

A regra é essa: na falta de imposição, essa “liberdade de eleição formal” aí se apresenta. A lição está no seguinte: “Não havendo forma especial, o contrato poderá ser celebrado por escrito, mediante escritura pública ou instrumento particular, ou, ainda verbal e até tacitamente, pois a manifestação da vontade poderá ser tácita quando a lei não exigir que seja expressa. Será expressa se dada verbalmente ou por escrito, e tácita se decorrer de fatos que autorizem seu reconhecimento. Não é mister que o contraente faça declaração formal, por meio da palavra escrita ou falada, pois será suficiente que se possa traduzir o seu querer por uma atitude inequívoca e indubitosa (RT, 160:140; RF 106:305). Até pelo silêncio poderá ser feita a emissão volitiva, desde que dele se possa extrair a ilação de uma vontade contratual (RT, 156:268; RF 175:221)”.¹⁴

Na presença de negócio jurídico por comportamento concludente trata-se daqueles “casos em que a vontade de concluir um contrato não é comunicada mediante uma declaração de tal gênero, mas resulta de outros comportamentos do sujeito: fala-se, a este propósito, numa manifestação tácita de vontade” (ROPPPO, 1998, p.94). É inegável, no entanto, que os fatos concludentes não se confundem com a declaração inferida, como acentua muito bem o professor Paulo da MOTA PINTO, evitando-se aí “uma confusão entre a base para a inferência de um significado e o resultado”.¹⁵

1.3. A *dimensão jurídica do silêncio*

Corroborar essa inferência o valor jurídico do silêncio. É que há também outra dimensão da concludentia comportamental dirigida à formação do conteúdo contratual do negócio.

Desde a lição sobre o silêncio como manifestação da vontade, o professor Miguel Maria de SERPA LOPES deixou assentado “que, no curso

¹³ “Teoria Geral do Direito Civil”, 2.ed., Coimbra, 1983, p.423.

¹⁴ Maria Helena Diniz, “Código Civil Anotado”. São Paulo:Saraiva, 1995, p. 695.

¹⁵ “Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico”, p. 870. No mesmo lugar, o Autor opera uma importante distinção terminológica, não apenas entre fato concludente e comportamento concludente, mas também entre declaração tácita (implícita) e declaração explícita (concludente).

de um contrato, ou ainda, em casos de contratos sempre renovados, o silêncio pode ter valor de consentimento. Não se compreende uma atitude negativa, um *non fare* da parte daquele que, habituado a tais relações do negócio, só pode pressupor que o seu silêncio irá suscitar na outra parte a crença numa aceitação”¹⁶. Por conseguinte, “até pelo silêncio, explicita o professor Caio Mário da SILVA PEREIRA – pode ser feita a emissão volitiva”.¹⁷

É cabível, por tal razão, a caracterização de ROPPO: “Um comportamento deste tipo, silencioso, mas de molde a denunciar de forma inequívoca, no quadro das circunstâncias existentes, a vontade de concluir o contrato, diz-se comportamento concludente”. (ib.,p.94)

Se as negociações de há muito se desenrolavam “não há dúvida, porém, *que se verifica um dever de falar sempre que já houve negociações entabuladas para determinado negócio*, sempre que já existam relações anteriores entre as partes”.¹⁸

1.4. Princípio e norma: o amparo jurídico codificado

O regimento contido no Código Civil brasileiro dá sustento a essa toada de idéias, na trilha do artigo 1079: “A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa”.¹⁹ Daí a pertinência do disposto na parte geral, artigo 129 do mesmo Código: “A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir”.

E é exatamente por isso que a validade do ato jurídico requer, segundo o art. 82 do CCB, entre outros elementos essenciais, a forma, mas pode ser a prescrita em lei, e se a lei não prescrever, qualquer outra que a própria não a tenha como defesa ou proíba. Vale dizer: vigora a regra geral do princípio da autonomia da vontade com a liberdade de forma.

Por isso, não é razoável, portanto, exigir consentimento expresso

¹⁶ “Curso de Direito Civil”, v. 6. Ed. RJ:Freitas Bastos, 1988. P.378.

¹⁷ “Instituições de Direito Civil”, 8. Ed. RJ:Forense, 1990, p.25.

¹⁸ CARVALHO SANTOS, “Código Civil brasileiro interpretado”. V. III. 12. Ed. RJ:Freitas Bastos, 1984, p.121.

¹⁹ Acerca dessa complexa gama de problemas envolvendo declaração expressa e declaração tácita, ver o capítulo 24, a partir da página 438, da obra já referenciada de Paulo MOTA PINTO, nomeadamente quanto aos critérios distintivos.

quando nem a lei nem a vontade das partes o exigem. Arremata o professor ANTÔNIO CHAVES: "...o consentimento não precisa ser expresso. Se for subentendido, manifestando-se porém de maneira ineludível, dará lugar da mesma forma à responsabilidade".²⁰

Em decorrência, quer pela vontade não escrita, quer pelo comportamento, quer mesmo pelo silêncio, é sustentável a configuração de relação jurídico - contratual. Se assim for, a partir daí pode falar-se em quebra contratual, e do rompimento unilateral de contrato emerge obrigação de indenizar. Trata-se de ofensa ao interesse de adimplemento, isto é, do interesse positivo.

Tal constatação, é relevante, mas cabe asseverar enfaticamente; não é imprescindível, para uma "condenação" por violação de dever de conduta, nessa seara, o reconhecimento da existência de vínculo contratual. Esse é o ponto nuclear: não se trata de configurar, dogmaticamente e com refinamento, o universo conceitual, e sim de tutelar as pessoas concretamente envolvidas, tenha ou não o vínculo efeito contratual nos moldes clássicos.

Mesmo que não seja vislumbrada a hipótese de negócio jurídico de feição contratual, também há ruptura intencional que faz nascer uma obrigação de indenizar. Trata-se de ofensa à confiança (ou ao interesse contratual negativo) ou de inexecução: uma ou outra via conduzem, nesse aspecto e para tal fim, a similar resultado.

1.5. A matéria à luz do projeto de novo Código Civil brasileiro

Em 1975 o Poder Executivo remeteu ao Congresso Nacional um novo projeto de Código Civil formulado de costas para o futuro e distante da realidade brasileira contemporânea.

²⁰ No sempre mencionado estudo, clássico e pioneiro. "Responsabilidade pré-contratual". RJ:Forense, 1959, p.156. A mesma afirmação está à p. 146 da 2. ed. da obra que veio à lume em 1997.

O projeto de lei da Câmara dos Deputados 118, de 1984, que era o 634/75 na origem, institui o novo Código Civil brasileiro, ao final de 1977 aprovado no senado Federal após o trabalho de relatório do senador Josaphat Marinho, que, quando menos, teve o inegável mérito de recolocar em discussão temas relevantes e polêmicos numa elaboração que até então dormitava no Legislativo nacional. Aprovado no Senado em novembro, o projeto está voltando à Câmara dos Deputados para apreciação, e depois, se (e quando) seguir o processo legislativo, irá à sanção presidencial.

Diversos aspectos resultam tratados de modo diferente pela nova proposta, cujo teor originário de manutenção da estrutura do Código atual tem sido alvo de inúmeras e acertadas críticas. A proposta originária da Comissão elaboradora do projeto produziu uma formulação apta a captar os valores do século XIX e menos adequada a dimensionar os desafios do próximo milênio. Fruto do esforço da Comissão Especial e do senador Josaphat Marinho o projeto sai do Senado melhor na forma e no conteúdo. Questões estruturais, contudo, permanecem em aberto, a principiar pelo tema mesmo da própria necessidade da codificação.²¹

No tema ora exame os eventuais nada há de explícito e os implícitos avanços são tímidos, embora não se espere mesmo muito do direito positivado em matéria *principiológica* de tutela da confiança.²² Enquanto o projeto aponta para uma mudança de adaptação, sem ruptura, a direção do presente exame no qual avulta a proteção à confiança põe em questão o próprio sentido da codificação ao final do século XX. A crítica estrutural que comungamos não deve, porém, obnubilar uma visão que acolha alguns avanços pontuais.

²¹ O parecer do senador Relator do novo CCB teve a elogiosa correção científica de enfrentar diretamente esse assunto, registrando inclusive as ponderáveis opiniões em sentido contário. Embora não cuide o presente estudo desse movimento da decodificação, registre-se que a publicação "Droits" (*Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques*) dedicou todo o número 24, de 1996, à questão da codificação.

²² Perfilamos aqui a mesma opinião do professor João Baptista Villela que também refuta a necessidade de regra expressa, quer especial, quer extravagante, como afirmou no prefácio que escreveu para a importante obra "Responsabilidade civil por quebra da promessa", da autoria de Vitor Fernandes Gonçalves: "Permito-me, assim, registrar que, por exemplo, não acompanho o Autor quando, em sua Conclusão, propõe a idéia de uma lei extravagante que abordasse, de forma específica, os problemas que envolvem a responsabilidade pré-negocial". (p.14).

Merecedora de encômios, nessa perspectiva conjuntural, a introdução da *função social do contrato* (artigo 421), referindo-se expressamente à *probidade e à boa fé* (artigo 422). Demais disso, o tratamento específico da exceção do contrato não cumprido (artigo 476) e da resolução por onerosidade excessiva (artigo 478), fecha um importante circuito jurídico de tutela à pessoa e à parte, ciclo esse que principia pelos novos vícios ou defeitos introduzidos: o estado de perigo (artigo 156) e a lesão (artigo 157). A mesma referência pode merecer o capítulo especial sobre o enriquecimento sem causa (a partir do artigo 886), de todo oportuno, sem embargo do caráter subsidiário injustificável que o projeto lhe atribuiu (no artigo 888).

Nada obstante, ao lado de questões de fundo que permanecem em aberto, a exemplo da proposta unificação parcial do direito privado, o núcleo do assunto aqui em estudo deixa de receber uma disciplina explícita que poderia, ao menos aparentemente, lhe conferir novo patamar de consideração jurídica. Seria injusto, todavia, não se registrar que na versão final, fruto do esforço do Senador Josaphat Marinho, a redação agora submetida ao debate aponta numa direção congruente com algumas das idéias que norteiam a tutela prioritária da confiança como valor jurídico relevante.

2. VÉSPERA CONTRATUAL E RUPTURA

O Direito não deve tutelar condutas abusivas e inobediência de legítimos interesses, quer positivos (ligados ao adimplemento), quer negativos (ligado à ruptura da véspera contratual): esta é uma elementar lição que ao final deste século transcende a discussão sobre a dimensão positivada da norma e alcança o plano dos princípios.

Com efeito, ninguém é cativo (nos moldes clássicos) a contratar, já assegurava José de AGUIAR DIAS, “mas, se essa atitude resulta de ato ilícito, é injusta (a recusa) e constitui o recusante em culpa”.²³ E é sobre isso que iremos presentemente discorrer.

Principiadas as “tratativas” delas pode advir ruptura. Cuidemos, então, de demonstrar a responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato. Trata-se da responsabilidade pré - contratual estribada num fato em construção: “*a deal is on*”.²⁴

Doutrina, jurisprudência e legislação dão escora, entre nós, à possibilidade de “surgir responsabilidade civil para os quais participam das negociações preliminares”.²⁵ Diversos autores de nomeada e obras especializadas cuidaram do tema. Dentre os clássicos, exsurge a doutrina de PONTES DE MIRANDA²⁶ calcada na idéia segundo a qual “todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade”, da qual emerge a culpa “in contrahendo”, definida “como toda infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir o contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo”. Há relação jurídica de trato, ensina PONTES.

Não sem acerto acolhe Orlando GOMES a concepção seguinte: “se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive a fazer despesas para possibilitar a realização do contrato, e, depois, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu” (1981, p.69). À mesma linha se filiam Regina GONDIM e EDUARDO Espínola²⁷: “se das circunstâncias se verifica que a marcha normal dos entendimentos levaria a um resultado positivo, isto é, à conclusão do contrato, a ruptura injustificada de uma parte fere a expectativa e os interesses da outra, que pode ter despendido esforços e dinheiro com a elaboração de projetos, plantas, etc”.

Em negociações preliminares, e é nesse terreno que atualmente estamos refletindo, não seria razoável obstar o direito de recesso, cuja conduta, todavia, deve receber o temperamento existente na lição de Antônio CHAVES, autor da obra “Responsabilidade Pré – contratual”, antes

²³ “Da Responsabilidade Civil”. VI.9. ed. RJ:Forense, 1994, p. 133.

²⁴ A família romanista do direito e o sistema anglo-saxão do *common law* se aproximam ao cancelar a tutela da confiança e da boa fé, impondo responsabilidade para a parte que, quando um entendimento começou, interrompe as negociações. Refuta-se o abuso do privilégio de romper as negociações (“privilege to break off negotiations”). países da Europa, como a França, também (e por isso mesmo) imprimem responsabilidade decorrente das conversações prévias, *pourparlers*.

²⁵ Caio Mário da Silva Pereira, “Instituições de Direito Civil”, 3 ed., v. III. RJ: Forense, 1990, p. 26.

²⁶ “Tratado de Direito Privado”, parte especial, tomo XXXVIII. 2. Ed. RJ: Borsoi, 1962, p. 321.

²⁷ “Sistema de Direito Civil Brasileiro”, 2. ed., v. 2, t.2, p.124

citada, um dos estudos completos sobre essa temática: “Chega-se assim à conclusão altamente moralizadora que se um dos contratantes, por conveniência própria, resolve abandonar as negociações iniciadas, verá amplamente reconhecido o seu direito, jungido, porém, como é lógico, à obrigação de reparar o prejuízo causado”. (p.262)

É de orbe jurídica um caso clássico, sintetizado com maestria pelo professor Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, numa obra peculiar e invulgar sobre o objeto²⁸:

- O problema - “A sociedade A mantém, desde há vários anos, o exclusivo ponto de venda, em certa região, das viaturas automóveis produzidas pela sociedade B; antes do termo do contrato e como condição de sua renovação, a sociedade B apresenta à sociedade A determinadas exigências, que consistem na modernização das respectivas oficinas e na aquisição de um certo quantitativo de peças sobressalentes; a sociedade A não só transforma as oficinas, tendo previamente submetido o projeto à aprovação dos técnicos da sociedade B, como lhe adquire a maquinaria e as peças sobressalentes indicadas; porém, chegada a altura própria, a sociedade B recusa-se, sem motivo justificado, a renovar o contrato”.

- A solução - “Existe uma indiscutível obrigação de a sociedade B assumir os prejuízos sofridos pela sociedade A, com base em responsabilidade pré - contratual por ruptura das negociações. No entanto, mais do que um especial consenso da sua parte às atividades e despesas da sociedade A, o que a sociedade B gerou naquela foi uma legítima confiança de lealdade negociatória e, inclusive, a respeito da renovação do contrato”.

No direito brasileiro, a jurisprudência já cuidou de ocorrência semelhante, posto em julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação 20.655 (Revista dos Tribunais 151), para reconhecer que “a

²⁸ “Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato”

violação de pacto ‘de contrahendo’ sujeita a parte infratora ao pagamento de perdas e danos, inclusive a verba para honorários de advogado”. Trata-se de concessionário do direito de pesquisa de carvão mineral em jazidas existentes em determinadas terras, o qual interrompeu negociações que trazia em andamento com determinada pessoa jurídica com vistas à exploração daquelas jazidas.

E o concessionário assim o fez para tratar com um grupo de relevo financeiro, sendo que as confabulações prosseguiram até a confecção de um esboço do compromisso, projetando a constituição de uma pessoa jurídica específica para tal fim.

Entretanto, mais tarde, os integrantes daquela nova pessoa jurídica em organização manifestaram desinteresse no negócio e que não estavam obrigados com o concessionário. O Tribunal deu a devida atenção ao processo e em especial a carta remetida ao concessionário, para convencer-se que já havia ajuste, “acordo de vontades já perfeitamente definido ao cabo de repetidas confabulações entre os interessados”, e por isso adveio a condenação em perdas e danos. Conduta negocial, boa fé e confiança caminham juntas.

2.1. Proteção jurídica e postulado ético

A boa fé deve revestir a conduta: é para esse postulado ético que o professor Inocêncio GALVÃO TELES chama a atenção: “Tanto negociações propriamente ditas, ou preliminares do contrato, como na formação deste devem os interessados proceder segundo as regras da boa fé; aquele que faltar a essas regras é responsável pelos danos que culposamente causar ao outro”²⁹.

De ilação, através da responsabilidade, escreve ainda Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, em outra obra³⁰, “tutela-se diretamente a fundada confiança de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações

²⁹ “Direito das Obrigações”, 5. ed. Coimbra Editora, 1986, p. 64

³⁰ Na obra “Direito das Obrigações”, 4. ed. Coimbra Editora, 1986, p. 202

segundo a boa fé; e , por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração”.

É por isso que abrindo “janelas para o ético”, o princípio da boa fé, segundo o saudoso professor Clóvis do COUTO E SILVA, harmoniza o rigorismo lógico - dedutivo da ciência do Direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no ‘hortus conclusus’ do sistema do positivismo jurídico espaço para a ética³¹. Por isso mesmo, reportando-se José Luís de LOS MOZOS à boa fé “in contrahendo”, associa, portanto, a boa fé aos tratos preliminares do contrato.³²

2.2. A *responsabilidade pelo rompimento*

A responsabilidade que tutela a confiança na esteira da proteção da boa fé não é de todo alheia ao regulamento jurídico positivado. No Brasil, como princípio, a boa fé se reporta, desde logo, ao artigo 4 da Lei de Introdução ao Código Civil.

O Código Civil, a seu turno, se volta à boa ou à má fé em inúmeros pontos e momentos, desde a parte geral, artigos 109 e 112, passando pelas obrigações, artigos 1002 e 1073, contratos, artigos 1404, 1405, 1438, 1443 e 1444; no Código Comercial, a referência é explícita no artigo 131, inciso I (da boa fé na hermenêutica contratual); lealdade e boa fé também são suscitados pelo Código de Processo Civil, nos artigos 14, inciso II, e seguintes, ao estatuir deveres das partes e de seus procuradores; mais recentemente, no Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 4, III, e 51, IV, o equilíbrio nas relações jurídicas e a vedação de cláusulas abusivas incorpora a boa fé objetiva.

No direito estrangeiro, o atual Código Civil português consagra, no artigo 227/1, expressamente a culpa na formação de contrato.³³ Seguiu os

³¹ A página 42 da obra “A obrigação como processo”. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1976

³² “El principio de la buena fe”. Barcelona: Bosch Casa Editorial, p. 223

³³ É do texto: “Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”.

passos da “regole della correttezza” prevista no Código Civil italiano, estabelecida no artigo 1175 e especialmente no artigo 1337.³⁴ Tal dispositivo, segundo TRABUCCHI, revela que “violazione della buona fede e responsabilità sono in tal modo testualmente collegate; dottrina e giurisprudenza stanno prendendo coscienza del giusto valore di questa norma, che é destinada a uma vastíssima aplicação”.³⁵

Está claro, portanto, que há uma obrigação de agir segundo a regra da boa fé, e no terreno das “tratativas” o não cumprimento dessa obrigação gera direito à reparação³⁶. Países do “common law” apresentam a mesma preocupação, destacando-se, segundo notícia Fernando NORONHA, em sua tese sobre contratos,³⁷ nos Estados Unidos, o *Uniforme Commercial Code*, contendo preceitos relativos à boa fé.³⁸ *Treu und Glaube* constituem, também, a seu turno, alavanca fundamental no BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) a nortear, pela boa fé, a conduta do devedor no direito alemão.

Como se depreende, no direito pátrio e no estrangeiro, a tutela da conduta de boa fé é algo que não se pode desconhecer nem deixar de valorar na apreciação do caso concreto. Por tal razão, certa conduta poderá até não tipificar integralmente verdadeira violação de obrigação de prestação de fato negativo, mas poderá afrontar, indubitavelmente a confiança e a boa fé. A obrigação de não fazer, como afirma Orlando GOMES, resulta do contrato, da sentença ou da lei.³⁹

2.3. Natureza jurídica da responsabilidade pelo recesso unilateral

Em sede de responsabilidade pela ruptura das preliminares, debate-se a natureza jurídica da responsabilidade. Divergem, entre outras, as teses

³⁴ Colhe-se do Código: “LE parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”.

³⁵ À página 655 das “Instituzioni di Diritto Civile”. Padova: CEDAM, 1983.

³⁶ Conforme conclui Adriano de Cupis, a página 353 de suas “Instituzioni di Diritto Privato”, 3. Ed. Milão: Giuffrè, 1983.

³⁷ “O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais”. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 126/7.

³⁸ Section 1-203: “Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement” (todo contrato ou obrigação no âmbito desta lei impõe uma obrigação de boa fé no seu adimplemento ou na realização do direito do credor). Section 1-201(19): “Good faith” means honesty in fact in the conduct or transaction concerned” (boa fé significa honestidade de ato na conduta ou transação em causa).

³⁹ “Obrigações”, 8. Ed. 1ª tiragem, RJ: Forense, 1988, p. 50.

contratualista e a extracontratualista. Na Alemanha, a inclinação da doutrina sustenta tratar-se de responsabilidade contratual; na Itália, tem prevalecido o entendimento oposto, dando fonte à responsabilidade aquiliana, sem prejuízo da importante opinião, em sentido diverso, pela tese contratual, de Francisco BENATTI⁴⁰; na Suíça e na França, não há consenso entre os autores. Entre nós, no direito brasileiro, há tendência em favor da extracontratualidade, até mesmo à luz da doutrina portuguesa.

Nesta última, há aqueles que, como Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, na obra específica antes citada (“Responsabilidade civil...”, 1984, p. 73), partem da distinção entre interesse negativo ou da confiança e o interesse positivo ou do cumprimento, para daí concluir tratar-se de responsabilidade aquiliana. É a seguinte tese:

“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 das preliminares e da formação do contrato. Quer dizer, encara-se o prejuízo que o lesado evitaria se não houvesse, sem culpa sua, confiado em que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a elas inerentes e derivados do imperativo de boa fé, máxime convencendo-se que a manifestação de vontade deste entraria no mundo jurídico tal como esperava, ou que tinha entrado correta e validamente”.

O interesse positivo, pelo contrário, reconduz-se aos danos que decorrem do não cumprimento do contrato ou do seu cumprimento defeituoso ou tardio. Trata-se da violação das respectivas prestações típicas ou principais, que podem, aliás, ser acompanhadas de deveres secundários ou, inclusive, laterais.

Entendidos nestes moldes o dano de confiança (*in contrahendo*) e o dano de cumprimento (*in contractu*), inculca-se que a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações preparatórias atua nos limites do interesse negativo, em vez de conexionar-se com o interesse positivo” (ib., p. 74).

⁴⁰ Esposada na obra “A responsabilidade pré-contratual” (Coimbra: Almedina, 1970, p. 145 e seguintes).

Seja qual for o deslinde dessa questão, não obstante seu interesse teórico imenso e prático em certo sentido, pouco altera a conclusão quanto à existência da obrigação de indenizar.

A ruptura das negociações permite à parte lesada obter o ressarcimento dos danos, em diversas hipóteses. Uma delas, que se amolda com perfeição à conjuntura presente, é referida pelo professor Enzo ROPPO na obra já citada (“O Contrato”, à página 106):

“Seja nas hipóteses em que se chega à formação do contrato, seja nas hipóteses em que as negociações se interrompem sem uma conclusão útil, pode acontecer que, no decurso das mesmas, uma das partes se comporte de modo desleal e, atendendo apenas ao seu próprio interesse e ao seu próprio proveito, tome iniciativas incorretas que prejudiquem injustamente a outra parte.

Pense-se no comportamento de quem, durante as negociações, induz ao erro a outra parte, fazendo-lhe crer que o objeto do contrato tem determinadas características... na realidade inexistentes, ou ocultando-lhe determinadas circunstâncias, para ela essenciais, com o propósito de valorizar o negócio; ou o comportamento de A, ter incutido na outra parte B, confiança, em torno da segura conclusão do contrato, interrompe-as bruscamente para fazer o negócio com C, com o qual já estava negociando à ocultas de B. É claro que em ambos os casos a vítima da incorreção do outro sofre danos: no primeiro caso, por ter concluído um contrato para ele inútil, ou que, pelo menos, não lhe proporciona a utilidade em vista da qual o concluiu e na qual legitimamente confiava; no segundo exemplo, por ter levado a cabo despesas destinadas à conclusão de um negócio, depois gorado por culpa da contraparte, e por ter, na certeza ilusória de tal conclusão, descurado outras oportunidades possíveis”.

Sem embargo das diferenças, quer se trate de responsabilidade contratual, quer de extracontratual, não há como negar a possibilidade de impor o dever de indenizar. E a moderna tendência “vai no sentido de

parificar o regime dos dois tipos de responsabilidade”(ALMEIDA COSTA, “Responsabilidade civil...”, 1984, p.86).

Adicione-se que, na distribuição da justiça, não seria demasiado elementar, quiçá, rememorar que “da mihi factum, dabo tibi jus”. À idêntica conclusão conduzem ambas as hipóteses.

2.4. As possibilidades na jurisprudência brasileira

Colhem-se várias decisões que demonstram estarem abertas as portas do Poder Judiciário, para prevalecer a responsabilidade pela confiança gerada, pela lisura e boa fé nas negociações contratuais, em homenagem aos valores da segurança, da ética e da estabilidade nas relações jurídicas.

A temática não é estranha ao direito em movimento. Vem de longe a preocupação do Supremo Tribunal Federal (STF) com a responsabilidade em foco, espelhada em diversos acórdãos. Já o Recurso Extraordinário 43951, o Ministro Antônio Villas Boas determinava o pagamento de indenização pela violação do interesse negativo, seguindo os passos de vários acórdãos do Ministro Nelson HUNGRIA, v.g., no RE 21931 e 26820, nos quais, em ambos, a 1ª Turma do STF determinou a indenização do prejuízo sofrido em vista ou na esperança do contrato definitivo.

Conferiu-se, pois, valor jurídico à aparência, o que não é incongruente com o sistema do Código Civil que abriga tanto a hipótese do credor putativo quanto a da validade das alienações feitas pelo herdeiro aparente, a teor do artigo 1600.

Mencione-se ainda que em diversos pronunciamentos o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) admitiu a indenização por violação do interesse contratual negativo. A exemplo, o acórdão 9077, da 4ª Câmara Cível, relator Des. TROIANO NETTO, proferido na Apelação 30.961-7: na responsabilidade pré-contratual “cabe indenização dos danos negativos, por ter ocorrido confiança na realização do contrato”.

Por igual, na Apelação Cível 710/89, no mesmo Tribunal, o Des. OTO SPONHOLZ, ao prolatar o acórdão 6412 perante a 1ª Câmara, deixou bem

esclarecido que “em ação própria, possível é o exercício da pretensão indenizatória a título de perdas e danos”, dado que “não concretizado o negócio, os apelados sujeitam-se à reparação das perdas e danos, que poderão ser pleiteadas em ação própria”. Recentes decisões seguem e aprimoram esse encaminhamento no TJPR.

Também o Tribunal de Alçada do Estado do Paraná já se ocupou do tema, valendo mencionar, a título de ilustração, o acórdão então relatado pelo Juiz MARANHÃO DE LOYOLA, na Apelação Cível 2655 julgada pela 3ª Câmara em 11.10.88. Nesse julgamento deliberou-se pela reparação de dano causado pela não celebração de contrato prometido, em negócio que já ultrapassara a fase das tratativas prévias.

De 23.03.93 vem o julgamento, pela 3ª Câmara do TAPR, da Apelação Cível 43321-8, de Curitiba, em cujo acórdão 4135, da lavra do Juiz IVAN BORTOLETO, também por unanimidade se decidiu que o abandono dos negócios dá margem à indenização: “Indenizável em decorrência da culpa aquiliana as despesas de trabalho e material, ainda nas negociações preliminares, quando um dos contratantes criar no outro a expectativa de que o contrato seria celebrado”. Lê-se no corpo do acórdão:

“Pertinente, da mesma forma, as demais considerações da sentença sobre a prova testemunhal acerca da efetivação e desenvolvimento dos trabalhos, com indubioso dispêndio de conhecimento técnico e de material.”

Destarte, o abandono da negociações preliminares, como na hipótese vertente, traduziu arbítrio injustificado do apelante, e porque não dizer comportamento censurável, considerando que a fase de pontuação cria, no espírito do contratante, uma expectativa legítima de vir a ser concluído o negócio e, por isso, poderá ele realizar despesas, abrir mão de outros negócios, alterar planos, etc., justificando o dever de indenizar por culpa extra-contratual, conforme ensinamento de Silvio Rodrigues (“Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade”, 20. Ed., 1991, v.3)

Mais recentemente, no Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 32.942-9 - Rio Grande do Sul, relator o Ministro Sálvio de

Figueiredo, apreciou-se a obrigação de indenizar diante de “pactum de contrahendo”, ficando assentado, naquele caso, que “retirada arbitrária” é “hábil a ensinar a indenização por perdas e danos a ela concernentes”.

Pode-se depreender, com algumas variações, a presença da temática nos tribunais brasileiros, em dimensionamento não hostil a essa ordem de idéias.

2.5. *Dano e le gain manqué*

Evidenciado que, quer na via da violação contratual, que na da ofensa ao interesse contratual negativo ou à confiança, impõe-se à obrigação de indenizar, e tem vazão, nesse passo, fixar o alcance dessa obrigação. Há divergência nesse campo.

Ocorrendo a primeira hipótese, vale dizer, infringência contratual, dúvida nenhuma há do cabimento de composição em perdas e danos, observados os pressupostos pertinentes. Tratando-se de inexecução ou inadimplemento, não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, prevê o artigo 1056 do Código Civil, responde o devedor por perdas e danos.

“Não há margem, em nosso ver, para controvérsia diante do que dispõe o artigo 1059 do Código Civil: as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Esse dano, consoante ANTUNES VARELA, abrange não só o dano emergente – a diminuição efetiva do patrimônio do lesado – mas também o lucro cessante (“lucrum cessans”; “le gain manqué”) – o aumento que o patrimônio teria, mas deixou de ter, por virtude do fato do lesante”.⁴¹

⁴¹ “Direito das Obrigações”, RJ:Forense, 1977, p. 242. Se se tratar de responsabilidade pré-contratual, em sentido diverso, embora reconhecendo “que não é inteligente traçar uma regra categórica sobre o assunto” (p. 42), afirma Vitor Fernandes Gonçalves que “a inclusão da perda de outra oportunidade no ressarcimento do interesse negativo, conquanto seja perfeita sob o ponto de vista teórico, peca por retirar a identidade do interesse negativo, já que, em uma economia de mercado, ele tenderá a equivaler sempre ao interesse positivo” (na obra já referida “Responsabilidade civil por quebra da promessa”, p. 41), para concluir, em nosso ver sem acerto, que a limitação do ressarcimento ao interesse negativo poder revelar-se, com certeza, uma decisão muito mais justa, o que o julgador, os tribunais, devem examinar em cada caso concreto” (p. 155). Não temos essa certeza de justiça, sem embargo de nossa concordância, na parte final, com o exame de cada caso em si mesmo. Nada obstante, na monumental obra de paulo da MOTA PINTO, antes citada, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, à página 409, afirma que “não é claro que a indenização por culpa in contrahendo deva por regra ir até o interesse contratual positivo”.

Ainda mais: lucro cessante, esclarece AGOSTINHO ALVIM, não é somente aquele que se estancou, mas também é aquele que o credor não obterá, ainda que não viesse obtendo antes; e o dano emergente, não diz respeito somente a uma diminuição do ativo, como também a um aumento do passivo.⁴²

Delineada de modo isento de dúvida essa angulação, deve se prosseguir para o outro plano de verificação. Seria diverso se se tratar de responsabilidade civil aquiliana decorrente da ruptura unilateral das negociações preliminares?

A doutrina, de longa data, responde negativamente, senão vejamos. Antônio CHAVES se posiciona nesse sentido reconhecendo a possibilidade de existência de lucros cessantes mesmo em matéria pré-contratual, explicitando ao concluir recente nova edição de sua obra específica sobre o tema: “Entendemos, por último, alargar o alcance da reparação, incluindo não apenas as despesas efetuadas, não unicamente os danos emergentes, mas também os lucros cessantes, não hesitando mesmo em casos excepcionais, e admitir o reconhecimento dos danos futuros e das ocasiões frustradas”.⁴³ Ao discorrer sobre essa situação, entendeu Darcy BESSONE que a indenização devida “além do reembolso das despesas, pagar-lhe-á o correspondente aos lucros que houver deixado de auferir”.⁴⁴

No mesmo diapasão Antônio CHAVES, em sua “Responsabilidade pré-contratual”, anteriormente mencionada: “o que se deve indenizar, quando existia tal obrigação, é o dano total, e não só o ‘lucrum cessans’ ou o ‘damnum emergens’, há que convir que aos poucos terá quer ir se alargando o reconhecimento do âmbito do lucro cessante em matéria de responsabilidade pré-contratual” (consoante se lê na página 228). Com efeito, é dessa extensão que se trata.

É esse o entendimento, na doutrina portuguesa, de ALMEIDA COSTA. “O princípio básico da indenização, assevera, consiste em abrangerem nela todos os danos sofridos pelo lesado”, para concluir, respondendo a questão

⁴² À página 157, da obra clássica “Da inexecução das obrigações e suas conseqüências”. SP:Saraiva, 1949.

⁴³ “Responsabilidade pré-contratual”, 2. Ed., São Paulo:LEJUS, 1997, p. 2+7.

⁴⁴ Tal afirmação vem à página 69 do sempre citado estudo “Aspectos da evolução da Teoria dos Contratos” (SP:Saraiva, 1949).

acima posta: “A indenização do interesse positivo, abrange o dano emergente e o lucro cessante. Conseqüentemente, inclui não só diminuições de valores existentes suportadas pelo lesado com os preliminares do contrato e a sua ruptura, mas também benefícios que deixou de obter”(na obra “Responsabilidade Civil ...”, 1984, já referenciada, à páginas 76/7). Funda-se, pois, na seara da responsabilidade aquiliana, entre nós, o dispositivo magno da reparação estatuído no artigo 159 do Código Civil: ações ou omissões, causando dano, obriga à reparação.

E essa direção tem estribo em acórdão de 05 de fevereiro de 1981, relator Sá Gomes, do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, o qual assentou: “A indenização abrange os lucros cessantes sofridos pelos lesados em consequência das negociações decorridas e da sua ruptura...”. Correta, em nosso sentir, a conclusão a que chegou Récio Eduardo CAPPELARI em sua ímpar monografia, antes citada preambularmente, podendo a responsabilidade aí também compreender os lucros cessantes, ou seja, os ganhos que eram certos ou próprio do negócio (CAPPELARI, 1995, p. 129).

3. CONCLUSÃO: RECUPERAÇÃO DE VALORES NA ORDEM JURÍDICA

Um claro cenário se produz em torno da confiança: o repensar das relações jurídicas nucleadas em torno da pessoa e sua valorização como centro das preocupações do ordenamento civil. O tema de tutela da confiança não pode ser confinado a um incidente de retorno indevido ao voluntarismo do século passado, nem é apenas um legado da Pandectística e do postulados clássicos do Direito Privado. Pode estar além de sua formulação inicial essa temática se for posta num plano diferenciado de recuperação epistemológica.

Para tanto, de saída, há, de ser desfeita, em homenagem ao valor jurídico da confiança, a confusão conceitual que se incorre ao identificar consentimento. A expressão do consentimento pode se dar por palavras, gestos ou até mesmo pelo silêncio com valor jurídico, eis que o consentimento pode ser tácito e tacitamente expressar uma vontade, tratando-se, por conseguinte, de negócio jurídico por comportamento.

Considerando que a formação de um contrato pode ser um ato complexo, integrado por várias etapas, havendo condutas e afazeres, é possível sustentar a existência de negócio jurídico contratual concludente, e dessa relação jurídica comportamental de feição contratual emergem direitos e obrigações vinculantes para ambas as partes.

Ainda que assim não seja, vale dizer, mesmo que não se adentra à etapa contratual, para além disso cabe remarcar que geram obrigações e direitos subjetivos, mesmo na fase inicial, as “tratativas”, e tais direitos e obrigações derivam da quebra da confiança no curso das negociações preliminares.

Deve ser reconhecido o direito de recesso unilateral, no entanto, do exercício desse direito podem resultar duas ordens de consequências: se a saída das negociações for legítima e configurar uso normal desse direito, há apenas obrigação de pagamento de valores despendidos, contudo, se o rompimento advier do uso anormal ou mesmo do abuso desse direito, violando o interesse contratual negativo e quebrando a confiança que por atos e omissões tenha sido gerada entre os participantes das “preliminares”, é perfeitamente cabível também indenização por perdas e danos.

Daí porque concluímos: tanto a ruptura unilateral de negociações preliminares quanto a saída intencional de uma relação jurídica contratual podem gerar direito, à parte lesada, a uma indenização. A diferença está apenas na configuração da responsabilidade, eis que na primeira hipótese tratar-se-á de responsabilidade civil não contratual e na segunda de responsabilidade de natureza contratual. Nada obstante, quer um via, que por outra, há direito de exigir reparação de danos. E tais danos compreendem as perdas (prejuízos, bem assim despesas e desembolsos) e os lucros cessantes, com o abrigo no que dispõe o artigo 1059 do Código Civil brasileiro, independe da configuração da natureza jurídica da responsabilidade, quer contratual, quer extracontratual.

Esse comando aponta para a valorização dos comportamentos, ativos ou omissos, no tráfego jurídico, recobrando de juízo ético a percepção jurídica dos pactos e sua formação, em homenagem a valores que devem ser recuperados para repensar a ordem jurídica contemporânea.

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Além das obras específicas já referenciadas no curso do vertente trabalho, o estudo ora apresentado levou em conta relevante e expressivo elenco de autores e obras outras, dentre elas as seguintes:

- ANDRADE, Fábio Siebencichler de. Da codificação; crônica de um conceito. Porto Alegre: Liv. Do Advogado, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CÓRCOVA, Carlos María. Teorías Jurídicas Alternativas; escrito sobre Derecho y Política. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1993.
- CARVALHO, Orlando de. A teoria geral da relação jurídica; seu sentido e limites. Nota prévia. In: Para uma Teoria Geral da Relação Jurídica Civil. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, 1981. V. 1.
- CORREAS, Oscar. Introducción à la Crítica del Derecho Moderno. 2. ed. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1986.
- CRISCUOLI, Giovanni. Il Contratto Nel Diritto Inglese. Padova: CEDAM, 1990.
- DI JAMI, A. FRANCCARIO, L. Proprietà e Autonomia Contrattuale. Milão: Giuffrè, 1990.
- GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações. 2 ed. São Paulo: RT, 1980.
- HERRERA FLORES, Joaquín. Crisis de la ideología o ideología de la crisis? Respuestas neoconservadoras. Revista Crítica Jurídica do UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 13, p. 123-143, 1993.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. La Interpretación Económica de los Contratos. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1994.
- LUCHARIE, François. Les Fondements constitutionnels du droit civil. RTDC 2/82, p. 245-328.
- MEIRELLES, Henrique da Silva Seixas, Marx e o Direito Civil; para crítica histórica do paradigma civilístico. Dissertação, Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Filosóficas, Universidade de Coimbra-Coimbra, 1990.
- NETO LOBO, Paulo Luiz. Contrato e mudança social. Revista dos Tribunais n. 722, p.40-45, dez/95.
- _____. O Contrato - exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986.
- NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfil do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- PEREIRA LIRA, Ricardo César. Política e Direito. Cadernos da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRJ, ano 1, n.1. p. 97-104, set/95.
- PERERA, Angel Carrasco. El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas. Madrid: Tecnos, 1988.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. Para uma Crítica da Eficácia do Direito. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1984.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. O Estado e o direito na transição pós-moderno: para um senso comum sobre o poder e o direito. Revista de Ciências Sociais, Lisboa, n. 30, p.13-43, jun/90.
- TEPEDINO, Gustavo. Efeitos da crise econômica na execução dos contratos elementos para configuração de um direito da crise econômica. In Revista da Faculdade de Direito da UFRJ, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Renovar, 1994. P.195-225.
- TEPEDINO, Maria Celina Bodim de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Direito Civil da RT, São Paulo, n.65, p.21-32.
- WIEACKER, Franz. História o Direito Privado Moderno. 2. ed. Lisboa Calouste Gulbenkian, 1993.