

Artigo:

A BOA-FÉ OBJETIVA NAS FASES CONTRATUAIS

Renata Domingues Balbino Munhoz Soares¹

Sumário: 1. A boa-fé na fase pré-contratual e a ruptura das tratativas. 2. A boa-fé na fase contratual. 3. A boa-fé na fase pós-contratual.

1. A boa-fé na fase pré-contratual e a ruptura das tratativas.

A boa-fé objetiva tem aplicação no campo dos contratos, desde a fase preliminar, passando pela fase de execução ou contratual propriamente dita, até a fase pós-contratual.

Trataremos, em primeiro lugar, da responsabilidade pré-negocial, ou seja, da fase preliminar do contrato, tema oriundo da chamada *culpa in contrahendo*.²

Acerca desse tema, observa Judith Martins-Costa que "a doutrina da *culpa in contrahendo* foi formulada pioneiramente por Ihering, entendendo-se contemporaneamente, mediante tal noção, que 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".³

Para MENEZES CORDEIRO, a teoria da *culpa in contrahendo* veio permitir, num primeiro momento, o ressarcimento de danos causados, na fase pré-contratual, a pessoas ou a bens; e, num segundo momento, exigir a circulação

¹ Pós-graduada em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura e associada ao Brasilcon.

² "A concepção da chamada culpa in contrahendo nasce em 1861 com IHERING", *Responsabilidade Civil pré-negocial*, pág. 99.

³ *A boa-fé no direito privado*, pág. 485.

entre as partes de todas as informações necessárias para a contratação. Vejamos seus exemplos:

“26-set-1961: uma pessoa penetra num supermercado aberto ao público; escorrega numa casca de banana e fere-se; o dono do local é condenado por falta de segurança pré-contratual”.

“07-fev-1964: uma empresa realiza um concurso para a selecção de um trabalhador especialmente qualificado; é escolhida uma candidata, combinando-se uma data para a sua apresentação ao serviço e para a celebração formal do contrato de trabalho; a interessada falta e desrespeita outras datas depois acordadas, acabando por esclarecer que, por razões de saúde, nunca poderia aceitar o lugar em jogo; é condenada por não ter, desde o início, dado essa informação: inutilizou, com o seu silêncio, todo um concurso”.⁴

Várias são as hipóteses de responsabilidade pré-negocial: negociações preliminares indevidamente interrompidas; contrato celebrado inválido ou ineficaz ou; ainda, quando o contrato celebrado, apesar de válido e eficaz, tiver sido precedido de violação à boa-fé objetiva. Esta situação pode ocorrer quando há descumprimento dos deveres laterais, tais como deveres de informar, de segredo, de clareza, de lealdade, de protecção.

No entanto, daremos ênfase, aqui, à responsabilidade em decorrência da ruptura das tratativas.

O primeiro aspecto a ser considerado é a natureza jurídica dessa responsabilidade. A doutrina se divide da seguinte forma: alguns autores entendem tratar-se de responsabilidade contratual (como a doutrina majoritária alemã)⁵, outros de responsabilidade extracontratual, sob a alegação de que nessa fase ainda não existe contrato (como a maioria de doutrina no Brasil)⁶, e ainda existem aqueles que vêem a responsabilidade pré-contratual como um *tertium genus*, por possuir natureza *sui generis* (isto é, além da responsabilidade contratual e da extracontratual, haveria a pré-contratual).

⁴ *Tratado de Direito Civil Português*, págs. 397 e 398.

⁵ *Responsabilidade civil pré-negocial – O rompimento das tratativas*, pág. 166.

⁶ "Assim, pensam CHAVES, PONTES DE MIRANDA, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ORLANDO GOMES, CARVALHO DE MENDONÇA...", *Responsabilidade Civil pré-negocial*, pág. 149. Discordam desse entendimento CARLYLE POPP, que a considera de natureza contratual e RÉGIS F. PEREIRA, que a vê como *tertium genus*, *Responsabilidade Civil pré-negocial*, págs. 149 e 150.

De início, devemos já esclarecer que a responsabilidade pré-contratual decorre “não do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter-se concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado, à outra, a expectativa legítima, de que o contrato seria concluído.”⁷

Na Itália, predomina a opinião de que é necessário que exista confiança razoável entre as partes e o rompimento injustificado das tratativas, bem como dano decorrente da interrupção, para que haja responsabilidade pré-contratual. Diz o artigo 1.337, do Código Civil Italiano: “as partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação dos contratos, devem comportar-se segundo a boa-fé”.

Doutrinariamente, foi a teoria da *culpa in contrahendo* (IHERING) que influenciou o Código Civil Alemão (BGB, de 1896), o pioneiro em se tratando de boa-fé objetiva.

Somente muito após a publicação do artigo de IHERING, alguns autores brasileiros começaram a admitir a responsabilidade pré-contratual. ANTÔNIO CHAVES foi o primeiro autor pátrio a dedicar-se a um estudo teórico e específico sobre o assunto, sob o título "Responsabilidade Pré-Contratual".⁸

Depois vieram muitos outros, como PONTES DE MIRANDA, CAIO MÁRIO, SERPA LOPES, etc.⁹

Pontes de MIRANDA já ressaltava, no âmbito das tratativas, a importância da tutela da confiança: "o que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam relações jurídicas de confiança, e não só relações morais. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato."¹⁰

Para ORLANDO GOMES, "se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a expectativa de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer

⁷ *A boa-fé no direito privado*, pág. 494.

⁸ *Responsabilidade Civil pré-negocial*, pág. 143.

⁹ *Responsabilidade Civil pré-negocial*, pág. 148.

¹⁰ *Responsabilidade Civil pré-negocial*, pág. 259.

despesas, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá o direito de ser ressarcido dos danos que sofreu.”¹¹

O nosso Código Civil de 1916 nada dispõe sobre a responsabilidade pré-negocial, assim como nada dispõe sobre a cláusula geral de boa-fé.

No entanto, o Novo Código Civil (de 2002), atento à evolução do direito dos contratos, prevê, no art. 422, a boa-fé objetiva, como cláusula geral, sem deixar, contudo, explícito, a incidência desta na fase pré-contratual. Para corrigir essa lacuna, já está tramitando no Congresso Nacional um Projeto de emenda ao art. 422 (proj. nº 6960, de 2002), da autoria de Ricardo Fiuza, prevendo a incidência também nas fases pré e pós-contratual.

Dispõe o artigo 1º do referido projeto: “Os artigos ... 422, (...) passam a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim *nas negociações preliminares* e conclusão do contrato, como em sua execução e *fase pós-contratual*, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade’.
(NR)”

Quando falamos em responsabilidade pré-contratual, partindo do pressuposto de que a consideramos desta natureza¹², devemos observar a presença de certos requisitos necessários à sua ocorrência, quais sejam:

- a) afronta à boa-fé objetiva e à dignidade da pessoa humana;
- b) existência de consentimento prévio ao início das tratativas;
- c) rompimento ilegítimo das tratativas, ou seja, sem justa causa;
- d) ocorrência de prejuízo; e, por fim,
- e) a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido.

¹¹ *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, pág. 131.

¹² Faço minhas as palavras de Carlyle Popp: "Há muito foi o tempo em que havia separação absoluta entre contrato celebrado e negociações contratuais. Estas, da mesma forma que a publicidade e a oferta, regem-se pelo sistema contratual." O autor justifica sua posição: “A relação jurídica não nasce do ilícito, mas é a ele preexistente. O dever genérico de não prejudicar não nasce do ordenamento jurídico, mas sim, do conteúdo das tratativas e da conduta das partes. Isso porque, vista a obrigação como totalidade, estes deveres acessórios geram a obrigação de prestar, mas somente àqueles que se encontram sujeitos a este vínculo preexistente.” *Responsabilidade Civil pré-negocial*, pág. 149.

Hodiernamente, a relação obrigacional não pode ser mais vista como um vínculo entre sujeito ativo e passivo pura e simplesmente. Existem obrigações secundárias e deveres laterais decorrentes dessa relação. Esses deveres laterais decorrem da boa-fé objetiva. A violação desse dever de boa-fé, que na fase pré-contratual refere-se à obrigação de não violar a confiança da outra parte, é o primeiro requisito exigido para a configuração da responsabilidade em questão. Para verificar se houve confiança e se foi violado esse dever são necessários dois elementos: 1º) objetivo: se o comportamento do declarante era suficiente para gerar confiança segundo um padrão médio; e 2º) subjetivo: se o declaratório efetivamente confiou no comportamento da parte contrária.¹³

Em segundo lugar, é necessário o consentimento ao início das tratativas. Para que haja consentimento às negociações, são necessárias duas declarações de vontade, convergentes, direcionadas ao mesmo objeto, bem como a consciência de que as responsabilidades das partes aumentarão à medida em que as tratativas forem evoluindo.

O terceiro requisito exigido para que haja responsabilidade pré-contratual é a ruptura injustificada das tratativas, com violação da confiança. Judith MARTINS-COSTA deixa claro que se entende por “ruptura injustificada aquela que é destituída de causa legítima, a que é arbitrária, a que compõe o quadro do comportamento desleal de um ponto de vista objetivamente averiguável”.¹⁴

Observa Carlyle Popp que, por vezes, “a parte tem motivos para encerrar as tratativas, mas esta razão não deve ser vista sob o seu ângulo subjetivo, mas sim, em consideração da outra parte. Este é o critério”. Frisa, outrossim, “que o grau de exigibilidade interpretativa para se considerar uma ruptura de negociações como legítima será tão mais exigente quanto maior o grau de confiança existente na parte contrária.”¹⁵

Além dos requisitos já analisados, é imprescindível que haja dano, prejuízo efetivo, material ou imaterial.

¹³ *Idem*, pág. 119.

¹⁴ *Idem*, pág. 260.

¹⁵ *Idem*, pág. 260.

Por último, é importante que se configure o nexo de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido.

Vejamos alguns exemplos.

Já no Direito Romano encontramos uma noção de boa-fé que admite comparação com a noção objetiva de boa-fé que hoje falamos. Pertinente se faz o exemplo narrado por CÍCERO¹⁶: "CANIO, cidadão romano, estava desejoso de adquirir uma casa em Siracusa para passar o verão. PIZIO, siracusano e proprietário de casa em tal região, sabedor do desejo de CANIO, convida-o para jantar, arquitetando previamente com os pescadores locais para, durante o jantar, levar à casa dele grande quantidade de peixe. Ocorrido isto, CANIO fica surpreso com tal situação, PIZIO informa-o de que como a região era muito pródiga em peixes, este procedimento era muito comum de parte dos pescadores. CANIO então resolve fazer uma proposta para adquirir a casa e PIZIO, demonstrando surpresa, realiza falsa resistência. Consegue, por fim, vender o imóvel por preço muito superior ao devido. Com grande sobressalto, já no imóvel, CANIO percebeu que os pescadores não viriam e que fora enganado."¹⁷

A jurisprudência brasileira já cuidou de hipótese de responsabilidade pela ruptura das tratativas, em inúmeros casos, sendo o mais famoso o “caso dos tomates”, ocorrido no Rio Grande do Sul.¹⁸

Os fatos são os seguintes: um agricultor do município de Canguçu, na zona sul do Estado do Rio Grande do Sul, costumava plantar tomates, cujas sementes lhe eram entregues pela CICA (Companhia Industrial de Conservas Alimentícias), na qual, à época oportuna, adquiria a produção, para posterior industrialização. Na safra de 1987/1988, a CICA deixou de adquirir o produto, tendo o agricultor, como de praxe, realizado a plantação. Aí, o agricultor pleiteou indenização pelos danos sofridos com a perda da produção, uma vez que não teve a quem vender o produto.

O processo foi ao Tribunal, sendo o Relator Ruy Rosado de Aguiar Júnior (hoje, ministro do STJ), que proferiu o seguinte voto:

¹⁶ Conferir em "A Responsabilidade Pré-Contratual", de Francesco BENATTI, págs. 09-10 e "Notas sobre a Responsabilidade Pré-Contratual", de Ana PRATA, págs. 07.

¹⁷ *Responsabilidade Civil Pré-negocial*, pág. 99.

¹⁸ Ver *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*, pág. 227.

“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...”.

Assim, o Tribunal do Rio Grande do Sul reconheceu que a CICA havia criado expectativas nos possíveis contratantes, pecando contra a boa-fé, ao se recusar a comprar a safra dos tomates, ocasionando prejuízo aos pequenos agricultores, que tinham se baseado na confiança despertada antes do contrato, na fase pré-contratual.

Na fase pré-contratual, das tratativas ou negociações preliminares, onde ainda não há contrato, já existe algo que vincula as pessoas interessadas, como deveres que uma parte precisa ter como correção de comportamento em relação a outra.

A maioria dos negócios jurídicos é precedida de negociações, entendimentos, chamadas tratativas, nas quais se discute a melhor forma de contratar.

Iniciadas as tratativas, delas pode advir ruptura e, da ruptura, responsabilidade civil pré-contratual.

Se analisarmos, com rigor, como se processa cada negócio, chegaremos à conclusão de que uma fase preparatória, por mais rápida que seja, verifica-se sempre, apesar de nem sempre ser percebida pelas partes.¹⁹

Iniciam-se as tratativas quando as partes começam a se relacionar. Não há expectativa relevante à celebração do negócio. É uma mera fase de contatos e conhecimento. Ainda não houve a instauração de qualquer relação de confiança entre as partes, podendo interrompê-la sem qualquer dever de ressarcimento.

Verificando as partes a conveniência de prosseguir nas tratativas, inicia-se a chamada fase intermediária. O processo de confiança evolui, na

expectativa de formação do vínculo negocial, podendo ensejar a obrigação de reparar o interesse negativo, ou seja, as despesas que as partes realizaram no intuito de celebrarem o contrato, os prejuízos que sofreram com o rompimento abrupto e sem justa causa das negociações, o negócio que deixou de celebrar, as oportunidades perdidas. Nesse *iter* negocial, as partes têm o dever de proceder com lealdade, observando regras de correção, de acordo com a boa-fé objetiva.

Na fase final, as partes já esperam, com um nível de confiança muito grande, a conclusão do negócio. Se alguma das partes romper a confiança da outra, violando os deveres impostos pela boa-fé objetiva, deverá indenizar a outra tanto pelos interesses negativos como pelos interesses positivos (próprios do contrato).²⁰ Alguns autores, como Ana Prata²¹, entendem ser possível a tutela específica dessas obrigações (art. 639, do CPC), se estiverem presentes os elementos essenciais do contrato.

Há um acórdão relatado pelo Des. JOSÉ OSÓRIO que retrata um caso de violação do princípio da boa-fé objetiva na fase das tratativas²². Vejamos:

"SERASA – Tutela antecipada. Cabimento. Princípio da fungibilidade de tutelas. Lançamento do nome do agravante como inadimplente quando estava sendo cumprido acordo entre as partes, ainda que este não estivesse formalizado por escrito. Inadimplência não caracterizada. Princípio da boa-fé objetiva. Recurso provido (TJSP – 4ª Câmara de Direito Privado; AI n. 170.143-4/3-00, Avaré-SP; j. 9/11/2000; v.u.).

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão de fls. 13/15 que indeferiu pedido de tutela antecipada dirigido a retirar o nome do

¹⁹ *Responsabilidade Civil Pré-negocial*, pág.229.

²⁰ "No caso de responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais não há ainda contrato estabelecido. Nenhuma das partes adquiriu direito a obter uma prestação. O que vem a ser frustrado pela ruptura das negociações é a sua expectativa na conclusão do contrato. Ocorre que os contratantes não dispõem de um direito ao estabelecimento da relação jurídica contratual, o que faz antever que não podem pretender serem indenizados pelas vantagens que o contrato, se estipulado, iria lhes trazer. O que pode ser violado na ruptura injustificada das negociações contratuais é a confiança que o contraente depositou na estipulação do contrato e não a obrigação em si de estipulá-lo. A responsabilidade pela ruptura das tratativas somente pode compreender os prejuízos que o contraente sofreu em razão de ter, de boa-fé, confiado na conclusão do contrato. Esses prejuízos se limitam, em princípio, portanto, às despesas em que incorreu durante o desenrolar das tratativas e eventualmente os prejuízos decorrentes da perda de algum outro negócio de que tenha desistido, em virtude de estar negociando o contrato que posteriormente não veio a se estabelecer.", *A responsabilidade civil pré-contratual*, pág. 377.

²¹ ver *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, Ana Prata.

²² in *Boletim AASP n. 2300, de 3 a 9/2/2003, pág. 2533.*

autor do cadastro do Serasa em face de refinanciamento da dívida objeto do apontamento.

Segundo as razões, foi celebrada entre as partes uma operação de crédito da qual resultou a emissão de uma cédula rural hipotecária no valor de R\$ 40.000,00. Impossibilitado de pagar, pleiteou o agravante a repactuação da dívida, o que afirma ter sido aceito pela agravada, sendo que 30% do débito foi pago em 2 parcelas mensais, sendo o restante parcelado em 6 vezes. Afirma o agravante que, mesmo assim, foi lançado seu nome no cadastro de inadimplentes, indevidamente, e no valor de R\$ 38.524,97, sendo que R\$ 13.460,00 já tinham sido pagos.

(...)

O recurso comporta provimento.

O que se discute nesse agravo não é o aperfeiçoamento ou a regularidade da repactuação do contrato entre as partes, mas o lançamento do nome do agravante no rol dos inadimplentes ainda quando as partes estavam na **fase de tratativas do acordo** (grifo nosso).

Ora, afigura-se evidente o descabimento do lançamento do nome do agravante no Serasa em 17/4/2000, se em 19/5/2000 (fls. 86) o banco agravado envia-lhe correspondência com o seguinte teor:

'Tendo em vista a aprovação do acordo em referência proposto por V. Sa. solicitamos seu comparecimento (...) para formalização do mesmo com a aposição das assinaturas no aditivo de acordo e posteriormente registro do mesmo (...) Salientamos que o não cumprimento do acima, no prazo estipulado, tornará automaticamente cancelado o acordo proposto'.

E a proposta do agravante ao banco-agravado foi recebida por este em 6/4/2000.

Ora, havia ainda a oportunidade de formalização, dada pelo próprio agravado, sendo que isso vinha sendo entabulado entre as partes desde o mês anterior, como é prova outra correspondência do agravado, datada de 7/4, no seguinte teor (fls. 45):

'Conforme entendimento ocorrido em 23 p.p., foi efetuado depósito no valor de R\$ 6.730,00 referente a 15% do valor total do financiamento de Custo de Crédito Rural, vencido em 15/2/2000, e que, nos primeiros dias do mês de abril

haveria outro depósito de igual valor, completando 30% do financiamento e na mesma data deveria ser protocolado pedido de Parcelamento do Financiamento, e o mesmo seria encaminhado ao departamento competente para análise e o prazo para estes trâmites não poderia ultrapassar 60 dias do vencimento do financiamento ocorrido em 15/2/2000 (fls. 45)'.
O argumento do agravado de que houve acordo, mas que o autor não compareceu para assinar, não tem relevância.

A questão é que não havia inadimplência a justificar a inclusão no Serasa em 17/4, quando o acordo, ainda não formalizado por escrito, já vinha sendo cumprido pelo agravante, que pagou duas parcelas, respectivamente, em 23/3 e 14/4 (2 parcelas de R\$ 6.730,00 – fls. 46), as quais não foram recusadas pelo banco-agravado.

Tem aplicação, nesse sentido, o princípio da boa-fé objetiva, aplicável ainda na fase das tratativas, e que no caso sub judice afasta, por si só, a juridicidade do lançamento do cliente no rol de inadimplentes no momento em que este foi feito.

Do exposto, dá-se provimento ao recurso."

No direito italiano, há um caso de responsabilidade pré-contratual mencionada por Vincenzo Roppo, em seu livro "Il Contratto del Duemila", ao se referir a "situazioni nelle quali una parte abbandona una trattativa già molto sviluppata e quasi perfezionata.": "Anche qui l'altra parte potrà sostenere che (per lo stadio avanzatissimo della trattativa, per gli accordi parziali già raggiunti, per le lettere d'intenti già sottoscritte, ecc.) il contratto in realtà si è formato. Spesso la fondatezza di questa pretesa si misura su un crinale sottilissimo: che la decisione si assesti di qua o di là del crinale è molto incerto, e dipende da fattori millimetrici. Se si assesta di qua, il contratto è formato e la parte ha titolo a invocare una tutela per vincolo. Se si assesta di là, il contratto non è formato non c'è tutela per vincolo: ma c'è almeno tutela per risarcimento, che scaturisce da una responsabilità precontrattuale di controparte."²³

Diferente das negociações preliminares é o contrato preliminar ou pré-contrato. Não se deve confundi-los. No contrato preliminar existe um negócio jurídico, ainda que prefacial, pronto e acabado, no qual as partes já estabeleceram

de forma clara o seu querer acerca do contrato futuro a ser realizado; nas negociações preliminares, ao contrário, as partes estão deliberando acerca das condições do contrato a celebrar, estão em tratativas, sequer definido está se efetivamente chegarão a pactuar.²⁴

A formação do contrato, hoje, se dá de uma forma progressiva. Não existe mais aquela fórmula clássica "proposta x aceitação", sem iniciar algumas negociações preliminares, para melhor conhecimento da proposta e análise mais profunda de seus aspectos, com a participação de técnicos, advogados, fiscais, etc. Há uma fase que antecede a oferta. Posso me aproximar do outro e dessa aproximação sair ou não uma negociação porque as partes são livres, mas esta liberdade deve ser conciliada com os deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva. O princípio de correção e boa-fé nas tratativas deve ser entendido no sentido objetivo, não interessa a intenção. Se durante as tratativas eu mantive alguém na expectativa razoável de fazer negócio, e não quis fazer negócio, eu não estou obrigada a fazê-lo, mas se houve nesse ínterim prejuízos à parte, a responsabilidade é objetiva – há uma ação (ou omissão), um dano e um nexo de causalidade – há, portanto, a obrigação de indenizar. Essa responsabilidade decorre, hoje, de dever de boa-fé imposto pelo art. 422 do Novo Código Civil.

O direito à ruptura das tratativas propriamente ditas era visto como um direito decorrente do princípio da autonomia da vontade, ou seja, o não querer contratar era visto como um direito da parte que entra em tratativas.²⁵ Hoje, esse panorama mudou. Com a mitigação do princípio da autonomia da vontade pelo princípio da boa-fé objetiva, a liberdade de contratar não é mais ilimitada, e, sim, condicionada à observância dos deveres laterais decorrentes da boa-fé, como os deveres de informar, de lealdade, de correção, de clareza, de segredo, etc.

2. A boa-fé na fase contratual.

²³ Pág. 68.

²⁴ *Responsabilidade civil pré-contratual*, pág. 235.

²⁵ "O direito brasileiro da primeira metade do século era baseado em uma concepção de liberdade, cujo interesse individual, de caráter eminentemente egoístico, predominava.", *Responsabilidade civil pré-negocial*, pág. 257.

O princípio da boa-fé objetiva também incide na fase de conclusão e execução dos contratos.

As partes têm o dever de agir de maneira coerente durante todo o *iter* contratual, desde a fase pré-contratual, vista no item anterior, até a fase pós-contratual, objeto de exame a seguir.

Os deveres decorrentes da boa-fé objetiva exigidos na fase pré-contratual coincidem com os deveres exigidos na fase contratual, só que com maior amplitude.

Esse aspecto foi bem analisado por Loureiro: “Na fase de celebração do contrato os deveres coincidem com os da etapa anterior, mas com uma transcendência maior. A atitude que se exige das partes na fase de celebração do contrato pode ser qualificada como lealdade ao tratar, clareza e abstenção de qualquer forma de dolo que possa induzir a uma falsa determinação da vontade da parte contrária.” E continua: “A mesma transparência que deve existir nas negociações, deve também prevalecer no momento em que as partes expressam sua manifestação de vontade com o fim de concluir o negócio jurídico.”²⁶

Com a previsão da boa-fé objetiva - na fase de conclusão e execução do contrato - pelo Novo Código Civil, no seu art. 422, sua incidência passa a ser geral, ou seja, tem aplicação a contratos de qualquer natureza, ainda que não se refiram a relações de consumo (como prevê o Código de Defesa do Consumidor).

Dispõe o citado art. 422, *in verbis*: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”.

Ao falarmos em boa-fé no cumprimento do contrato, devemos lembrar que as partes têm que cumprir o pactuado, bem como sujeitarem-se aos seus efeitos. Continua existindo o princípio do “*pacta sunt servanda*”, mas, mitigado pelo princípio da boa-fé objetiva, que impede, nas palavras de Loureiro, “que o credor possa exigir mais do que o consentido pela equidade e esta atende basicamente as circunstâncias do caso, e às particularidades da pessoa, tempo e

lugar e modalidades do negócio. A boa-fé aparece como remédio frente à uma pretensão que haja perdido equidade ou senso de justiça”.

O próprio STJ admite que a liberdade contratual (*pacta sunt servanda*) perdeu a soberania (Resp. 292.942 MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira): “O caráter da norma pública atribuído ao Código de Defesa do Consumidor derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros da lei...”.²⁷ Nesse sentido, o mesmo ocorre com o Novo Código Civil, ao prever, em seu artigo 422, o princípio da boa-fé objetiva – o *pacta sunt servanda* é um princípio derogado pelos deveres impostos aos contratantes decorrentes da boa-fé.

Nesta fase contratual, portanto, “a boa-fé aponta a maneira de como deve o contratante agir, sempre orientado para a consecução de sua prestação contratual. Trata-se de não fazer aquilo que, direta ou indiretamente, possa dificultar ou impedir o alcance do resultado pretendido. Vale dizer, os contratantes devem realizar todos os atos necessários para que seja alcançado o resultado desejado, ainda que tal comportamento não tenha sido expressamente previsto e na medida, é óbvio, que não seja completamente estranho ao objeto do contrato ou que agrave a obrigação do devedor de forma exagerada.”²⁸

A boa-fé objetiva, dentre outras funções, tem a função de proibir que as partes regressem contra atos próprios.

Uma das situações já consagradas na doutrina e jurisprudência, que explica essa última função do princípio da boa-fé objetiva, é a teoria dos atos próprios, conhecida, também, como “*venire contra factum proprium*”.

“A teoria dos atos próprios parte do princípio de que, se uma das partes agiu de determinada forma durante qualquer das fases do contrato, não é admissível que em momento posterior aja em total contradição com a sua própria conduta anterior. Sob o aspecto negativo, trata-se de proibir atitudes contraditórias da parte integrante de determinada relação jurídica. Sob o aspecto positivo, trata-se de exigência de atuação com coerência, uma vertente do imperativo de observar a palavra dada, contida na cláusula geral da boa-fé.

²⁶ *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*, pág. 73.

²⁷ RSTJ 151/454.

²⁸ *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*, pág. 75.

O que se quer evitar com a proibição do *venire contra factum proprium* é que a parte da relação jurídica contratual adote mais de um padrão de conduta, segundo as vantagens que cada situação possa lhe oferecer. Não se pode admitir que, em um momento, a parte aja de determinada forma e, no seguinte, de forma totalmente diversa, apenas porque, nesse segundo momento, não lhe é conveniente adotar a mesma postura que adotou anteriormente.”²⁹

Exemplificando, temos o caso de um consumidor que, por seu comportamento, colaborou para a ocorrência do prejuízo alegado posteriormente. Trata-se de um caso em que o consumidor pagava, reiteradamente, com grandes atrasos, as prestações devidas à loja fornecedora. Em razão de tal comportamento, a loja procedia ao cadastramento do consumidor no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC). Pagando também a última prestação com atraso, e não tendo o imediato cancelamento no SPC, ingressou o consumidor em juízo postulando indenização por danos extrapatrimoniais. O caso foi submetido ao Tribunal do Rio Grande do Sul, que julgou pela improcedência da ação, fundamentando sua decisão desta forma: “se a autora, reiteradamente, pagou com atraso as prestações, isto deu suporte ao cadastramento permitido em lei e originou os possíveis prejuízos”. A boa-fé, desta forma, serviu para afastar pretensões indenizatórias do consumidor, pois foi o seu comportamento que levou à ocorrência do prejuízo alegado.

Outra hipótese que me afigura elucidativa do referido princípio é o caso da Contubel Materiais de Construção Ltda. (massa falida) contra Tubos e Conexões Tigre Ltda., in Embargos Infringentes nº 79.589-4/8-02, Relator Des. JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JÚNIOR:

Ementa: "Responsabilidade contratual. Redução abrupta de preço. Surpresa e prejuízo para o revendedor. Ação indenizatória procedente. Condenação em dano emergente e lucro cessante. Apelação provida. Voto vencido. Embargos infringentes. Recebimento em parte, afastados os lucros cessantes."

²⁹ *A responsabilidade civil pré-contratual*, R. F. Pereira, pág. 85.

"Contubel Materiais de Construção Ltda., ora massa falida, propôs ação de reparação de danos materiais e morais, pelo rito ordinário, contra Tubos e Conexões Tigre Ltda., sob alegação de que atua há mais de uma década como revendedora de produtos da ré; que sempre manteve estoque elevado de tais mercadorias; que, certa feita, sem aviso preliminar, a ré baixou dramaticamente seus preços, em algumas oportunidades sucessivas, causando à autora prejuízos, mormente porque seus estoques haviam sido adquiridos pelo preço anterior, mais alto; que tentou obter compensações pelas perdas, mas não obteve; e que sofreu prejuízos de monta, que devem ser indenizados.

Como a autora-embargante havia feito vultosas compras às vésperas do primeiro aumento, estava com estoque cheio e encontrou naturais dificuldades em se desfazer dele. A existência de prejuízo é evidente.

A análise jurídica da forma como a ré-embargada se conduziu no curso do contrato não deixa dúvida de que seu comportamento foi abusivo, surpreendendo imotivadamente a revendedora, que ficou com seu estoque praticamente invendável.

O comportamento anormal verificou-se não na redução propriamente dita dos preços (fato desejado por toda a sociedade) mas na ausência de aviso com tempo hábil para a revendedora adaptar-se à nova situação de mercado.

As relações econômicas e jurídicas entre as partes eram antigas e não podiam ser alteradas unilateral e abruptamente em ponto tão sensível, como é o preço, de forma a atingir tão gravemente a atividade da revendedora.

Exatamente por ser a comandante do mercado, no setor, maiores responsabilidades pesam sobre a ré, dentro das normas de um capitalismo moderno.

A alteração abrupta do preço não se deu por fato de terceiro, estranho às partes, à revelia da ré. Tudo se passou em função do seu exclusivo interesse. Embora esse interesse seja compreensível e saudável, não pode ser imposto ao seu contratante sem atenuações.

Em caso que tem semelhança com o presente - Ap. 132.234.1, este relator teve oportunidade de dizer: Sem dúvida que a ré pode adotar as regras que preferir. Mas a imposição delas, no curso do contrato, há de ser feita

critériosamente, respeitadas as situações consolidadas, do ponto de vista jurídico e comercial.

As normas da ré não são leis, no sentido próprio. Aliás, até as leis respeitam as situações constituídas, e mesmo as transitórias.

Na verdade, o conteúdo de um contrato é mais amplo do que pensa a velha ordem comercial.

Como também já foi dito noutra ocasião - Ap. 115.074.1: 'Regras técnicas, deveres específicos e comportamentos adequados são subentendidos nos contratos, seja porque a lei os estabelece seja porque os consagra o uso. É o que se vê da lição do Prof. Galvão Telles, 'Manual dos Contratos em Geral', Lisboa, 1965, p. 360. Prossegue o mestre: Assiste-se dessa sorte à 'inflação do conteúdo obrigatório do contrato', na expressão feliz de Josserand. Inflação ou enriquecimento que se legitima com o importante princípio (e bom era vê-lo mais fundamentado gravado nas consciências) de que os contratos se devem cumprir de boa-fé, e bem assim com a regra de que obrigam tanto ao que é nele exposto, como às suas consequências usuais e legais (...).

Em suma, a alteração abrupta imposta pela ré foi abusiva, gerando, assim, o dever de indenizar."

Vê-se na argumentação do relator a incidência, mais uma vez, do princípio da boa-fé por ocasião da proibição do *venire contra factum proprium*.

A jurisprudência portuguesa, como bem observa MENEZES CORDEIRO, em sua "Tratado de Direito Civil Português"³⁰, acolheu a proibição do *venire contra factum proprium* com grande amplitude:

Rpt 18-nov-1993: "haverá *venire* se uma parte cria na outra a confiança de que jamais invocaria a falta de ratificação dum negócio e vem, depois, em contestação, invocar essa falta";

RCb 28-jun-1994: "há *venire contra factum proprium* quando o vendedor, decorrido o prazo de caducidade, aceita perante o comprador reparar a coisa e, depois, na acção proposta por este, invoca a excepção de caducidade da garantia.";

STJ 5-fev-1998: "O *venire* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo

exercente: o comportamento que tenha imprimido confiança aos sujeitos envolvidos ficaria de pé.”.

Outra importante aplicação da boa-fé objetiva na fase contratual, além da proibição do *venire contra factum proprium*, é a imposição de deveres laterais aos contratantes, como o dever de informação, lealdade, cooperação, segurança.

Portanto, a boa-fé projeta-se na fase de cumprimento das obrigações, sejam elas principais, secundárias ou laterais (como os deveres anexos de conduta impostos pela boa-fé objetiva).

A idéia, nas palavras de F.A. Martins, “é a de se assegurar uma adequada execução do ordenamento obrigacional, com vista à realização dos interesses nele co-envolvidos”.³¹

3. A boa-fé na fase pós-contratual.

Numa perspectiva de obrigação como processo, a obrigação decorrente de um contrato já findo faz parte dos deveres exigidos pela boa-fé objetiva.

Na fase pós-contratual, ainda há a possibilidade de exigir boa-fé dos contratantes, pois os deveres anexos, como os de colaboração, informação e segredo, ainda vigoram.

O dever de segredo, nas lições de LOUREIRO, impõe à parte o dever de se abster de difundir ou de fazer chegar a terceiros informações que tenha tomado conhecimento por força do contrato e cuja divulgação pode causar prejuízos à outra parte.³²

³⁰ Págs. 253 e 254.

³¹ *A boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações Brasileiro*, pág. 94.

³² *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*, pág. 76.

Acompanhemos o seguinte exemplo, relatado pelo Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que constitui um caso de aplicação do princípio da boa-fé.³³

As autoras da ação adquiriram das rés todas as quotas da sociedade familiar que estas fundaram para exploração comercial de uma escola de educação infantil, em Campinas, em imóvel de propriedade de Cláudio (pai das rés – circunstância esta desconhecida pelas autoras).

O negócio foi fechado em 26 de abril de 1996, por intermédio de instrumento particular que trouxe a seguinte cláusula (oitava), garantindo às autoras a possibilidade de manterem a escola no local em que já funcionava: “As vendedoras prometem ceder em locação comercial, na forma de instrumento específico a ser elaborado após a assinatura deste instrumento, às compradoras, o imóvel descrito conforme alvará de uso de nº 00000/XX, expedido pela Prefeitura Municipal de Campinas em 17/04/96”.

Em seguida, acordaram (cláusula nona - disposições diversas): “as partes concordam em que é de interesse mútuo e recíproco o adimplemento das respectivas obrigações previstas neste instrumento e declaram que envidarão os seus melhores esforços para praticar tempestivamente todos os atos cuja responsabilidade lhes caiba em decorrência do presente, de modo a tornar possível o total cumprimento deste contrato”.

“Portanto, o assunto ‘locação’ do prédio integra o contexto da causa do contrato de transferência total das quotas da sociedade educacional.”

O imóvel que servia de escola pertencia ao pai das antigas sócias-vendedoras e, em 1º de junho de 1996, ele assinou um novo contrato de locação com as autoras, com prazo de dois anos, mediante aluguel mensal.

O lance mais importante, no entanto, estava por eclodir. Cinco meses depois de renovada a locação, o pai das rés e locador das autoras providenciou uma notificação, materializando seu propósito irretroatável de vender o imóvel.

A partir daí e da publicidade da venda iminente do imóvel, ocorrida em reunião com os responsáveis dos alunos, desencadeou-se a derrocada

comercial, operando-se uma saída gradativa dos clientes até inviabilizar-se completamente a atividade.

“Não é preciso consultar investidores da área educacional para concluir que o primeiro requisito ou estratégia de êxito comercial para uma escola infantil em bairro residencial é a identificação do imóvel que vai servir de prédio escolar. Escolas de recreação educam as crianças e são escolhidas pela excelência dos serviços e, principalmente, pela facilidade de acesso dos pais, um item fundamental para a família sobrecarregada com compromissos de trabalho e de transportes em trânsito complicado e perigoso.”

Em razão desse acontecimento, ocorreu o fechamento da escola e as autoras desejam receber, em devolução, a importância que pagaram, considerando que o fato consagra a deslealdade das vendedoras pelo rompimento do pacto de confiança solenizado na cláusula nona do contrato.

Como se vê, o exemplo acima remete-nos à idéia de boa-fé, uma vez que o comportamento das rés configura a violação dos deveres de lealdade e probidade entre os contratantes.

Ainda sobre a responsabilidade pós-contratual, podemos citar dois exemplos trazidos por MENEZES CORDEIRO e um por L. G. LOUREIRO, respectivamente³⁴:

“O proprietário de um imóvel vendeu-o e o comprador que o adquiriu, aproveitando a bela vista, constrói uma casa com valor seis vezes superior ao do solo. O próprio vendedor chamou a atenção do comprador para a vista privilegiada e afirmou que não havia risco de atrapalhar tal visão uma vez que a Prefeitura proibia a construção elevada no imóvel da frente. Concretizado o contrato, o vendedor comprou o imóvel da frente e conseguiu na prefeitura alteração do plano da cidade, para que fosse permitido ali fazer uma construção. Assim, sua conduta, a princípio, não era ilícita. No entanto, poder-se-ia aplicar a regra da boa-fé, já que faltou este último com a lealdade no contrato que já estava acabado. Perturbou a satisfação do comprador resultante do contrato já executado. Há, portanto, falta de boa-fé *post pactum finitum*.”

³³ in Declaração de voto vencido na Apelação Cível nº 103.025-4/0

³⁴ *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*, pág. 76.

No segundo exemplo, “uma dona de boutique encomendou a uma confecção de roupas 120 casacos de pele. A confecção produziu os casacos, vendeu-os e entregou-os conforme combinado. Liquidado esse contrato, a mesma confecção produziu mais 120 casacos idênticos, e vendeu-os para a dona da boutique vizinha. Também neste caso, há ausência de boa-fé após a conclusão do contrato.”

Por último, “recentemente uma joalheria fabricou um jóia única para que a cantora Madonna usasse na festa de seu casamento. Após, produziu jóias idênticas e colocou-as no mercado. Patente, portanto, a falta de boa-fé *post factum finitum*.”

Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Cláusulas abusivas no Código do Consumidor*. Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. Coordenação de Cláudia Lima Marques, Livraria do Advogado.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos*. RT 775/11.

-----*Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e Responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual*. RT 750/113.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *O Princípio da boa-fé no Direito Brasileiro e Português, in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português* (I Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil). Revista dos Tribunais, 1980.

----- *A Obrigação como Processo* José Bushatsky Editor, 1976.

FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Renovar, 2000.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Teoria Geral dos Contratos no Novo Código Civil*. Método, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2ª tiragem.

MARTINS, Flávio Alves. *A Boa-fé objetiva e sua formalização no Direito das Obrigações Brasileiro*. Lumen Juris, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. Revista dos Tribunais, 1999.

----- *Princípio da boa-fé*. AJURIS 50, ano XVII – 1990, novembro, Porto Alegre.

----- *O novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”*. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro, Saraiva, 2002.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Almedina, Coleção Teses, 1997.

----- *Tratado de Direito Civil Português*. I, Parte Geral, Tomo I, 2ª edição, Almedina, 2000.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*. Renovar, Biblioteca de Teses.

PEREIRA, Regis Fichtner. *A Responsabilidade Civil Pré-Contratual*. Renovar, 2001.

POPP, Carlyle. *Responsabilidade Civil Pré-contratual. O Rompimento das Tratativas*. Pensamento Jurídico, vol. III, Juruá, 2001.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*. G. Giappichelli Editore – Torino, 2002.