UM ASPECTO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR: NOTAS PARA UMA SISTEMATIZAÇÃO DOS DEVERES PRÉ-NEGOCIAIS DE PROTEÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Revista dos Tribunais | vol. 867/2008 | p. 11 - 51 | Jan / 2008
Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 4 | p. 693 - 746 | Out / 2010
DTR\2008\738

Judith H. Martins Costa
Livre Docente pela USP. Professora de Direito Civil na UFRGS.

Área do Direito: Civil
Resumo: O artigo volta-se à sistematização das variadas hipóteses de dano no período antecedente à formação de um negócio jurídico. Na primeira parte ocupa-se em apontar às especificidades do período pré-negocial. Essas especificidades, fáticas e jurídicas, integram a razão de ser das especiais "situações de confiança" - e do correspondente "investimento de confiança" - que, uma vez fraudadas, podem dar ensejo ao dever de indenizar. Na segunda parte a autora volta-se ao exame casuístico da responsabilidade pré-negocial, sistematizando as hipóteses por grupos de casos, a saber: violação de deveres de lealdade em sentido amplo (que engloba o dever de não interromper desleal e imotivadamente negociações já em aprofundado curso; os deveres de lealdade em sentido estrito e os deveres de assistência e cuidado quanto à pessoa e aos bens da contraparte durante as negociações e na conclusão do contrato), bem como violação de deveres informativos, que são examinados em sua existência, abrangência e eficácia.

Palavras-chave: Dano - Responsabilidade pré-contratual - Negociações contratuais
Abstract: The focus of this essay is to analyze how we can systematize the various cases of damage that can occur in the period prior to the formation of a contract. In the first part, the particular features of the pre-contractual period are described. These particular features, both pragmatic and juridical, integrate the reason that justifies the special "situations of trust" - and the correspondent "investment of trust" - whose breach may generate the obligation to indemnify. In the second part, the author focus in the casuistic exam of pre-contractual responsibility, systematizing its hypothesis by groups of cases, such as: violation loyalty duties lato sensu (which embraces the duty of not breaking the negotiations in course by disloyal and unmotivated reasons; the duty of loyalty stricto sensu and the duties of assistance and care in relation to the person and to the assets of the counterpart during the negotiations and in the conclusion of the contract), and violation of informative duties, whose exam is done in relation to their existence, breadth and efficacy.

Keywords: Damage - Contract - Pre-contractual liability
Sumário:

Introdução[1] - 1.A especificidade do período pré-negocial e o fundamento do dever de indenizar - 2.A casuística da responsabilidade pré-negocial: uma sistematização por agrupamento de casos - 3.Conclusão

Carrefour onde se entrecruzam necessidades práticas, reflexões morais, observações sociológicas, linhas de força históricas e pesados problemas de macro-economia, a responsabilidade civil é um privilegiado espaço para o lavor doutrinário. Talvez mais que em outro qualquer campo do espaço civil se pode aqui trabalhar com o *direito vivo*, aquele que é tecido cotidianamente no canteiro de obras da jurisprudência, a verdadeira artífice desse riquíssimo instituto que, através da história, responde à questão de saber a quem devem ser imputadas as conseqüências desfavoráveis de um dano injustamente causado a outrem.

Se o estável século XIX assistiu à construção rigorosa e perfeita de *um* modelo de resposta àquela questão, o instável século XX veio oferecer *vários* modelos, plasmando formas de responsabilização civil congruentes à nossa sociedade plural e desigual. Modifica-se, então, o estatuto teórico da responsabilidade civil (pluralizando os seus *fundamentos*) na medida da dinâmica de uma sociedade de produção massificada, acrescendo-se o risco à culpa e a precaução ao risco; expande-se o perfil funcional da responsabilidade (multiplicando os seus *modelos*) na medida do declínio do Estado

social, da consciência do princípio da desigualdade concreta entre os sujeitos[2] e também – é preciso dizê-lo – do crescimento, na sociedade, de um pan-psicologismo infantilizado que, por vezes, parece ignorar a própria contingência humana;[3] alteram-se as construções sociais que enquadram a responsabilidade (variando os seus *contextos*), seja com a maior consciência dos direitos de personalidade, seja com a valorização econômica do que é intangível (como uma chance perdida),[4] imaterial ou virtual, seja, ainda, por virtude da proteção a bens jurídicos transindividuais ou comunitários, como o meio-ambiente sadio. Há uma revolução copernicana *de enfoque* na responsabilidade civil que reverbera nos seus pressupostos e perpassa a sua técnica: para o bem ou para o mal, agora se privilegia o *olhar sobre a vítima,* rompendo-se a equação moral que, centrada no exame da *conduta do agente*, causador do dano, alicerçou por séculos o instituto. O instituto da responsabilidade civil, em suma, é acossado por um verdadeiro "excesso de *inputs*", esperando-se "que dê resposta a múltiplos fins, por vezes contraditórios"[5] como reparar o lesado, repartir perdas, distribuir riscos, punir o lesante, prevenir comportamentos ilícitos, controlar a atividade de produção, assegurar o respeito à pessoa humana, etc.[6]

É nesse contexto de tantas mudanças que se apresenta a *obrigação de indenização* disciplinada pelo Código Civil como figura autônoma, nos arts. 927 a 954.

Como novidade em relação ao Código de 1916, agora estão reunidos num único instituto, os princípios relativos aos *efeitos* da responsabilidade civil, efeitos comuns às suas *modalidades* (discernidas pelo critério do fundamento, a saber, a responsabilidade subjetiva e objetiva) e às suas *espécies* (distinguidas pelo critério da fonte, a saber, a responsabilidade extranegocial – ou "regime-regra" –[7] e a responsabilidade negocial).

Porém, a existência de uma *comum eficácia*, consistente no nascimento da obrigação de indenização, não significa nem identidade de regimes, nem de causas, nem de tipologia dos danos nem muito menos das espécies de deveres violados. Além do mais, mesmo no interior do "regime-regra", é preciso proceder a cuidadosas distinções tendo em conta a *ambiência e o momento em que o dano foi produzido*. É preciso saber: Y, o lesante e Z, o lesado, entraram em relação jurídica apenas em virtude do dano produzido, nada os tendo aproximado senão o prejuízo injustamente causado por ato imputável e culposo de Y na esfera jurídica de Z? Ou havia entre ambos já um *contato* mais próximo, pois tencionavam, possivelmente, contratar, conquanto no momento da produção do dano não tivessem ainda celebrado o negócio? Se assim foi, que tipo de dever terá sido descumprido?

Se já havia entre ambos um "contato mais próximo", cujo escopo era o de, possivelmente, concluir negócio jurídico, o dano então produzido poderá ter como conseqüência o nascimento da obrigação de indenizar. É este, justamente, o campo operativo da responsabilidade pré-negocial.[8]

Conquanto o Código Civil de 2002 não a tenha regrado de forma expressa,[9] (à diferença do que fez, por exemplo, o Código Civil italiano, art. 1.337, o Código Civil grego, arts. 197 e 198, ou o Código Civil português no art. 227, n. 1) a verdade é que, tal qual ocorre em outros Ordenamentos[10] o instituto é claramente dedutível da combinação entre as regras do art. 389 (que trata da indenização pela inexecução de obrigações, não as restringindo às obrigações *contratuais*); art. 186 (cláusula geral de ilicitude subjetiva); art. 187 (que comina de ilicitude ato manifestamente contrário à boa-fé); art. 422 (impositivo do dever de conduta segundo a boa-fé desde a conclusão do contrato, abrangendo a fase em que *nasce a conclusão*, portanto, a fase das tratativas); e o art. 927 (norma impositiva da obrigação de indenizar, reenviando aos pressupostos dos arts. 186 e 187).

Pela relativa novidade que esse instituto tem no direito civil brasileiro,[11] pela importância adquirida nas transações comerciais internacionais[12] e mesmo por certa hipóstase por vezes verificada frente ao "novo" cabe o seu exame para que, apontando às suas especificidades e aos seus fundamentos (primeira parte), delimitemos e sistematizemos essa espécie de responsabilidade agrupando-a em casos típicos conforme as espécies de dever violado (segunda parte).

1. A especificidade do período pré-negocial e o fundamento do dever de indenizar

A responsabilidade pré-negocial[13] é decorrente de dano gerado por ações ou omissões verificadas na fase antecedente a um negócio jurídico. Esse período é comumente denominado de "fase pré-contratual", lócus de uma ação intercomunicativa que se particulariza pelo grau de "contato social" existente entre os seus intervenientes (A). A ocorrência de danos nessa fase pode ter conseqüências jurídicas, a saber, o nascimento da obrigação de indenizar. Porém, o fundamento

dessa obrigação não está num delito civil – no sentido habitualmente conferido a esse termo – antes residindo na violação de regras impostas pela boa-fé em decorrência da especial situação decorrente do grau de "contato social" ocorrente entre os negociadores (B).

1.1 O período pré-negocial como locus de um especial contato social polarizado pela confiança

É cediço que a obrigação de satisfazer o dano pode decorrer ou de um inadimplemento imputável ao devedor (responsabilidade negocial, ou contratual) ou da violação imputável do dever geral de a ninguém lesar (responsabilidade delitual, ou aquiliana, ou extranegocial, ou extracontratual). Deixemos por ora de lado as distinções que se escondem sob a múltipla denominação para, num raciocínio por exclusão, pensarmos tão somente numa responsabilidade fora do negócio jurídico *como gênero*, caracterizada pela violação danosa e imputável[14] do dever geral de a ninguém lesar. Quando lesante e lesado, embora não tenham relação de crédito preexistente, *entraram em contato* visando ajustar entre si um negócio – em regra, um contrato – podemos perceber, todavia, uma *particularização* daquele dever geral.

Esse "entrar em contato" constitui fenômeno bem apreendido, na sociologia, pela teoria do contato social.[15] Se a tivermos em mente e a transpusermos para as relações jurídicas observaremos que, as categorias sociológicas de mensuração dos contatos existentes na vida social – quais sejam, as categorias da *proximidade* e da *distância* – comportam uma variedade de *graus intermediários*, situados entre a proximidade máxima e a distância máxima.

A proximidade máxima é, nos contatos sociais revestidos de dimensão jurídica, a ocasionada pelo *negócio jurídico*. Aí há um contato qualificado pela existência de um ato voluntário e por uma forma especial de *fides*, que é a promessa implícita a todo o contrato de que o pactuado será cumprido. Por sua vez, a proximidade mínima é aquela refletida no vínculo derivado da responsabilidade delitual ou aquiliana, derivada da infração culposa ou dolosa do dever de a ninguém lesar, pois esse vínculo será decorrente de um contato fortuito e em certa medida aleatório, derivado do mero fato da convivência social.

Entre esses dois pólos há situações em que a relação existente entre o lesante e o lesado deriva de uma proximidade *maior* do que aquele resultante do contato fortuito e ocasional nascido da convivência na ordem social, em que se podem produzir danos injustos – por isso havendo o dever de *alterum non laedere* a todos imposto; mas que é, todavia, uma proximidade *menos intensa* do que a decorrente de um vínculo negocial, em que há dever de cumprir o prometido. Assim, entre aqueles dois pólos – o da proximidade máxima e o da distância máxima – se apresenta uma vasta zona gris: nela, há graus intermédios de "contatos sociais", de *ações intercomunicativas* que são *menos* do que um contrato (contato qualificado pelo ato voluntário), porém já são *mais* do que a rarefeita relação social derivada de uma relação nascida de um delito civil.

É nessa zona gris – assim chamada pela ausência de nitidez que comumente a acompanha, seja do ponto de vista puramente fático, seja do ponto de vista jurídico – que se desenvolvem as chamadas *negociações preliminares*. Esse particular lócus da ação intercomunicativa se pode apresentar como cenário de danos injustos, imputáveis, derivados de uma ação ou de uma omissão antijurídica[16] e, nessa medida, indenizáveis sob a forma da responsabilidade pré-negocial.

Por vezes os interessados se limitam a conversar, trocando informações de ordem geral sobre o objeto do futuro contrato, pois já há, pré-formado, um relativo consenso sobre o que visam e o que podem obter. Porém, não raramente, a conclusão do contrato é precedida pela dação de conselhos e recomendações, diretamente por um dos interessados ou por seus auxiliares e assessores, bastando lembrar a atividade de consultores e *experts* financeiros perante terceiros interessados em adquirir uma empresa ou alienar o seu controle social, ou mesmo diante de quem se dispõe a fazer uma pequena aplicação financeira. No comércio em geral são apresentados ao público ou a pessoa determinada, produtos e serviços e anunciadas vantagens econômicas, bem como são distribuídos prospectos e informes publicitários diversos expondo as qualidades dos bens a serem negociados. Casos ocorrem em que há uma espécie de formação progressiva do contrato, firmando-se acordos que ainda não constituem o contrato definitivo, conquanto o tenham como escopo, como minutas, "acordos de cavalheiros" e "declarações de intenções" que, de regra, não possuem força vinculativa *negocial.*[17] Em certas atividades é de regra a emissão de folhetos ou comunicados escritos contendo os anúncios da futura oferta, como ocorre quando da negociação de valores mobiliários em Bolsas de Valores[18] e, após, a própria oferta, que já é negócio jurídico unilateral. Em outras ocasiões são

gerados certos contatos especiais – há casos, por exemplo, em que a contratação é antecedida por procedimentos de consulta em um círculo mais ou menos restrito, não incluso na órbita do art. 429 (oferta ao público), utilizando-se o mecanismo do concurso, em que uma empresa consultante fornece às potenciais interessadas uma espécie minuta sobre o futuro conteúdo contratual. Há hipóteses – muito comuns – em que os interessados em contratar devem providenciar previamente a minuciosa documentação exigida pela ofertante, o que pode demandar certo tempo até a conclusão do contrato.

Em razão dessas negociações e na expectativa legítima de virem a concluir o negócio os intervenientes podem fazer despesas, deixar de aproveitar oportunidades de ganho com terceiros, revelar suas fragilidades econômicas, jurídicas ou técnicas, fiar-se em conselhos, recomendações ou informações dadas pelo parceiro, tudo porque confiam no bom andamento das negociações; muitas vezes está em questão a acessibilidade ao conteúdo do contrato que está para ser firmado, isto é, o acesso ao *conhecimento informado* acerca de suas condições econômicas, técnicas e jurídicas por parte daquele que está em situação de vulnerabilidade.[19]

O que há de comum entre essas variadíssimas hipóteses é, pela negativa, a inexistência de uma relação creditícia precedentemente instituída que possa dar margem a um inadimplemento, isto é, a uma falha ou frustração do programa contratual previamente estabelecido, imputável a uma das partes.[20] Pela positiva, é a ocorrência de uma *situação de proximidade social qualificada* entre lesante e lesado, pois os danos decorrem da circunstância de os envolvidos se terem aproximado em virtude de um escopo determinado, a saber: averiguar a possibilidade e/ou a conveniência de pactuarem um negócio jurídico,[21] normalmente um contrato, por tanto se expondo a certos riscos, tanto na sua pessoa quanto no seu patrimônio.

Sendo essa a razão da aproximação entre os interessados, fácil é perceber que entre ambos não existe apenas uma relação ocasional e fortuita, como a relação que liga as pessoas por conta da ocorrência de um dano derivado de um delito civil imputável a uma delas. Tendo visado contratar estavam impulsionados por certa *expectativa*, derivada do escopo comum e da especial proximidade no arco dos contatos sociais que passaram a manter. Essa expectativa é, minimamente, a de que as negociações sejam sérias e conseqüentes, marcadas pela lealdade e probidade que é a pauta por excelência do agir civil (*civiliter agere*) delas não resultando danos injustos à sua pessoa e ao seu patrimônio.

É justamente essa expectativa que vem recoberta sob a até certo ponto equívoca denominação de "confiança pré-negocial"[22] para indicar determinadas relações sociais dotadas de relevância jurídica que, conquanto não configurarem negócios jurídicos são denotativas, mesmo assim, de uma *relação particular de confiança e de fidelidade.*[23] Essa "relação particular" não é ainda – já o vimos – aquela polarizada em torno da *fides* contratual, que faz nascer pretensão ao cumprimento daquilo que foi acordado; muito menos configura a confiança estruturante daquelas relações de interação jurídico-social centradas na fidúcia em que os sujeitos abdicam da normal diligência e cuidado. Porém, também não é aquela rala *confiança mínima* que apenas possibilita a vida social e seus fortuitos contatos, não permitindo nenhum afrouxar do cuidado nas eventuais interações comunicativas.[24]

Trata-se, a bem dizer, de uma *confiança a meio caminho*, revestida pelas peculiaridades decorrentes do lugar ocupado por seus intervenientes na escala dos contatos sociais e da especial ambiência que o reveste.

Sendo funções primárias do direito garantir expectativas e direcionar condutas,[25] o Ordenamento assegura "a confiança fundada nas condutas comunicativas das pessoas responsáveis", fundada na própria *credibilidade* que estas condutas reivindicam".[26] Por isso, o Ordenamento protege certas "situações de confiança" para o efeito de indenizar os danos produzidos em razão da confiança *injustamente iludida*. Como percebeu Baptista Machado há, entre os níveis ou planos de intervenção do direito, mediações entre os pólos da autonomia e da heteronomia, distinguindo-se o nível em que o direito atua "para dar cobertura a consensos formados no contexto da comunicação entre as pessoas, vindo assim a garantir uma ordem de comunicação e de convivência sintonizada com a consciência ético-jurídica (e ético-comunicativa) dos membros da comunidade".[27]

Nesse nível interventivo o direito não tutela *diretamente* os consensos e as expectativas geradas nos contatos sociais (como tutela os negócios jurídicos) antes se limitando a intervir "apenas na medida em que a violação da *fides* por parte de um dos intervenientes resulte ou possa resultar em danos

para o outro. Então, protege a confiança deste último, impedindo que os riscos ou os ônus inerentes à primeira conduta do outro interveniente (e a credibilidade que esta postulava segundo o seu sentido objectivo) sejam agora lançados sobre aquele que legitimamente confiou. Também as conseqüências resultantes da aplicação deste princípio da tutela da confiança são conseqüências *ex lege*".[28]

Aí está perfeitamente indicada a *razão de ser* da responsabilidade pré-negocial, caracterizada desde que, violado um dever pré-contratual pela quebra da legítima confiança suscitada no *alter,* parceiro pré-negocial, tenha sido gerado, por relação de causalidade, um dano injusto ao outro e, conforme o caso, ao terceiro que acompanhe as negociações preliminares.

Já se vê, portanto, que o seu espaço não é o mesmo dos chamados pré-contratos, ou contratos preliminares (art. 462 a 466), pois nesse já existe contrato e a responsabilidade pelo seu não-cumprimento é *contratual.*[29] Também não é o espaço dos negócios jurídicos unilaterais, como a proposta, a promessa de recompensa ou a gestão de negócios que vinculam na forma dos arts. 427, 854 e 869 do CC/2002.[30] – [31] Diferentemente, o dano pré-negocial ocorre no espaço do "ainda-não-contrato", o da inexistência, ainda, de vinculação negocial, pois no espaço do "trato" ainda não é manifesta a *vontade de vinculação negocial*, apenas a *vontade para negociar*, isto é, para preparar um futuro negócio.

Assim, não havendo, no espaço dos tratos, vinculação negocial – e não configurada obrigação em sentido técnico, correlativa à pretensão a um direito de crédito – há, contudo, a incidência de um *dever jurídico geral* derivado do mandamento de agir segundo a boa-fé mesmo na fase pré-negocial.

Esse dever de agir segundo a probidade e a boa-fé não significa, de modo algum, que haja um dever jurídico geral de adoção de comportamentos conformes à expectativa que os sujeitos geram por suas condutas, o que seria de todo absurdo, sabendo-se que "o simples acalentar de uma expectativa não chega para fundar uma vinculação à sua realização".[32] O que há, em certas circunstâncias, é, por força da boa-fé objetiva em sua conexão com as situações de confiança,[33] o nascimento de deveres tendentes a evitar nos parceiros pré-negociais *representações injustificadas* – e injustificadas em razão da especial posição assumida pelos sujeitos – bem como a *prevenir danos* ocasionáveis pela especial aproximação que os interessados mantiveram.[34] Os negociadores, conquanto ainda não vinculados por *deveres de prestação,*[35] se devem, reciprocamente, o resguardo contra danos resultantes de uma violação dos *deveres de proteção* derivados do imperativo de agir segundo a boa-fé (art. 422) no período das tratativas.[36] Significa dizer, portanto que, no curso das negociações preparatórias de um contrato existe entre os interessados uma *relação jurídica obrigacional de fonte legal, sem deveres primários de prestação,* mas que se pode revestir por *deveres de proteção*.

Esses deveres,[37] podendo nascer *antes* dos deveres de prestação, exprimem a necessidade de tomar em consideração os interesses justificados da contraparte e de adotar o comportamento que se espera de um parceiro honesto e leal[38] de modo a fundamentar uma "ordem especial de proteção" dos bens pessoais e patrimoniais das partes contratantes. Essa "ordem especial de proteção" suplanta "o mandamento genérico de *neminem laedere*, aplicável à indiferenciada convivência social",[39] justificando-se pela existência potencial de riscos derivados da situação especial de proximidade pré-negocial. Seu escopo serve, pois, ao interesse da conservação dos bens, patrimoniais ou pessoais, que podem ser afetados em conexão com o contrato a ser firmado bem como ao *interesse da confiabilidade* num correto e probo desenrolar das tratativas negociais, o que interessa, a final, à própria segurança jurídica como *desideratum* maior do Estado de Direito.

Por outro lado, a culpa pré-contratual – isto é, a falta de diligência que se vem mostrar lesiva ao parceiro – tem peculiaridades relativamente à culpa genericamente considerada. A especial proximidade entre os negociadores, a posição que ocupam um frente ao outro, fazem crescer o dever geral de cuidado a todos imposto.

Por essa razão é lícito concluir pelo configurar de uma *especificação* do dever geral de a ninguém lesar diretamente ligada à posição ocupada pelos intervenientes no arco dos contatos sociais. Já havendo aí a incidência da boa-fé, os interessados estão adstritos e tomar medidas tendentes a *evitar* danos corporais e na propriedade do parceiro derivados de uma ação incauta, negligente ou desleal; a *evitar* que o contrato, acaso concluído, seja cominado por ineficácia ou por invalidade; a *evitar* que um defeito na informação (ausência, deficiência ou incorreção) comprometa o processo formativo do consenso contratual; a *evitar* riscos desnecessários inclusive por parte de terceiros

envolvidos na negociação; e também – positivamente – a *propiciar* uma informação relativamente detalhada e exaustiva acerca do conteúdo do futuro negócio e dos seus riscos, estando a relatividade desse dever condicionada por fatores fáticos e normativos que adiante serão mencionados.

Essa especificação do *neminem laedere* que desenha o cenário comum sintetizado na expressão *dano in contrahendo* conduz a mencionar a tormentosa questão da definição do regime reitor da responsabilidade pré-negocial – se é contratual, extracontratual ou se configura um terceiro gênero.

1.2 O regime jurídico da responsabilidade pré-negocial

A definição do regime jurídico da responsabilidade pré-negocial tem como pano de fundo não apenas a recorrente questão da escolha – ainda que implícita – entre estender conceitos e categorias pré-existentes ou criar novos conceitos[40] – mas, por igual, as peculiaridades dos diferentes Ordenamentos positivos no tocante à técnica de legislar sobre a responsabilidade civil. Por essa razão nessa matéria a análise comparatista é muito mais relevante pelo contraste (para que compreendamos as peculiaridades) do que pela similitude (que, no mais das vezes, é apenas denominativa).

Um sistema que não comporte uma cláusula geral de responsabilidade extracontratual, enfeixando-a em casos mais ou menos demarcados (como, no direito romano, ocorria com a *Lex Aquilia*) – terá maiores dificuldades em acolher em seu campo a responsabilidade pré-negocial, devendo, então, tentar acomodá-la, por extensão, na disciplina da responsabilidade contratual ou buscar uma "terceira via", dotada de autonomia dogmática denominando-a (como tem sido feito em alguns sistemas) de "responsabilidade pela confiança",[41] seu domínio abrangendo "o arco entre o universo do contrato e o do delito".[42]

Ao contrário, havendo previsão ampla da *fattispecie* extranegocial e afastado em grau máximo o princípio da tipicidade, é possível aí acolher-se a responsabilidade pré-contratual[43] sem que se devam realizar entorses demasiadamente desviantes, pois a responsabilidade extranegocial atua, funcionalmente, como uma concha hospedeira dos casos não englobados na responsabilidade negocial. Nesse caso, porém, é preciso não engessar a totalidade das hipóteses de responsabilidade fora de um negócio jurídico nos limites da responsabilidade *delitual*, pois a coincidência não é perfeita havendo responsabilidade derivada de fontes outras, que não o contrato e que não se qualificam como delito, tal qual ocorre com a responsabilidade objetiva.[44]

Podemos, pois, pensar na responsabilidade extracontratual como gênero do qual são espécies *(i)* a responsabilidade aquiliana, ou delitual, fundada numa culpa ou delito civil; *(ii)* a responsabilidade objetiva extracontratual, nos casos indicados na lei, ou evidenciados, por construção jurisprudencial, na forma do parágrafo único do art. 927; e *(iii)* a responsabilidade pré-negocial, caracterizada pelo momento da produção do dano e pela especialidade do dever violado (infração danosa e imputável a deveres de proteção pré-negociais).

A proposição se justifica na medida em que o regramento tradicionalmente seguido no direito civil brasileiro no tocante à responsabilidade civil, conquanto distinga as duas grandes espécies, tem como característica a forte interpenetração entre as regras típicas da responsabilidade negocial e da responsabilidade extracontratual,[45] de modo que, embora discernindo entre uma e outra, não acolhemos integralmente a forte dicotomia verificada em outros sistemas. Resulta, ademais, de uma peculiar combinação de cláusulas gerais. Na vigência do Código de 1916, conjugavam-se o art. 159 (que dava as condições para o nascimento do dever de indenizar) com o art. 1.553, segundo a qual "nos casos não previstos por este Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização"; presentemente, há o art. 927 que reenvia expressamente aos arts 186 e 187, ambos, por sua vez, cláusulas gerais de ilicitude. No tocante à indenização a diretriz é dada pelo art. 944, ao consagrar o princípio da reparação segundo a extensão do dano (art. 944) havendo uma remissão interlegislativa no art. 946. Segundo o seu texto, se a obrigação for indeterminada e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida, "apurar-se á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar". A lei processual, por sua vez, possibilita a liquidação das perdas e danos por arbitramento (art. 475-C do CPC) sempre que assim for "determinado pela sentença ou convencionado pelas partes" ou "o exigir a natureza do objeto da liquidação".

Por conta desse encadeamento intra e inter-sistemático de textos normativos caracterizados por uma ausência de rigidez na delimitação do tipo legal e por grande vagueza semântica é que vemos a

ampla possibilidade ofertada pelo direito civil brasileiro para acolher e amoldar, nos quadros da responsabilidade extracontratual, a responsabilidade pré-negocial. Em todo o caso, considerando a responsabilidade pré-negocial uma espécie do gênero responsabilidade extranegocial, é necessária a extensão e a acomodação do paradigma tradicional, ao menos para superar a relação de identificação entre responsabilidade extranegocial e a responsabilidade aquiliana, ou delitual e entre ilicitude e culpabilidade.[46]

Essas extensão e acomodação têm sido feita – aqui e alhures – de forma casuística. Conquanto não tenhamos tido, no direito brasileiro, uma assente dogmática da responsabilidade pré-contratual,[47] é certo, mesmo assim, que uma jurisprudência se vem formando paulatinamente. Com base nessa experiência em formação apontaremos aos deveres a serem observados no período pré-negocial.

2. A casuística da responsabilidade pré-negocial: uma sistematização por agrupamento de casos

Definir quais são os deveres que, violados, dão ensejo à obrigação de indenizar pré-contratualmente não é tarefa isenta de dificuldades, só podendo ser cumprida por meio da exemplificação casuística. Considerado o estado da jurisprudência brasileira é possível agrupar a violação de deveres pré-contratuais segundo uma relativa tipização, possibilitando, assim, a ordenação em grupos de casos arrumados por similitude de *ratio*. Há dois grandes grupos: o dos deveres de probidade, em sentido amplo (A) e o dos deveres informativos (B). Conquanto por vezes superpostos, podem se distinguidos pela conveniência de se separar os deveres informativos numa disciplina própria, dada a heterogeneidade e extensão do seu campo operativo.

2.1 Deveres de probidade, em sentido amplo

O Código Civil fala em "boa-fé e probidade" (art. 422). A probidade é a correção de conduta, o que na Itália se chama "correttezza", expressão maior do *civiliter agere*. Na conduta pré-negocial o dever de probidade, como correção de condutas, abrange o dever de não interromper desleal e imotivadamente negociações já em aprofundado curso (a); comporta os deveres de lealdade, em sentido próprio (b); e abarca os deveres de assistência e cuidado quanto à pessoa e aos bens da contraparte nas negociações e na conclusão do contrato (c).

2.1.1 Recesso injustificado nas tratativas negociais por parte daquele que criou na contraparte a convicção de que o contrato seria celebrado

Concluir ou não contratos está na esfera da liberdade pessoal, esta decisão concretizando legítimo exercício da autonomia privada. Assim, em linha de princípio, o abandono das negociações por quem decide não concluir o contrato não configura ilicitude, não dando ensejo ao dever de indenizar. O ajuste entre as partes, quando concluem um contrato, é muitas vezes "conseguido através de laboriosa fase vestibular, em que os interessados, de transigência em transigência, mediante sucessivas declarações, vão atingindo o acordo final, ou seja, o consentimento".[48] Bem por isso as tratativas (negociações preliminares, *pourparlers*, *Punktation, trattative*) têm por escopo um programa jurídico que na fase das discussões antecedentes, não passa de *um programa ou esquema hipotéticos* que poderá, eventualmente, converter-se em contratos se houver, nesse sentido, declaração negocial.[49]

Porém, conforme o estado das negociações, o rompimento das tratativas pode caracterizar exercício disfuncional (abusivo), para os efeitos do art. 187.[50]

Tal se verifica no chamado *recesso intencional*, ou seja, nas situações em que uma das partes faz malograr intencionalmente negociações que normalmente conduziriam a um resultado positivo, *v.g.*, impondo condições ou fazendo exigências destituídas de justificação econômica ou de oportunidade levando a outra parte a desistir do negócio que vinha até então se desenvolvendo normalmente; ou, ainda, agindo de qualquer forma para frustrar o esperado contrato.[51]

Para além do recesso *intencional*, o fato do rompimento *abrupto e injustificado* de tratativas já avançadas também pode dar ensejo à indenização, pois, como averbou Vaz Serra, "não é lícito a uma das partes romper arbitrariamente as negociações, depois de estas terem alcançado a um tal desenvolvimento, que a outra parte podia julgar-se autorizada a confiar na realização do contrato e, assim, a fazer despesas, a abster-se de outros negócios, etc.[52] O dever de indenizar se caracteriza, pois, quando houver violação do princípio da boa-fé por ter sido *injustificadamente* despertada a

confiança da outra parte em que o contrato seria concluído.[53] Já se decidiu que a omissão injustificada em vender, uma vez iniciadas tratativas, e sendo um dos sujeitos um vendedor profissional, pode caracterizar abuso de direito, ensejando indenização pela responsabilidade pré-contratual.[54]

Aliás, pode ocorrer inclusive a responsabilidade pela "perda de uma chance" (*perte d'une chance*).[55] Imagine-se caso em que uma empresa que tenha patenteado determinado processo industrial e que tenha negociado com outra com vistas à aplicação comercial do referido processo industrial, sendo que, inopinadamente, essa outra comunica não estar mais interessada no projeto devido a mudanças na política interna da empresa. Caso assim foi julgado na França, com a condenação pela perda de uma chance de ter estabelecido contrato lucrativo com outra empresa do ramo, além da reparação dos custos despendidos nas negociações. Como relata Rafael Peteffi da Silva, "a condenação pela perda de uma chance ocorreu porque os magistrados consideraram que os indícios em relação à conclusão do contrato definitivo eram tão fortes que paralisaram as negociações da autora com outras empresas".[56] Por isso mesmo, muito frequentemente o recesso injustificado caracteriza a incursão no vedado *venire contra factum proprium*, que é manifestação de contraditoriedade desleal.[57]

Em contrapartida não incorre em violação dos deveres de boa-fé nas relações pré-contratuais aquele que advertir a contraparte, com a devida antecedência, de que a celebração do contrato constitui uma mera eventualidade e der por findas as relações pré-contratuais ao verificar a inconveniência de concluí-lo,[58] mormente quando o objeto contratual, por sua complexidade, exige estudos cautelosos e demorados.[59] Também assim aquele que desiste das negociações, ainda que avançadas, porque tem motivo razoável para não contratar ("justa causa para a frustração negocial"), como quem descobre que sobre o imóvel em negociação pende servidão de passagem.[60]

A regra, portanto, consiste na licitude da ruptura, pois não havendo dever de contratar (por isso mesmo estando os interessados "em negociações") é evidente que a mera cessação daquelas, como *resultado possível* das tratativas preliminares, não conduz ao dever de indenizar: nesse caso não haveria como falar em violação de dever jurídico porque o dever não estaria sequer configurado.

Diferentemente ocorre, porém, quando dois negociadores se propõem a contratar, passando a debater os termos do futuro contrato e um deles cria no outro a convicção em uma conduta que sabia de antemão que não viria a ser correspondida; ou, quando, conquanto a inexistência de ato ou fato denotando desinteresse ou oposição à conclusão do contrato, um deles vem, levianamente, a romper as negociações sem nenhuma justificativa razoável para o seu abrupto proceder. O problema não está na decisão de não-contratar, *mas na deslealdade* que eventualmente reveste essa decisão, então incidindo ou o art. 186 ou art. 187, de modo que, daí decorrendo, por nexo causal "direto e imediato" um dano, há o dever de indenizar (art. 927).

Como se vê, responde o Ordenamento diversamente a questão de saber se a ruptura das negociações preliminares foi o resultado legítimo de tratativas que podem não "dar certo" ou se decorreu de uma ação abrupta, infundada, irrazoável e desleal, causadora de dano injusto ao parceiro pré-contratual.

Fora de dúvidas que a cessação de negociações ainda incipientes, ou ainda extremamente difusas não leva ao dever de indenizar por "ruptura injustificada". A sujeição a determinada forma do negócio em ajustamento também faz presumir que, enquanto uma declaração não tiver sido formalizada, não há ainda vontade de assumir um compromisso negocial firme relativamente à conclusão do contrato.[61] Não devemos esquecer que é do interesse da ordem jurídica "preservar um espaço de liberdade para que os sujeitos possam negociar, avaliar os seus interesses, e tomar autonomamente a decisão de contratar".[62]

Para alcançar o dever de indenizar pela ruptura das tratativas é necessário, portanto, um rigoroso juízo sobre as circunstâncias do caso, alicerçado em dados concretos e inequívocos acerca da legitimidade da expectativa suscitada na outra parte negociatória de que o contrato seria concluído, pois "pertence aos ditames de uma conduta leal e correta que nenhuma das partes acalente na outra expectativas infundadas quanto a condutas futuras".[63] De qualquer forma, é imprescindível a prova, por parte do autor da alegação, de que, das tratativas, era razoável retirar-se a conclusão de que o contrato definitivo seria firmado, como decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.[64]

2.1.2 Deveres de lealdade pré-negocial em sentido próprio

A probidade tem como um dos seus aspectos a lealdade. Há um dever de negociação leal a fim de configurar-se a probidade referida no art. 422 que inclui a seriedade no trato das negociações; a veracidade sobre as informações requeridas; o segredo em relação a informações confidenciais obtidas no decurso das negociações; e a ausência de uma atitude contraditoriamente desleal, permeada por artimanhas e intuito de ludibrio.

Os deveres de lealdade constringem as partes a não praticar atos (comissivos ou omissivos), anteriormente à conclusão do contrato que venham frustrar as legítimas expectativas encerradas no ajuste, ou dele legitimamente esperadas afastando a contradição insidiosa que esfacela o próprio fato da negociação. O dever de lealdade obstaculiza, por exemplo, que alguém se prevaleça do engano que contribuíra para criar, em prejuízo do parceiro ou que se aproveite de uma condição que ajudara a não-implementar "auxiliando o acaso", como, ironicamente, refere a doutrina francesa a propósito do art. 1.178 do *Code Civil.*[65]

Desleal, por violação de sigilo seria o caso de Z que, querendo associar-se à empresa X, tem conhecimento de segredos comerciais daquela empresa, ou de planos ainda não anunciados ao público. Esses planos e segredos lhe são revelados justamente porque existem as negociações, isto é: existe a proximidade com o escopo de contratar. Porém, ao não adquirir o negócio, Z divulga os dados a que teve acesso, causando danos patrimoniais e extrapatrimoniais à empresa X.

Esse dever de abstenção (de não revelar segredos ou não romper o sigilo) tem eficácia na relação intersubjetiva, entre os dois negociadores, e também nas relações transubjetivas, como é exemplo a vedação ao *insider trading* no Direito empresarial e do Mercado de Capitais, em outra especificação do dever de probidade. O que está em jogo, aí, é a *confiabilidade do mercado*, sendo então imposto um dever de probidade com eficácia externa, pois, como observa Arnoldo Wald busca-se um regime jurídico que defina a "atuação dos agentes conforme o princípio geral da boa-fé e da ética".[66] É que na vida societária a boa-fé atua na concretização da confiança no tráfego negocial, então tutelando "situações de confiança" como ocorre, exemplificativamente, no período de preparação a uma oferta pública, por ocasião da alienação de controle de uma sociedade. A probidade, associada no Código Civil à boa-fé leva ao *dever de sigilo* a que estão adstritos os administradores, bem como todos aqueles que, intervindo direta ou indiretamente na preparação de negócios societários, sejam detentores de informações privilegiadas. Esse dever opera relativamente a quaisquer informações que se possam caracterizar como "privilegiadas" e que, se difundidas inadequadamente, possam gerar especulações com efeitos nocivos ao mercado.[67] Se esses efeitos nocivos são produzidos antes do negócio jurídico ou em virtude de negociações preliminares pode ser gerada responsabilidade pré-negocial pelo dano, cabendo à CVM (Comissão de Valores Mobiliários) – que também produz normas relativas a esse dever, especificando-o – encarregar-se de sua fiscalização,[68] atendido, sempre, o direito de ação ao Judiciário.

No exame da violação do dever de lealdade é imprescindível atentar para um *complexo de elementos*, isto é: não apenas uma abstrata à "convicção jurídica geral" mas, igualmente: a qualidade dos sujeitos envolvidos; o fim econômico-social do negócio projetado; a existência, ou não, de uma especificação pela lei dos deveres de proteção (como ocorre com a imposição do dever de sigilo nas operações do mercado de capitais); a ambiência geral em que desenvolvida a negociação, etc; para contrastar-se a sua "normalidade" ou "anormalidade" com aquela que pode ser deduzida do costume, da prática social constante em certo lugar, isto é, dos usos.[69] Bem assim devem ser sopesadas as circunstâncias do caso em sua integralidade para a adequada qualificação da conduta, se desleal ou não[70] razão cabendo a Paula Forgioni quando alerta para a especificidade da conduta empresarial, conducente, correlatamente, à especificidade da interpretação, nessa seara, do princípio da boa-fé.[71]

Esse exame complexo e meticuloso tem relevância ainda maior quando se trata de saber se há tolerância para certo grau de malícia nas negociações. Responde Moura Vicente afirmando que "algum grau de malícia tem de ser tolerado nas negociações pré-contratuais". Porém, "tal deve coincidir com o chamado *dolus bonus*, isto é, na expressão do art. 253, n. 2, do Código Civil português, as sugestões ou artifícios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico e a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções".[72]

A questão é tormentosa e passa pela distinção entre "astúcia" e "artimanha" (ou artifício). Há ambiências – mormente no embate entre negociadores experimentados – em que certo grau de artifício ou exagero é social e profissionalmente tolerável, inclusive fazendo parte das práticas sociais

consensualmente aceitas e assim integrando o próprio processo negociatório sem que haja a potencialidade de criar, no *alter*, uma representação falsa ou errônea da realidade. Em outras situações, diferentemente, dada principalmente a disparidade estrutural da posição pré-contratual dos interessados, não há tolerância às condutas artificiosas. Isso significa dizer que a "artimanha" vedada numa situação poderá ser, em outra, "astúcia" tolerável. Na análise da violação do dever hão de ser compostos os elementos material (isto é: os artifícios ou maquinações, sopesados segundo as circunstâncias) e o elemento intencional (a intenção de enganar), pois ambos compõem o suporte fático do dolo (*dolus malus*). Fora de dúvida que o âmbito do *dolus bonus* se esvai naquelas situações em que há o dever de esclarecer espontaneamente o parceiro pré-contratual,[73] como nas relações de consumo ou quando manifesta a assimetria informativa.

2.1.3 Violação de deveres de assistência e cuidado quanto à pessoa e aos bens da contraparte nas negociações e na conclusão do contrato

Integram a noção de probidade (como correção civil), a diligência e a consideração para com o *alter*. Aí se aloca, como consagração da diligência pré-negocial, o dever de segurança com a pessoa e com os bens do parceiro pré-negocial, de modo que os interessados devem providenciar para que, nas negociações, ninguém sofra danos, seja na sua saúde ou integridade física, seja no seu patrimônio.

No direito comparado são numerosos os exemplos em que o dever de indenizar pré-contratualmente decorreu de lesão corporal ou patrimonial em um dos envolvidos na fase preliminar. Célebres são o "caso do rolo do linóleo" julgado pelo Tribunal alemão em 1911 (sentença de 07.12.1911, RGZ 78, pp. 239) e o "caso da folha de hortaliça" de 1976. No primeiro, uma freguesa acompanhada por uma criança, após fazer compras num estabelecimento comercial, dirigiu-se com um empregado ao setor de linóleos onde, por negligência do empregado, dois rolos caíram, feriando-a e à criança. No segundo caso, a autora acompanhava a sua mãe a uma loja de alimentação e, ao ajudá-la a embrulhar as compras, resvalou em uma folha de hortaliça, ferindo-se (BGHZ 66, 51). O BGH deu provimento às ações indenizatórias, no primeiro caso porque havendo entre as partes uma relação preparatória, de natureza semelhante a uma relação negocial, deveriam ser observados deveres de cuidado com a vida e a propriedade do parceiro. No segundo caso entendeu o BGH que, pela boa-fé, haveria dever de proteção, abrangente também da segurança de certos terceiros ligados, de algum modo, na ocasião pré-negocial, a um dos interessados.[74]

Em todos esses casos se concedeu ao lesionado – considerada a sua *especial exposição a riscos* em razão do negócio que poderia vir a ser celebrado – o ressarcimento de danos, proteção essa que alcança inclusive terceiros que, embora não "pré-contratantes", estão envolvidos nas tratativas.

Casos materialmente semelhantes têm sido julgados pela jurisprudência brasileira, sem fundamentação, todavia, na responsabilidade pré-negocial. Assim, exemplificativamente, o "caso das mercadorias que desabaram",[75] em que se manteve indenização por "dano moral"; e o "caso do piso escorregadio"[76] em que o pedido – novamente, de dano moral – foi deferido pela violação de dever de diligência consistente em manter o piso do supermercado em boas condições, ou em interditar a área que estava sendo lavada.

2.2 Violação de deveres informativos

Esse é o mais extenso e o mais heterogêneo grupo de casos de violação dos deveres de proteção na fase pré-contratual e o que mais preocupações conduz ao intérprete por conta das graves implicações que contém, cabendo, por isso, referência aos seus pressupostos, ínsita heterogeneidade, espécies principais e às conseqüências que pode acarretar.

2.2.1 Existência e extensão do dever

A primeira questão a enfrentar diz respeito à própria existência desse dever. Tratando-se de relação jurídica de consumo a resposta é mais fácil, pois a lei o prevê com minudência, estabelecendo as suas qualificações e delineando os seus limites, bem como os efeitos da falta de informação adequada,[77] podendo ser afirmado, nessa seara, a existência de um dever geral de informar cuja medida é estabelecida pelo próprio CDC.[78] Por conta da escolha feita pelo legislador brasileiro há, além disso, nesse campo jurídico, certa uniformidade – estipulativamente definida – acerca do *destinatário da informação*: esse é *o consumidor*, considerado por lei "sujeito vulnerável". Por força

do estabelecimento por lei desse pressuposto fático-normativo, pode-se afirmar que aí vige o princípio da igualdade *abstratamente considerado*: todos os consumidores são vulneráveis e igualmente destinatários do "direito básico" à informação nos moldes estabelecidos pelo CDC.

Maior dificuldade estará, pois, no campo das demais relações de direito obrigacional (civil, empresarial, tributário, trabalhista, etc.) em que nem a lei prevê sempre e com minudência a própria existência do dever nem há homogeneidade dentre os destinatários da informação, vigendo, portanto, o princípio da igualdade *concretamente considerado*, o que é, ao fim e ao cabo, o reconhecimento de uma desigualdade concreta. A informação poderá ou não ser devida, e, o sendo, em conteúdo e graduações diversos, conforme as circunstâncias.

Exemplifiquemos com o direito português que contém regra (art. 485, n.2) pela qual há a obrigação de indenizar "quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar o conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua fato punível".

A regra geral, que está no n. 1 do mesmo art. 485, é a da irresponsabilidade, pois "os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte". Contudo, a doutrina construiu a disciplina da responsabilidade pela diferenciação entre o "simples conselho" (que não responsabiliza) e os "conselhos, recomendações e informações[79] que podem responsabilizar mesmo para além daquelas três estritas hipóteses previstas no Código Civil como é o caso, por exemplo, das chamadas 'cartas de conforto'(*confort letters*) trocadas entre *holdings* ou, em geral, sociedades-mãe e instituições bancárias. Nesses casos, não se trata de simples cortesia, havendo uma *presunção comum de juridicidade* derivada do fato de essas cartas serem trocadas no curso de uma relação profissional, não sendo de esperar, pelas regras da experiência, que empresas 'troquem, entre si, meras cortesias ou textos de circunstância'".[80]

Assim sendo, ao mesmo tempo em que rejeita a idéia de existir um dever pré-contratual, com caráter geral, de fornecer à contraparte informação sobre todos os aspectos relevantes para a sua decisão,[81] a doutrina sistematiza e ordena os "grupos de casos" em que se verifica o dever de informar.

Um desses "grupos de casos" versa justamente sobre o período pré-negocial.[82] Aí há dever de indenizar se houve a celebração de contrato não correspondente às legítimas expectativas devido ao fornecimento pelo parceiro negocial de informações falsas ou inexatas, ou à omissão do esclarecimento devido ou se não foram dadas informações a respeito das circunstâncias que são de molde a provocar a frustração do fim contratual.

Com efeito, a responsabilidade por violação do dever de informar na fase pré-negocial compreende a falsidade, a omissão e a deficiência de informações relevantes para a formação do consentimento contratual; comporta a informação sobre pontos que seriam impeditivos da validade ou da eficácia do contrato; abrange informações contidas em mensagens e declarações constantes de prospectos, como as alusivas a ofertas públicas de valores mobiliários; inclui o vasto problema das informações constante de mensagens publicitárias;[83] incide sobre fatos que sejam de exclusivo conhecimento de uma das partes e que só ela podia conhecer, sendo decisivos para a decisão de contratar da contraparte;[84] e adentra a informação sobre o conteúdo do contrato e riscos excepcionais relacionados ao seu objeto supondo-se que nas relações paritárias os riscos normais sejam conhecidos por ambos.

2.2.2 Heterogeneidade e limites do dever de informar

Para além da extensão do campo operativo do dever de informar há elevada heterogeneidade material devido às distinções quanto ao grau, intensidade e/ou minudência da informação devida. O dever de informar (em sentido amplo, abrangendo a recomendação e o conselho) tem pesos diferenciados subjetiva e objetivamente considerados.

Sua extensão varia *subjetivamente* conforme se trate de tratativas entre sujeitos colocados em situação de relativa paridade fática ou, diversamente, situados numa relação assimétrica, marcada pela dificuldade de um dos interessados quanto a acessibilidade e a cognoscibilidade à informação relevante aos fins do contrato, como ocorre, exemplificativamente, no procedimento de oferta pública de ações (OPA) assentado em inegável assimetria informativa que se manifesta por ocasião da fase pré-negocial, quando as ações são oferecidas, razão pela qual surgem, para o emissor, deveres

pré-contratuais derivados da boa-fé.[85] Ainda no direito societário, poderíamos pensar no dever de informar pelo titular das ações a serem negociadas, que sobre elas pendem garantias bancárias autônomas[86] ou outro qualquer gravame. O desnível informativo pode prender-se com a especial competência técnica do devedor (relações perito-leigo ou profissional-leigo),[87] como também com circunstâncias pessoais do credor (por exemplo, a evidente inexperiência ou outros fatores pessoais).[88]

A extensão varia *objetivamente* porque deriva também do tipo de relação contratual intencionada; da natureza da informação tendo em conta os fins do futuro contrato; e da existência, ou não, da minudência em lei ou regulamento normativo do dever de informar, se especificando, por exemplo, quais são os pontos que abrange,[89] e, igualmente, a existência, ou não, de norma legal, administrativa ou deontológica impositiva de sigilo. Há limites derivados da proteção à personalidade e à vida privada (art. 21). O limite máximo está consagrado no velho brocardo *nemo tenetur se ipsum accusare*, garantia constitucional (art. 5.º, XLII) que, entretanto possui no direito civil – e especialmente no direito do consumidor – configurações muito estreitas, exigindo sempre a ponderação de interesses.[90]

Seja qual for o grau em que a informação é devida, o dever é à *informação verdadeira*. Como registra Grisi, o dever de informar encontra substância no empenho a fornecer exato conhecimento – logo, o dever de informar coincide e se especifica no dever de *informar corretamente.*[91] Considerado o tipo da relação contratual visada, observa-se que numa relação de troca, com interesses contraditórios, o nível de exigência quanto ao grau (mas não quanto à veracidade) tem de ser menor do que quando a informação é tida em vista de uma atividade no interesse alheio (*v.g*, tratamento médico) ou a colaboração num fim comum (sociedade), conquanto, *em qualquer caso,* a informação prestada, além de ser verdadeira, deva ser suficientemente clara,[92] consideradas as circunstâncias, isto é, se a relação entre profissional e leigo ou dois profissionais, ou dois leigos. Quando há interesses transindividuais envolvidos, o dever é ampliado, como ocorre nas relações societárias, em que há um dever de informação e transparência relativo ao mercado (escopo: *confiabilidade*) e aos acionistas (escopo: redução da *assimetria informativa* entre as diversas classes de acionistas e *igualdade perante a informação*).[93]

Além do mais, em certos contratos – como aqueles dotados de "elevada tecnicidade" – configura-se o dever geral de elucidar o conteúdo do contrato com a dação de informações inclusive sobre a adequação entre o contrato e a necessidade que ele visa satisfazer. O dever de informar pode incidir, portanto, sobre a própria oportunidade do contrato.[94] Em outros – como no caso de certas prestações de serviço que importam em um risco *conscientemente assumido*, tal qual a prática de certos esportes, como o *body jump* – ele se concretiza no dever de chamar a atenção para a medida do risco ou para riscos atípicos.[95] O mesmo vale para operações altamente especulativas ou arriscadas, como certas operações financeiras que comportam negócios conexos. Antigo aresto já determinou que "um banco não está obrigado, face ao tomador de crédito, a verificar se o negócio a financiar é para ele oportuno. Deve, todavia, fazer referência, no caso de tomadores de empréstimo cognoscivelmente inexperientes, a riscos de cuja existência estes não se tenham apercebido ou que não tenham avaliado corretamente".[96]

Considerados os fins da informação, vigora a idéia de sua *instrumentalidade* (ressalvados, por óbvio, os casos em que a informação é o próprio objeto do contrato intencionado). Informa-se *para* alcançar um completo esclarecimento sobre o futuro contrato, seu conteúdo, suas repercussões e riscos, etc. e assim, possibilitar uma deliberação informada para chegar a um *consentimento adequadamente esclarecido*. Por conseqüência não há dever de informar sobre fatos notórios, que são ou deveriam ser do conhecimento da contraparte, não se podendo cogitar de um dever de informar com conteúdo ilimitado e destinado a operar de igual modo em todos os campos da realidade.[97] Sendo o fato de domínio público ou passível de conhecimento por um esforço normal de diligência, não há exigibilidade – salvo se imposto por lei, como o aviso de que fumar faz mal à saúde –,[98] não havendo então que se falar em afronta à boa-fé.[99]

Notadamente nos contratos paritários, nos quais há relativa igualdade entre as partes, o dever de informar convive com o ônus jurídico de informar-se, pois a diligência para com os próprios interesses decorre não só da autonomia privada, mas do próprio critério da razoabilidade. Portanto, convivem dever e ônus, não podendo o primeiro ser imputado apenas a um dos sujeitos da relação pré-negocial. É absolutamente necessário, nesta seara, traçar distinções, respondendo a perguntas sobre a posição das partes, o objeto do contrato, as circunstâncias da negociação, etc. Por exemplo:

quem dá a recomendação ou o conselho o faz profissionalmente? A informação, a recomendação ou conselho configuravam o próprio objeto do contrato ou foram dados no âmbito de uma relação de conexidade com outro objeto contratual? Se trata de conselho, isto é, informação destinada a orientar uma decisão? Ou se trata de um aviso? Ou, ainda, de mera informação sobre determinada situação de fato? A informação foi pedida pelo lesado? A relação entre os interessados é profissional ou se trata de mera relação de cortesia? Um dos interessados, ao menos, pode ser tido como especialista, *expert* ou perito? A informação ou o conselho, embora tivessem levado ao dano, foram razoáveis ou fundadas? A informação, aviso ou conselho teriam possibilitado por si só evitar o dano [100] ou havia concausas? O lesado tinha meios para verificar a qualidade da informação que lhe foi dada? O lesado cumpriu com o ônus de se informar? É preciso também ter em conta o grau de vulnerabilidade do lesado bem como a medida de sua auto-responsabilidade, pois ninguém é "obrigado" a seguir conselho ou informação alheia.

Quando entre os negociadores há efetiva *desigualdade de poderio* (jurídico, econômico ou fático, de modo especial o poderio informativo) o ônus de se informar é relativizado (embora não abolido). Aí se põe com nitidez a existência de deveres informativos a cargo do negociador detentor daquelas informações que seriam relevantes para a decisão de contratar ou para um especial acautelamento do parceiro pré-negocial. Esses deveres versam sobre o próprio *conteúdo do contrato* que está sendo negociado, cabendo, em muitos casos, além da mera informação, o aconselhamento, como o médico que tem o dever pré-contratual de aconselhar o paciente sobre a conveniência, ou não, de uma intervenção cirúrgica[101] ou mesmo a explicitação sobre condições e cláusulas acessórias.[102]

Há desigualdade presumida de poderio informativo, exemplificativamente, nas relações entre fornecedores e consumidores (sendo a informação, concomitantemente, reflexo do princípio da transparência e fator de relativo equilíbrio entre as posições pré-contratuais); ou entre a Administração Pública e os administrados,[103] ou, ainda, entre o detentor do poder de controle e o pequeno investidor, em situações jurídicas societárias. Também há maior grau de intensidade dos deveres informativos quando a relação em vista é marcada por especial carga de fiduciariedade (como quando as partes se aproximam para celebrar contrato de sociedade, ou de mandato, por exemplo). Mais ainda quando um dos parceiros pré-contratuais está predisposto profissionalmente à informação, como seria uma agência de informações.[104]

Nas relações de consumo os deveres informativos correlatos ao "princípio da transparência" são objeto de uma minuciosa especificação legal que acompanha da fase pré-contratual à fase pós-contratual, pois aí a vulnerabilidade do consumidor (que é vulnerabilidade informativa, em larga medida) é um postulado fático-normativo, razão pela qual fala-se em um "dever de informação positiva", dotado de minudência.[105] Há, todavia, deveres informativos pré-contratuais também atribuídos à parte vulnerável.[106]

Porém, não há dever de informar ilimitado. Ele cessa (ou não se configura) "no ponto em que uma parte não tem mais de se preocupar com os interesses da outra, portanto com respeito a circunstâncias que caiam inequivocamente na sua esfera de risco".[107] Assim sendo, como baliza à sua delimitação devemos considerar que o dever de informar existe "onde o padrão de diligência exigível ao comum das pessoas não requeira que o contraente obtenha, pelos seus próprios meios, as informações e explicações necessárias a fim de se esclarecer" e nas situações marcadas pela vulnerabilidade fático-informativa de um dos sujeitos frente ao outro.[108]

Isto está a significar que o dever de informar não deve ser nem absolutizado nem hiper-dimensionado, a ponto de considerar-se a existência de um dever geral de informação exaustiva acerca da totalidade das circunstâncias de fato e de direito determinantes da decisão de contratar com semelhante incidência em todas as situações pré-negociais. É possível, quanto ao muito, efetuar algumas distinções e situar alguns pontos de apoio para a sua identificação nos casos concretos, para o que é relevante ter presente as espécies de violação do dever.

2.2.3 Espécies de violação

Os deveres informativos tanto podem ser violados por ação – por meio de informações falsas ou inexatas – como por omissão, ou seja, silenciando elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer.[109] Fazer informação inverídica sobre fato importante ou deixar de declarar fato importante – fato esse necessário, a fim de evitar que as declarações feitas, à luz das circunstâncias em que foram feitas não fossem enganadoras – constituem, afinal, as duas faces de uma mesma

moeda.[110] Na verdade, há uma zona cinzenta entre o âmbito dos deveres informativos e o dos deveres de lealdade, pois poderá produzir dano a ausência de uma informação adequada que conduza, lealmente, ao consentimento esclarecido do parceiro pré-contratual. Sem que se afaste o axioma segundo o qual cada um de nós tem deveres (*rectius*: ônus jurídicos) consigo próprio, há casos em que a informação não poderia ter sido conhecida pelo lesado, ainda que este tivesse agido com diligência reativamente aos próprios interesses.

Tanto a informação falsa quando a lacunosa e a inexata podem comprometer o consentimento contratual. Por vezes é necessária apenas a informação (como informação sobre determinado dado de fato), por outras se ajunta à informação o conselho em que há, para além da exposição do fato, uma *opinião esclarecedora* sobre aquela situação de fato. No direito francês se considera, para medir a extensão do dever, "se a informação era suscetível de exercer uma influência sobre o consentimento do vendedor, de tal sorte que ele não teria concluído o contrato, ou só o teria concluído em condições mais favoráveis se ele delas tivesse tido conhecimento".[111]

Este é, em meu entendimento, o critério adequado em vista da instrumentalidade da informação, ressalvando que outros serão os critérios quando a informação é objeto do contrato que se está a planejar.

2.2.4 Conseqüências da violação do dever

Os deveres de informação, quando violados podem ter, conforme a sua configuração, ou conseqüências invalidantes ou apenas conseqüências indenizatórias, quando o plano da validade não é atacado, mas produziu-se dano em razão de informação equívoca, insuficiente ou deficiente. Em algumas hipóteses se pode cogitar de uma dupla eficácia e, em outras, admite-se uma espécie de convalidação *mais* eficácia indenizatória.Vejamos, através de exemplos, essas situações.

Se a informação é, pela natureza da situação, configurada como um dever para um dos negociadores, e há silêncio desleal, ou a informação é conscientemente falsa ou distorcida, podem ser geradas eficácias invalidantes sob a forma de *dolo invalidante*. Quanto ao primeiro assinala Pontes de Miranda: "Dolo, causa de não-validade dos atos jurídicos, é o ato, positivo ou negativo, com que, conscientemente, se induz, se mantém, ou se confirma outrem em representação errônea".[112] Contudo, esclarece, para que a omissão possa ser dolosa "é preciso que haja dever de falar ou de esclarecer e tal dever – que, assim referido, seria vago – há de resultar dos usos do tráfico, inclusive dos princípios de boa fé, que impõem dever de falar a verdade […]; mas, por certo, sem existir direito *ilimitado* à verdade. O enganado tem de alegar e provar que tinha interesse em não ser enganado".[113]

O dolo na fase pré-contratual também pode caracterizar uma espécie de erro, qual seja, o *erro induzido* traduzido na divergência entre os motivos nos quais embasado o ato e destino dado à coisa, ou ao direito. Uma das hipóteses mais corriqueiras do erro induzido é justamente quando o indutor do erro dá à coisa ou ao ato destino diferente do primitivamente declarado, sendo a declaração (ou o comportamento concludente a causa (ou a concausa) da prática do negócio. Ressalte-se que o erro induzido não caracteriza *error in futurum* – o que constituiria uma impossibilidade lógica – como argumenta com razão Antonio Pinto Monteiro, ao distinguir entre pressuposição e o erro derivado de uma falta de informação ou informação deturpada sobre a finalidade do bem negociado do pelo comprador, como segue: "Pode acontecer, com efeito, que o vendedor efectue o negócio por estar convencido – o que para si foi determinante – que o comprador irá dar ao bem um certo destino, quando na realidade a intenção é outra. O que pode ficar a dever-se, por exemplo, a uma deficiente interpretação do comportamento do comprador ou, mesmo, a alguma informação falsa ou incorreta por parte deste. Mas então o que está em causa é uma deficiente formação da vontade; em rigor, não é uma alteração do destino do bem que se trata, antes de uma errada convicção sobre o destino que o comprador pretende dar ao bem. É um problema a equacionar em sede de erro.

E nem será sequer de excluir a possibilidade de dolo, do comprador, quando exista *intenção* de enganar a outra parte, nos termos do art. 253.º. Caso em que, além da anulação do contrato, conforme dispõe o art. 254.º, haverá lugar a uma indemnização por responsabilidade pré-contratual, nos termos do art. 227.º. Partimos do princípio, para que assim seja, que, à data do negócio, existe já a intenção de dar ao bem um destino diferente, que os artifícios dolosos são anteriores ou contemporâneos da celebração do contrato.

Esse poderá ser o caso quando o interessado em adquirir o bem presta falsas informações sobre o destino que pretende dar-lhe".[114]

Quando não há a intenção de enganar, assegura o autor, "nem por isso ficará precludido o recurso a uma indemnização por responsabilidade pré-contratual, a cargo de quem emitiu essa falsa informação. Trata-se de um erro provocado culposamente ou de uma violação culposa do cuidado exigível, relevante nos termos do art. 227.º."[115]

Porém, não é apenas o silêncio doloso ou a indução dolosa em erro que são sancionados com a responsabilidade por danos. Por igual o são a negligência e a mera violação do dever de informar lealmente o outro negociador quando, segundo as circunstâncias, tal dever estivesse configurado. Nas relações caracterizadas pela assimetria informativa há o dever do melhor informado esclarecer de moto próprio o menos informado. Se não existir contrato (como resultado das negociações preliminares) ou se não for o mesmo atacável por defeito em sua formação, mas se tiver produzido dano pela ausência, deficiência ou defeito na informação, imputável a um dos parceiros pré-contratuais, há eficácia indenizatória.

Pode ocorrer também que um contrato conseqüente a uma negociação produza dano em virtude de vícios na prestação, como na venda de coisa genérica.[116] Nesse caso, é de admitir-se a acumulação das normas relativas à responsabilidade pré-contratual e à responsabilidade por vícios, uma vez que cada uma delas tem por escopo sancionar a violação de deveres entre si diferentes, a saber: a responsabilidade pré-contratual sancionará a quebra de um dever pré-contratual de informação (*dever de proteção*); a responsabilidade pelo vício sancionará o inadimplemento de um *dever de prestação*. Por igual, são díspares os interesses tutelados: no primeiro caso, a tutela se dirige à hígida formação do consenso contratual; no segundo, ao interesse do credor no cumprimento exato da obrigação pactuada.[117] Também os defeitos do negócio jurídico, como o erro, podem ser indutores da responsabilidade pré-contratual. Assinala Moura Vicente que, quando causado por dolo, o erro determina em princípio a responsabilidade pré-contratual de quem o empregou, porém, pode também fundamentar a obrigação de indenizar a cargo daquele que provocou o erro devido à omissão negligente de informações ou à prestação negligente de informações inexatas, sem a intenção ou consciência de enganar. Assim, assegura, "o *errans* pode, naqueles casos, cumular ou optar entre pretensões derivadas dos dois institutos. Parece, além disso, de admitir o distrate como efeito possível da culpa na formação do contrato, a titulo de forma de restauração natural, quando o dano resultante da indução em erro consista na própria celebração daquele".[118]

Em outras hipóteses, em situações em que a invalidade do negócio a final concluído é dificilmente executável ou se mostra ainda mais desvantajosa economicamente para o lesado a pretensão dirige-se ao interesse da confiança. Conquanto a pessoa que recebeu as informações erradas devesse ser colocada na situação em que estaria se não tivesse contratado, admite-se que o induzido em erro se atenha ao contrato, sendo indenizado, por meio de uma adaptação ou modificação das condições contratuais.[119] A situação é similar à do lesado por vício redibitório, que tem o direito formativo de escolha entre enjeitar a coisa ou pedir abatimento do preço (arts. 441 e 442).

3. Conclusão

O Código Civil não arrolou quais seriam os deveres pré-contratuais decorrentes da boa-fé cuja violação dá origem à obrigação de reparar, apenas indicando, no art. 422, os critérios ético-jurídicos à luz dos quais as condutas dos negociadores devem ser valoradas. Assim sendo o Código confiou aos seus intérpretes a determinação em concreto daqueles deveres, atendendo às concepções dominantes no tráfico jurídico.[120] Cabe, portanto, portanto, um lavor de criteriosa *prudentia* na concretização dos deveres de proteção oriundos do princípio da boa-fé objetiva e na averiguação dos casos de exercício disfuncional dos direitos e liberdades na fase formativa de um contrato.

Saber quais são esses deveres e se o exercício foi disfuncional, e o quão disfuncional foi (pois o art. 187 exige o exercício "manifestamente" disfuncional) implica, antes de mais, em correlacionar os elementos fáticos aos elementos jurídicos apresentados no caso, agrupando-os e sistematizando-os por identidades e analogias, já que o Ordenamento não pode se dar ao luxo de não ser sistemático: o caos é incompatível com a ordenação, isto é, com o Ordenamento.

Nessa sistematização alguns eixos devem ser considerados. Não devemos esquecer que a fase de

negociações é regida pelo princípio da autonomia privada que tem, como um dos seus consectários, a liberdade de não contratar. Porém a autonomia privada não é um princípio monadário, antes convivendo com outros princípios – nomeadamente, para o que aqui concerne, a boa-fé e a probidade –, de modo que a licitude é tecida no caso, resultando de uma rede de configurações englobante de elementos jurídicos e fáticos em que têm papel determinante o adequado preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil.

Se à luz desses parâmetros for configurada a obrigação de indenizar deverá o lesante satisfazer ao lesado o sugestivamente denominado "interesse da confiança", ou "prejuízo negativo",[121] referente à situação em que o credor se encontraria, se não tivesse celebrado o contrato, ou entrado em negociações que se viram injustamente frustradas[122] por qualquer dos casos em que pode ocorrer a violação de dever pré-contratual.[123]

Ao interesse da confiança acresce – *ex vi* da fórmula geral de cálculo do art. 402 do CC/2002 – o dano emergente e o lucro cessante proporcionais ao dano pré-negocial, de modo que a obrigação de indenizar compreende "danos que representem desvalorizações ou perdas patrimoniais e danos que se configurem como não valorização ou frustrações de danos. O que importa é que tais prejuízos derivados da ruptura das negociações se liguem, numa 'relação etiológica' à confiança; quer dizer, devem ter-se verificado depois e por causa da própria confiança do lesado, que alicerça a responsabilização pré-contratual do lesante".[124]

Essa "relação etiológica" com a confiança marca o ponto central do desafio posto à doutrina e à jurisprudência que, não devendo transformar a responsabilidade pré-negocial num assombroso ornitorrinco jurídico,[125] têm, em contrapartida, o estimulante desafio de atentar permanentemente às transformações que atingem em nossos dias a "galáxia contratual",[126] carreando às suas zonas de entorno os valores jurídicos da probidade e da lealdade enfeixados no princípio da boa-fé objetiva.

---

1 Este texto foi escrito originalmente para integrar o livro *A Evolução do Direito no Século XXI* – estudos em homenagem ao Professor Doutor Arnoldo Wald, organizado pelos Professores Ives Gandra da Silva Martins e José Carlos Brandão Proença. Coimbra: Almedina. A autora agradece a colaborativa leitura e as prestimosas sugestões de Rafael Peteffi da Silva.

2 Conduzindo ao estabelecimento de diferentes fundamentos para a responsabilidade e diferentes nexos de imputação, além da diversidade dos regimes jurídicos.

3 Como ocorre com os casos de imputação aos pais do dever de pagar, monetariamente, o filho, pela "omissão em dar afeto" ou a pagar, pelo filho, à vítima deste, por imputação direta, derivada de um suposto "dever de bem educar". No primeiro caso, ao tornar-se o afeto *dever jurídico* e ao quantificá-lo monetariamente, supõe-se que a relação com "o outro" passe pelas quantidades do dinheiro, derrubando-se, assim, os supostos da moderna construção identitária dos sujeitos, pois ao se acolher a vitimização por uma dívida que jamais pode ser ressarcida, afasta-se a conquista da autonomia como resultado da superação de frustrações; no segundo caso, ao imputar-se aos pais um "dever de conselho" com valor jurídico de *obrigação de resultado*, vai-se contra as mais recentes observações da neurofisiologia atinentes ao papel das condições pessoais do sujeito na elaboração da própria personalidade.

4 PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance.* São Paulo: Atlas, 2007.

5 As expressões entre aspas são de PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1999 (1ª reimp.), notas 1.536-1.537, pp. 660-663.

6 PINTO MONTEIRO, António. *Cláusula penal e indemnização.* Coimbra: Almedina, 1999 (1ª reimp.), notas 1.536-1.537, pp. 660-663.

7 Para a qualificação do regime da responsabilidade pré-negocial ver infra. Por ora basta recordar que a responsabilidade extranegocial configura o que, comumente, entendemos como o "gênero responsabilidade", isto é, o "regime-regra" do qual a responsabilidade negocial é espécie, como

esclarece NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 433.

8 O instituto é denominado *culpa in contrahendo* (denominação original, advinda da obra de von Jhering); ou responsabilidade pré-contratual (por, habitualmente, estar referida ao período formativo de contratos) ou – considerando que a matéria transcende o domínio dos contratos, podendo situar-se na fase formativa de negócios jurídicos unilaterais – responsabilidade pré-negocial.

9 Importante anotar que parte da doutrina brasileira considerou que, em face do disposto no art. 422, os princípios de probidade e boa-fé ali consignados valeriam apenas para a fase da conclusão do contrato (isto é, já trocadas declarações de vontade pelas quais se forma o contrato), não abrangendo também as negociações que a antecedem durante as quais se prepara o conteúdo daquele (Assim, exemplificativamente, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo: Saraiva, 2004, p. 148 e s.). A consideração resulta de o art. 422 aludir expressamente apenas à fase da conclusão, omitindo qualquer referência à "negociação". Porém, para além dos exemplos de direito comparado que mostram a improcedência desse entendimento responde a questão, exemplarmente, Dario Moura Vicente, in verbis: "Supomos, no entanto, que terão de se considerar compreendidas no art. 422 as negociações encetadas das com vista à conclusão do contrato, sob pena de, em duas fases do *iter* contratual funcionalmente ligadas entre si, as partes ficarem submetidas a exigências ético-jurídicas divergentes. Semelhante contradição valorativa, desconforme com o princípio da unidade da ordem jurídica e o próprio espírito do preceito, não parece admissível. Também no direito brasileiro a boa-fé abrange, por isso, a fase dos preliminares do contrato". MOURA VICENTE, Dario. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro. *Revista do CEJ – Conselho da Justiça Federal* n. 25, Brasília. Disponível em: [http://www.cjf.gov.br/revista/numero25/artigo05.pdf]. Também Ghestin, em referência ao projeto do *Code Civil* que prescrevia deverem as convenções serem "contractées et executes de bonne foi" em texto a final modificado mas que, na origem, era similar ao do art. 422 do Código brasileiro.(GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil – la formation du contrat.* 3eme ed., Paris: LGDJ, 1993, p. 237). Na mesma perspectiva PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 pp. 207-209 e o nosso MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. t. II, p. 109 e s.

10 O BGB não desenhou uma regra geral sobre a *culpa in contrahendo*. Porém, em determinados grupos de casos que correspondiam ao material investigado por Jhering estabeleceu uma obrigação de reparação de danos, como nos §§ 122 (confiança em uma declaração de vontade não séria ou impugnada); 179 (confiança em um poder de representação não existente) entre outros. A doutrina moderna generalizou esses vestígios no BGB em regras de responsabilidade pré-contratual (MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Angel Martinez Sarrion (Trad. esp.). Barcelona: Bosch, 1995. v. I, p. 59). Assim, durante o transcurso do séc. XX se pode afirmar que no direito alemão a responsabilidade pré-contratual fundou-se não tanto no BGB quanto no costume jurisprudencial que acolheu a elaboração doutrinária acerca da cláusula geral da boa-fé (§ 242). Recentemente, após a "modernização" de 2002 o instituto veio a ser acolhido pelo BGB de forma expressa e com caráter geral, no § 311 (ver adiante, nota 36). Até então, toda a construção do instituto se devia à jurisprudência, sobre a base do princípio da boa-fé, acolhido no § 242. No direito suíço a responsabilidade pré-negocial acha-se regulada em preceitos legais dispersos (arts. 26, 31, n. 3, 26 e 39 do Código das Obrigações e 411. n. 2. do Código Civil, além de fundar-se no princípio da boa-fé,), não sendo objeto de uma regulação com caráter geral. A partir dessas disposições e do princípio geral da boa-fé (art. 2 do Código Civil suíço) a jurisprudência construiu as hipóteses, centradas na idéia segundo a qual durante as negociações contratuais as partes devem se conduzir segundo a boa-fé. No direito francês, por seu turno, a matéria é reconduzida à cláusula geral da responsabilidade extranegocial, similarmente ao direito brasileiro, muito embora para a caracterização dos deveres haja uma tendência à pontual previsão legislativa, especialmente na proteção dos "não-profissionais" (Assim GHESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil* – La formation du contrat. 3eme ed. Paris: LGDJ, 1993, p. 236).

11 Sublinhe-se a doutrina pioneira de CHAVES, Antonio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959 (2. ed, 1997) e, na última década, as monografias listadas adiante, na nota 13. Também a jurisprudência já vinha modelando o instituto, valendo lembrar, exemplificativamente: STJ, Recurso em MS 6.183-MG, STJ, 4ª T. rel. Min. Ruy ROSADO DE AGUIAR, j. 14.12.1995, *DJ* 08.12.1995. A jurisprudência foi grandemente impulsionada pelas previsões legislativas de

responsabilidade pré-contratual do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que, além de consagrar a boa-fé objetiva como princípio das relações de consumo (art. 4.º, III) privilegia o dever de informar na fase pré-contratual sobre o conteúdo do contrato e sobre as características do bem ofertado (arts. 6.º, III e IV; 8.º, parágrafo único; 9.º, 12, 14, 30, 31, 36, 37, 46), além de introduzir modificações importantes no regime dos vícios (arts. 18, 19, 20, 23).

12 Conquanto a cautela demonstrada pelas principais Convenções de unificação do direito privado, como a Convenção para a Compra e Venda de Mercadorias concluída em Viena, em 1989, observa-se uma tendência à previsão da responsabilidade pré-contratual. Basta lembrar os Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais publicados em 1994 pelo Unidroit e os Princípios de Direito Europeu dos Contratos publicados em 1995 e revistos em 2000 como preparação a um futuro Código Europeu dos Contratos. Nos princípios Unidroit consagra-se especificamente o princípio da boa-fé no comércio internacional (art. 1.7, n. 1) e se especifica ou concretiza o seu conteúdo e a sua eficácia. Por exemplo, estão previstas, como conseqüência do dever de agir pré-contratualmente segundo a boa fé: a irrevogabilidade da oferta (art. 2.4, n. 2, alínea b); a imputação de responsabilidade à parte que houver negociado ou rompido negociações de má-fé, especialmente coibindo-se o recesso intencional (art. 2.15, n. 2 e 3); a consagração de deveres pré-contratuais, como o de sigilo (art. 2.16); a ineficácia de "estipulações surpresa" (art. 2.20); a disciplina do erro (art. 3.5); do dolo (art. 3.8); a responsabilidade da parte que conhecia ou devia conhecer uma causa de anulabilidade do contrato (art. 3.18). Os princípios europeus, por sua vez, prevêem a boa-fé (art. 1:201) seja para a formação, seja para a interpretação dos negócios, amparando tanto a boa fé subjetiva (*good faith*) quanto a objetiva (*fair dealing*). Há também certo grau de concretização: o art. 2: 2002 (3) prevê a ineficácia da revogação da proposta se o seu destinatário tinha fundamento razoável para crer que ela era irrevogável e houvesse atuado em confiança a essa crença.

13 Especificamente sobre a responsabilidade pré-negocial e a tutela da confiança por danos consultamos: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 10 ed. ver. e atual. Coimbra: Almedina, 2006 e *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3. São Paulo: RT, 1992, p. 78-87, 148 e s.; BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. *Obra dispersa*. Braga: Scientia Jurídica, 1991. v. 1; CALVAO DA SILVA, João. A publicidade na formação do contrato. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. A parte geral do código e a teoria geral do direito civil. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 700 e s.; CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004; *Uma 'terceira via' no direito da responsabilidade civil?* O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades. Coimbra: Almedina, 1997; e *Contrato e deveres de proteção.* Coimbra, 1994; CAPPELARI, Récio, *Responsabilidade pré-contratual,* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; CHAPPUIS, Christiane. Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon. In: CHAPPUIS, C., e WINIGER, B. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance – Vertrauenshaftung – Journée de la Responsabilité Civile 2000.* Zurique: CEJE, 2001; CHAVES, Antonio; *Responsabilidade pré-contratual.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997; COUTO E SILVA, Clóvis. *Les principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé* (datilog). Porto Alegre, 1988; *A obrigação como processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006; A Companhia Siderúrgica Mannesmann. *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 13. Porto Alegre, 1975, p. 207-238; *Corpus Juris Secundum*, v. 65, § 89, p. 1.029; CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Coimbra: Almedina, 2006; FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; FERRER CORREIA e ALMENO DE SÁ. *Oferta pública de venda de acçoes e compra e venda de empresa.* Separata da Coletânea de Jurisprudência, v. IV, Lisboa, 1993; FRADERA, Vera Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de Informação. Legislativa*, n. 136. Brasília, 1997; GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública* – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002; GRIMALDOS GARCIA, Maria Isabel. *Responsabilidad civil derivada del follet de emision de valores negociables.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001;GHESTIN, Jacques. Comentário em *Recueil Dalloz.* Paris: Sirey, 1984, 33 ème Cahier, Jurisprudence, p. 457; GRISI, Giuseppe. *L'Obbligo precontrattuale di informazione.* Nápoles: Jovene Editore, 1990; JOURDAIN, Patrick. Le devoir de se

renseigner. *Recueil Dalloz*. Paris, 1983, Chronique, p. 139; LARROUMET, Christian. *Droit Civil.* Les obligations. Le contrat. Paris: Econômica, 1990. t. III; MARTINS, Antonio Carvalho. *Responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002; MAZEAUD, Denise. La confiance légitime et l'estoppel. *Revue Internationale de Droit Comparé* n. 2, avril-juin 2006, p. 363-392; MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da modernização do direito civil.* Aspectos gerais. Coimbra: Almedina, 2004. t. I; *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 1984; *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980; *Das cartas de conforto no direito bancário*. Lisboa: Lex, 1993; MARCHAND, Sylvie. Responsabilité fondée sur la confiance: vie et mort d'un ornithorynque juridique. In: CHAPPUIS, C., e WINIGER, B. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance – Vertrauenshaftung – Journée de la Responsabilité Civile 2000.* Zurique: CEJE, 2001, p. 162 e s.; MONATERI, Pier Giuseppe. *La Responsabilità Contrattuale e Precontrattuale*. Turim: UTET, 1998; MORIN, Ariane. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance* – Etude Critique des Fondements d'une Innovation Controversée. Helbing & Lichtenhahn, Genebra, 2002; MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, supl. XIV, Coimbra, 1966, p. 150; MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico.* Coimbra: Almedina, 1995; MOURA VICENTE, Dario. *A responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado.* Coimbra: Almedina, 2001 e A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro. *Revista do CEJ – Conselho da Justiça Federal*, n. 25. Brasília, 2004, p. 34-41, abr.-jun. 2004; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2003; PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual.* Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; PIGNATARO, Gisella. *Buona Fede Oggetiva e Rapporto Giuridico Precontrattuale:* gli ordinamenti italiano e francese. Salerno: ESI, 1999; RACCA, Gabriela M. *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza.* Nápoles: Jovene Editore, 2000; SINDE MONTEIRO, Jorge. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Coimbra: Almedina, 1989; THÈVENOZ, Luc. La responsabilité fondée sur la confiance dans les services bancaires et financiers; WERRO, Franz. La responsabilité fondée sur la confiance: quelques variations sur un thème commun ou les leçons du droit comparé e WESSNER, Pierre. La responsabilité fondée sur la confiance au regard de la révision totale du droit de la responsabilité civile, esses três ultimos In: CHAPPUIS, C., e WINIGER, B. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance – Vertrauenshaftung – Journée de la Responsabilité Civile 2000.* Zurique: CEJE, 2001, respectivamente pp. 37-48, 109-127 e 129-141. As obras consultadas sobre temas conexos estão referidas ao longo do texto.

14 A palavra "imputação" não remete, nesse contexto, nem à "imputabilidade" nem à culpabilidade ou culpabilização. O termo *imputação* indica a atribuição de um dever ou de uma responsabilidade a alguém, isto é, a atribuição de uma *conduta devida,* daí afirmando Pontes de Miranda que imputar não é inculpar, é atribuir responsabilidade a alguém por algo (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. XXIII, § 2.800, p. 126). De outro lado, a palavra "imputabilidade" denota uma "capacidade subjetiva" para atuar na ordem jurídica e, portanto, contrair obrigações enquanto a imputação é a imposição, a alguém, de um dever, sendo o "fator de imputação aquilo que explica a fonte do dever. (assim, FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Inadimplemento das obrigações.* São Paulo: Revista dos Tribunais. Biblioteca de direito civil – estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, 2006, p. 58.). Assim, é possível distinguir um sentido amplo e um sentido estrito para a palavra "imputabilidade" (o segundo sendo o sentido próprio, o primeiro abrangendo o significado de imputação).

15 Foi Leopold VON WIESE. *System des allgemeinen Soziologie*. Berlim, 1933, que, trabalhando com as categorias sociológicas da "teoria da associação", as de proximidade e de distância, percebeu a existência de nuances nos contatos sociais, ocorrendo, entre os graus máximos de proximidade e de distância, graus intermediários. O mais distante dos contatos sociais seria meramente o fato de viver em sociedade. Clóvis do Couto e Silva transpôs essas categorias para o direito das obrigações, visando utilizá-la como *fattispecie* comum aos negócios jurídicos e aos delitos civis, bem como aos "atos existenciais" (relações contratuais de fato), a fim de propiciar a sistematização – isto é, a ordenação ou a modelação unitária – das várias fontes de relação obrigacional e das várias espécies que compõem o direito das obrigações. (COUTO E SILVA, Clóvis. *Les principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé* (datilog). Porto Alegre, 1988, pp. 9 e s., e *A obrigação como processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, pp. 75 e s.)

16 Entendemos que no direito civil as noções de ilicitude e antijuridicidade se aproximam. Como ensinou Pontes de Miranda: "Quando o fato contrário a direito acontece e alguém responde por ele, há ilicitude. Se a contrariedade a direito foi sem culpa, ou houve o ato humano, ou não no houve, ou se abstraiu dele" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. II, § 162, p. 193). Isso significa dizer que a ilicitude é antijuridicidade vindo comumente acompanhada da imputação de responsabilidade, seja imputação pela culpa ("violação de dever de diligência", seja pelo dolo ("violação intencional de dever jurídico", seja pelo risco, seja pela infração à boa-fé (deveres de lealdade e probidade) seja pelo exercício disfuncional de liberdades (manifesta infração aos bons costumes, ao fim econômico ou social do direito ou a boa-fé).

17 Ver nota 29, infra.

18 Nos termos do art. 19, § 3.º, da Lei 6.385/1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Caracterizam a emissão pública, entre outros meios, "I – a utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público".

19 Essa situação de vulnerabilidade na fase pré-negocial é apenas mais evidente quando vivenciada por um consumidor frente a um fornecedor, mas não é exclusiva dessas relações. Com o regramento existente no Código de Defesa do Consumidor seja no tocante à disciplina informativa, seja no que diz com o regime dos vícios, resta facilitada a tarefa do intérprete/aplicador do direito, que conta com o forte auxílio da lei. Porém, situações de vulnerabilidade podem também ocorrer fora da disciplina consumerista, devendo ser solucionados, portanto, com base nos princípios e regras do Código Civil.

20 A responsabilidade contratual, ou negocial (pois abrange também negócios unilaterais, como ofertas e promessas) resulta da violação de um direito de crédito ou outro direito resultante de negócio jurídico, bilateral ou unilateral, em razão do inadimplemento imputável (mora, inadimplemento definitivo, cumprimento defeituoso e violação positiva do contrato). É pautada, pois, pelo *interesse de cumprimento da obrigação*. O seu fundamento é, no caso da assunção contratual de obrigações, uma frustração da promessa de realização da prestação nos termos acordados. Sua função é, pois, proteger contra o risco de um dano específico, qual seja, o risco que decorre de uma relação creditícia precedentemente instituída entre as partes (assim, CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. *Uma 'terceira via' no direito da responsabilidade civil?* O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades. Coimbra: Almedina, 1997, p. 22. Na doutrina brasileira, NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações.* São Paulo: Saraiva, 2003, p. 432-433).

21 Insistimos na necessidade de distinção: a responsabilidade derivada de dano decorrente de negócio jurídico unilateral, como a oferta, é responsabilidade negocial, e não pré-negocial, sendo importante o rigor terminológico para não se confundirem as espécies.

22 A doutrina, majoritariamente, alude ao "especial vínculo de confiança", fundamentando a "legítima expectativa", v.g, MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales.* Angel Martinez Sarrion (Trad. esp.). Barcelona: Bosch, 1995. v. I, p. 64; MORIN, Ariane. *La responsabilite fondee sur la confiance* – Etude Critique des Fondements d'une Innovation Controversée. Genebra: Helbing & Lichtenhahn, 2002, pp. 11; CHAPPUIS, Christine. Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon. In: CHAPPUIS, C., e WINIGER, B. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance – Vertrauenshaftung – Journée de la Responsabilité Civile 2000.* Zurique: CEJE, 2001, p. 23. MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de direito civil português*. I. Parte geral. 2. ed., 2000. t. I, p. 399; MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. XIV. Coimbra, 1966, p. 150; ALMEIDA COSTA, Mario Julio. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato.* Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 33; MOURA VICENTE, Dario. *A responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 399). Porém, discute-se se essas expectativas configurariam sempre a confiança em sentido próprio, ou "puro", ou se indicariam a confiança correspondente ao dever de não manter expectativas infundadas. Para esse debate remetemos a CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004, em esp. pp. 466 e s. e, do mesmo autor. *Contrato e deveres de proteção.* Coimbra, 1994, pp. 251 e ss. Adotaremos aqui a expressão "confiança pré-negocial" não como sinônima do dado fático da confiança, mas como indicativa do fundamento do dever de manter as expectativas legitimamente criadas pela

própria conduta quando houver o dever de mantê-las (ver, adiante, exemplificação com os grupos de casos) e, assim sendo, como uma especificação do dever geral de agir segundo a boa-fé. Além do mais lembramos que nem todas as situações de "responsabilidade pela confiança" poderão ser reconduzidas à responsabilidade pré-contratual, pois a relação entre responsabilidade pré-negocial e a chamada "responsabilidade pela confiança" é de espécie/gênero.

23 É o que a jurisprudência dos países de idioma germânico chama de *Sonderverbindung,* como na célebre decisão do Tribunal Federal suíço no "caso Swissair", de 15.11.1994 (ATF 120/1994 II 331) que marcou naquele país o *leading case* em matéria de responsabilidade fundada na confiança. (Para referências, CHAPPUIS, Christiane. Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d'horizon. In: CHAPPUIS, C., e WINIGER, B. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance – Vertrauenshaftung – Journée de la Responsabilité Civile 2000.* Zurique: CEJE, 2001, p. 21 e s.; MORIN, Ariane. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance – Etude Critique des Fondements d'une Innovation Controversée.* Genebra: Helbing & Lichtenhahn, 2002, em esp. pp. 11-28.

24 O grau dessa "confiança mínima" é variável no tempo e no espaço, na medida em que constitui um dado antropológico e cultural. Em algumas culturas, assinala Andréas Auer, ao invés do princípio da confiança, vigora o "princípio da desconfiança", pois os valores sociais estão no "tirar proveito", no desconfiar do outro e no aproveitar de sua fragilidade. (AUER, Andréas, Ouverture du Colloque. In: CHAPPUIS, C., e WINIGER, B. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance – Vertrauenshaftung – Journée de la Responsabilité Civile 2000.* Zurique: CEJE, 2001, p. 18). Nessas culturas é inviável a economia de mercado fundada nas relações contratuais que constituem, fundamentalmente, relações de confiança na palavra dada por outrem e na força institucional e simbólica da justiça como garante do cumprimento da palavra dada.

25 V. LUHMANN. Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Maria da Conceição Corte-Real (Trad.). Brasília:Ed. UNB, 1980, referindo a confiança como fator redutor da complexidade social, no desenvolvimento da temática da confiança confiram-se as importantes obras de BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. *Obra dispersa.* Braga: Scientia Jurídica, 1991. v. 1, p. 375 e s.; CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004 e MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico.* Coimbra: Almedina, 1995, p. 31 e s., além das obras referidas nas notas 22 a 24 e 26.

26 BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. *Obra dispersa.* Braga: Scientia Jurídica, 1991. v. 1, p. 375. Idem MARTINS, Antonio Carvalho. *Responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 17.

27 BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. *Obra dispersa.* Braga: Scientia Jurídica, 1991. v. 1, p. 375.

28 BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. *Obra dispersa.* Braga: Scientia Jurídica, 1991. v. 1, p. 375.

29 A fase pré-contratual pode comportar a pactuação negócios jurídicos unilaterais e bilaterais (contratuais) e outros acordos que não constituem negócios. Assim, é preciso discernir, primeiramente, se há contrato preliminar ou pré-contrato, pois o seu incumprimento dará ensejo à responsabilidade contratual pelo descumprimento da obrigação contratual de fazer (v. STJ, REsp 700.176/RJ, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 21.09.2006) sendo possibilitada, na forma do art. 464, inclusive a execução específica, se a isso não se opuser a "natureza da obrigação"). Se houver negócios jurídicos tais como promessas de confidencialidade, pactos de opção, propostas (ofertas), poderá ser gerada responsabilidade negocial pelo descumprimento do ofertado (se ainda for vinculativa a oferta, na forma do art. 428, *a contrario*). A fase pré-negocial pode ainda conter declarações não negocialmente vinculativas, como "declarações de intenção", "acordos de princípios" ou "memorando de entendimentos" que não constituem, em regra, negócios jurídicos, embora possam eventualmente consistir, pois a questão não é de denominação, apenas, mas do exame do conteúdo e das circunstâncias. Seja como for, o fato de esses ajustes não terem eficácia negocial, como regra, não significa serem destituídos de qualquer eficácia. Pode haver eficácia, por exemplo, no campo concorrencial (como ato de concorrência desleal) ou para a hermenêutica do negócio jurídico a final formado. E também pode haver eficácia no campo da responsabilidade

extranegocial e pré-negocial, caso um desses documentos produza danos a terceiros em geral ou ao parceiro pré-contratual. De toda forma é preciso examinar se houve a assunção de obrigação voluntariamente assumida ou não, isto é: se houve oferta ou proposta, pois como escrevi de outra feita, no sistema do Código Civil a oferta, nos termos do art. 1.081 (atualmente, art. 427), traz *vinculação*, conquanto ainda não traga obrigação em sentido próprio, na medida em que ainda não há para o ofertante, antes da aceitação, o *dever de prestar* – o dare, o facere e o non facere. Este só nasce com a "colagem" entre os dois negócios jurídicos unilaterais, a oferta e a aceitação, porque só aí surge o negócio jurídico bilateral. Antes desse momento, nos termos do Código Civil, não há, por parte do oblato – aquele a quem foi dirigida a oferta – pretensão a uma prestação por parte do oferente. Mas há, isso sim, vinculação jurídica porque se criou relação jurídica pessoal. Há o dever de manter a oferta, se esta foi irrevogável, mas não há obrigação em sentido estrito, ou técnico". (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 511).

30 Segundo o art. 427 a proposta de contrato vincula quem a faz, de modo que o proponente deverá mantê-la, nos seus termos, sob pena de pagamento das perdas e danos efetivamente causados na hipótese de não honrá-la, ressalvados os casos previstos no próprio artigo, a saber: se a não-vinculatividade estiver indicada pelos próprios termos da proposta; se assim o indicarem a natureza do negócio ou as circunstâncias do caso. No art. 428, por sua vez, estão os casos de não-vinculabilidade da proposta, inclusive prevendo-se a retratação (inciso IV).

31 Questão relevante é a de saber até que ponto certos anúncios públicos configuram propostas, ou promessas de recompensa ou outra promessa negocialmente vinculante ou simples "convites a fazer oferta". Recentemente o TST julgou caso em que uma empresa (um supermercado) fez publicar em jornal anúncio que trazia a relação de funções, número de vagas e oferta de salários disponíveis pelo supermercado, além de hora, local e documentos que os interessados deveriam apresentar para o processo seletivo. O anúncio oferecia vários postos de trabalho, entre eles o de "repositor de mercadoria de loja", com salários que variavam de R$ 410,00 a R$ 1.300,00. Após ser aprovado na seleção, o trabalhador foi contratado como repositor, com salário mensal de R$ 240,00. O empregado pediu judicialmente o reconhecimento do salário conforme divulgado, o qual serviria também como base de cálculo para as diferenças salariais, FGTS, horas extras e seus reflexos. O juiz de primeira instância sentenciou que o empregado deveria receber as diferenças com base no salário de R$ 410,00. O supermercado recorreu ao TRT/GO alegando que o valor de R$ 240,00 era "meramente contratual", diferindo do que realmente seria pago, pois o divulgado "exprimia uma expectativa da despesa total com o empregado", somando salário, encargos e benefícios. A decisão foi novamente favorável ao empregado. O supermercado tendo recorrido ao TST, decidiu sua sexta turma que "se a empresa anunciou no jornal um determinado valor, como proposta de salário, não pode alterá-lo quando da contratação do empregado, pois a ela se obrigou". Segundo o Ministro relator, Aloysio Corrêa da Veiga. se ao menos tivesse ocorrido a ressalva de que a oferta no anúncio poderia ser alterada, seria admissível a mudança no valor divulgado. No caso, considerou com base no CDC e no Código Civil que a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato. Para o TRT/GO, o Carrefour lançou "inequívoca oferta ao público, que é uma verdadeira proposta e não simples convite". (TST, RR 1.654/2004-001-18-00.0, informação em http://www.tst.gov.br/, notícias de 20.03.2007)

32 CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 494.

33 Mencionamos essa temática em: MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da confiança legítima e princípio da boa-fé objetiva. Termo de Compromisso de Cessação (TCC) ajustado com o Cade. Critérios da interpretação contratual: Os "sistemas de referência extracontratuais" ("circunstâncias do caso") e sua função no quadro semântico da conduta devida. Princípio da unidade ou coerência hermenêutica e "usos do tráfego". Adimplemento contratual. *RT*, n. 95, v. 852, out. de 2006, pp. 85-126.

34 Essas situações de expectativa legítima são valoradas pelo Ordenamento que faz incidir os deveres decorrentes do princípio da boa-fé, na medida em que a causação indevida de uma confiança alheia consubstancia uma violação às exigências da boa-fé, como registra CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 483. Conquanto separando os espaços da responsabilidade pela confiança

(como vinculação à realização de legítimas expectativas) e responsabilidade fundada na infração ao dever de agir segundo a boa-fé (como coibição à deslealdade), o autor reconhece essa zona superposta, onde a regra da boa-fé coíbe a causação indevida de uma confiança alheia.

35 Como se sabe, os deveres *de prestação,* que constituem o núcleo da relação obrigacional, têm por escopo conferir ao credor determinado benefício por meio de um *direito à prestação* correspondente ao *dever de prestar.* Por isso, só existem no âmbito de uma relação de crédito onde se correlacionam o direito de crédito e o dever de prestar, tendo como escopo a realização ou a substituição da prestação devida.

36 Entende-se que a noção de deveres de proteção não está circunscrita apenas quando formada relação contratual, *devendo estender-se também para a fase de formação do contrato*, isto é, ao período pré-negocial, pois uma relação obrigacional contendo deveres de proteção pode surgir também para pessoas que não são partes (ou ainda não são partes) num contrato. Como está no texto atual do parágrafo 311 do Código Civil alemão: "Relações obrigacionais negociais e semelhantes a negociais. (1) Para a constituição de uma relação obrigacional através de negócio jurídico assim como para a modificação do conteúdo de uma relação obrigacional é necessário um contrato entre as partes, salvo diversa prescrição da lei. (2) Uma relação obrigacional com deveres no sentido do par. 241/2 surge também através de: 1. A assunção de negociações contratuais; 2. A preparação de um contrato pelo qual uma parte, com vista a uma eventual relação negocial, conceda à outra parte a possibilidade de agir sobre os seus direitos, bens jurídicos ou interesses, ou confia nela ou dá azo a contratos semelhantes a negociais. (3) Uma relação obrigacional com deveres no sentido do par. 241/2 pode também surgir para pessoas que não devam, elas próprias, ser partes num contrato. Uma tal relação obrigacional surge, em especial, quando o terceiro tenha assumido um determinado grau de confiança e com isso tenha influenciado consideravelmente as negociações contratuais ou a conclusão do contrato". (Conforme tradução de MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Da modernização do direito civil.* Aspectos gerais. Coimbra, Almedina, 2004. t. I, pp. 111-112). Por sua vez o § 241 do BGB alude aos deveres de proteção. Confira-se: "(2) A relação obrigacional pode, conforme o seu conteúdo, obrigar cada parte ao respeito aos direitos, bens e interesses da outra." (Agradeço a tradução a Jorge Cesa Ferreira da Silva).

37 Na doutrina brasileira v. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Boa-fé e violação positiva do contrato.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 75-120 (com a denominação de "deveres laterais").

38 Assim a formulação de LARENZ, citada por CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção.* Coimbra, 1994, p. 39.

39 CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Contrato e deveres de proteção.* Coimbra, 1994, p. 44.

40 Essa é uma questão recorrente a afligir a doutrina no curso dos tempos. V. as observações de WININGER, Benedict. Conclusions: étendre les conceps ou les multiplier? In: CHAPPUIS, C., e WINIGER, B. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance – Vertrauenshaftung – Journée de la Responsabilité Civile 2000.* Zurique: CEJE, 2001, p. 193 e s.

41 Assim a proposição de C.W. CANARIS, com repercussões no BGB "modernizado" (ver, supra, nota 36). Veja-se a exaustiva tese de CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004, pp. 339 e s. e p. 799 e s. Também se pronunciando em favor da autonomia dogmática, SINDE MONTEIRO, Jorge. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Coimbra: Almedina, 1989, p. 509 e s. Na doutrina brasileira defende esse posicionamento PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 277 conquanto admita ser o sistema brasileiro de responsabilidade aquiliana "um sistema inteiramente aberto" (p. 273). Para uma exposição comparatista v. MOURA VICENTE, Dario. *A responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado.* Coimbra: Almedina, 2001, pp. 105-207. Em posição crítica, MARCHAND, Sylvie. Responsabilité fondée sur la confiance: vie et mort d'un ornithorynque juridique e WERRO, Franz. La responsabilité fondée sur la confiance: quelques variations sur un thème commun ou les leçons du droit comparé. Ambos In: CHAPPUIS, C., e WINIGER, B. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance – Vertrauenshaftung – Journée de la Responsabilité Civile 2000.* Zurique: CEJE, 2001, respectivamente, p. 162 e ss. e p. 110 e ss. e ainda MAZEAUD, Denise. La confiance légitime et

l'estoppel. *RIDC*, n. 2, avril-juin 2006, p. 363-392, analisando o sentimento de desconfiança que o papel da confiança legítima suscita nos juristas franceses.

42 Seu regime obedeceria a um esquema de aproximações pelo qual "a responsabilidade perante os destinatários intencionados de promessas e declarações aproxima-se da problemática dos contratos; já aquela que se reconheça face a quem essas promessas e declarações se não dirigiam, mas nelas contudo acreditaram, revela elementos de aproximação ao paradigma aquiliano", como esclarece CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 799.

43 Nos países em que a responsabilidade extracontratual é regulada por meio de uma cláusula geral (como o Brasil ou a França) é geralmente admitido que a questão não é de responsabilizar *ex contractu*, mas de imputar responsabilidade por danos (verificados ou iminentes, que importa evitar) derivando essa responsabilidade *ex lege* e não da autovinculação (considerada, nesse caso, mero pressuposto de fato e não fato normativo, como observou BAPTISTA MACHADO, João. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. *Obra dispersa.* Braga: Scientia Jurídica, 1991. v. 1, p. 372 e 373.

44 Com efeito, nem todos os casos de responsabilidade extranegocial tipificarão uma responsabilidade delitual, pois o delito é o fato ilícito e culposo, podendo haver, excepcionalmente, casos na responsabilidade pré-contratual em que se configure o delito, mas não a culpa, havendo um fator de imputação objetivo, como o risco. No âmbito das relações de consumo, por sua vez, em que se prevê a responsabilidade pelo defeito – inclusive da informação "insuficiente ou inadequada", *ex vi* dos arts. 12, 14 e 18 – será excepcional a imputação subjetiva (art. 14, 4.º). Veja-se as observações de WERRO, Franz. La responsabilité fondée sur la confiance: quelques variations sur un thème commun ou les leçons du droit comparé. Ambos In: CHAPPUIS, C., e WINIGER, B. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance – Vertrauenshaftung – Journée de la Responsabilité Civile 2000.* Zurique: CEJE, 2001, em esp. pp. 125-126.

45 Assim observa PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 275.

46 Ver notas 14 e 16 e 44.

47 Ressalvada, naturalmente, a doutrina que nos últimos anos se vem dedicando ao tema, e alinhada nas referências bibliográficas, conforme nota 13, supra.

48 LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. Protocolo de intenções sem força obrigatória. *Pareceres.* São Paulo: Singular, 2004, p. 405. Ainda notas 28 e 29, supra.

49 Assim a lição de MESSINEO transcrita por LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. Protocolo de intenções sem força obrigatória. *Pareceres.* São Paulo: Singular, 2004, p. 405.

50 Permitimo-nos reenviar para MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. Trabalho apresentado ao Congresso *Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro* (Rio de Janeiro, 21 a 23 de setembro de 2006) e ora In: DELGADO, Mario. *Novo Código Civil.* Questões controvertidas. São Paulo: Método, 2007. v. 6.

51 Para os pressupostos, v. FERREIRA CUNHA, Daniela Moura. *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações.* Coimbra: Almedina, 2006, em esp. pp. 149 e s.

52 VAZ SERRA, Culpa do devedor ou do agente. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 68, p. 218, transcrito por MARTINS, Antonio Carvalho. *Responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 25. Consulte-se ainda FERREIRA DA CUNHA, Daniela Moura. *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações.* Coimbra: Almedina, 2006). Na jurisprudência, exemplificativamente: TJRS, ApCív 598209179, 16ª Câm Cív, rel. Des. Helena Cunha Vieira. Ementa: Responsabilidade pré-contratual ou *culpa in contrahendo*. Tendo havido tratativas sérias referentes a locação de imóvel rompida pela requerida sem justificativa e sem observância dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, cabe indenização (…).

53 CUNHA, Daniela Moura Ferreira. *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 206.

54 TJRS, ApCív. 70014313555, 9ª Câm Cív, rel. Odone Sanguiné, j. 31.05.2006 pelo fundamento do abuso de direito. Porém, o caso concreto deixa-me margem a dúvidas sobre a questão de saber se a inatividade da imputada vendedora caracterizaria fundamento suficiente para o dever de indenizar, na medida em que, expressamente, o negócio futuro estava submetido a condição, não implementada. Na lição de Pontes de Miranda em princípio, ninguém possui dever de responder as propostas ou ofertas que recebe. Assim, o silêncio do oblato não poderia ser tido como aceitação. Porém, acrescenta Pontes, há exceções, tais quais: "[…] anteriores entendimentos, os usos do tráfico e as cláusulas especiais insertas na oferta, podem preestabelecer que se tenha como aceita a oferta a que se seguiu inatividade, silêncio, do destinatário" (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. T.§ 4.191, XXXVIII, p. 24-25).

55 FRADERA, Vera Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de. Informação Legislativa*, n. 136, Brasília, 1997, p. 174.

56 Decisão da Corte de Apelacão de Versailles de 21.09.1995, comentada em: MESTRE, Jacques. *RTDC*. 1996. p. 145, apud PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Método, 2007, pp. 163-164. Relata o autor ainda outros julgados em que se discutiu, por exemplo, em matéria de contratos de seguro, a perda de uma chance. Assim o caso do particular que, ao contratar uma construtora para construir um muro em sua casa, requereu, ato contínuo, ao seu corretor de seguros que encaminhasse proposta de um seguro para cobrir possíveis danos de construção. Algum tempo depois, o muro ruiu, mas o proprietário lesado, nada pode postular à construtora pois essa já estava em processo de falência. Quando reclama a reparação da seguradora, esta lhe informa que o seu corretor nunca apresentara nenhum tipo de proposta no sentido de garantir possíveis danos ao muro construído. A Corte de Cassação Francesa, em 24.03.1992, utilizou a teoria da perda de uma chance pelo fato de não ser absolutamente certo que a companhia aceitaria fazer o seguro aludido, no caso de apresentação da proposta pelo corretor. Diferentemente, o TJRS julgou caso similar, concedendo, no entanto, a indenização pela integralidade do prejuízo, em que havia já proposta contratual assinada e pagamento efetuado à vista pelo segurado. Porém ocorreu acidente no automóvel segurado antes da aceitação da proposta e emissão da apólice pela seguradora, o que perfectibilizaria o contrato de seguro. Decidiu o TJRS que "as normas que estipulam a perfectibilização do contrato de seguro – típico contrato de adesão – devem hoje ser lidas e interpretadas em harmonia com os princípios consagrados no Código de Defesa do Consumidor (boa-fé e transparência). Assim, estando presente no nosso sistema jurídico a figura da responsabilidade pré-contratual, e se a seguradora atua de modo a criar a idéia de que a cobertura já existe, consignando no formulário da proposta que a vigência se dá desde aquele momento – já tendo o contratante, inclusive, pago o prêmio –, não poderá deixar de indenizar o prejuízo superveniente sob a alegação de que ainda não fora emitida a apólice. Razoável induzir daí que o segurado ficou com a justa expectativa de estar coberto dos riscos a partir de então". (TJRS, ApCív 70000079624, 6ª Câm Cív, Porto Alegre, j. 30.08.2000, rel. Des. Osvaldo Stefanello).

57 V. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório.* Tutela da confiança e *venire contra factum proprium.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 239 e ss.

58 MOURA VICENTE, Dario. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro. *Revista do CEJ – Conselho da Justiça Federal* n. 25. Brasília, 2004, p. 34-41, abr./jun. 2004.

59 Assim o caso julgado pelo TJRS na ApCív 70006890115, 15ª Câm Cív, rel. Des. Ângelo Maraninchi Giannakos, 2003. Ementa: "Locação não-residencial. Terreno para a instalação de Estação Rádio Base de Telefonia Móvel – ERB. Fase de negociações preliminares. Implantação complexa que autoriza razoável período de tratativas. Aluguéis e outros encargos indevidos. Proposta. Permissão de ingresso no bem. Possibilidade de postular reparação em ação própria".

60 TJRS, ApCív 70012118220, 9ª Câm Cív, rel. Des. Marilene Bonzanini Bernardi, j. 24.08.2005. Ementa: Apelação Cível. Responsabilidade civil pré-contratual. Fundamento no princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos. Justa causa para a frustração negocial verificada. Inexistência do dever de indenizar. O contato entre as partes que pretendem realizar um negócio jurídico deve

pautar-se em regras de lealdade e confiança, assumindo primazia o princípio da boa-fé objetiva. Nesse passo, o vínculo de confiança estabelecido entre o declarante e o destinatário da oferta pode configurar-se como fonte de responsabilidade pré-contratual, ainda que não venha a ser perfectibilizado o negócio futuramente, quando não observados os deveres anexos que decorrem da boa-fé objetiva. No caso dos autos, as circunstâncias fáticas indicam que a impossibilidade de aperfeiçoamento do contrato entre as partes ocorreu porquanto não foi possível se estabelecer um consenso acerca de questão relevante do negócio, qual seja, a existência de uma servidão de passagem no imóvel vizinho. Não se estabelecendo o acordo de vontades, não pode a frustração negocial ser atribuída aos demandantes, os quais não deram causa à quebra das expectativas da autora com o negócio. Ademais, o que se percebe é que a pressa da apelante para dar início às obras, por razões particulares, constituiu o principal motivo dos prejuízos materiais que teve com o precoce andamento do projeto.

61 CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 506.

62 CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 506.

63 CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil.* Coimbra: Almedina, 2004, p. 507.

64 ApCív 70006015317, 20ª Câm Cív, TJRS, rel. José Conrado de Souza Júnior, j. 04.06.2003, assim ementada: Ação ordinária. Responsabilidade pré-contratual não configurada. Alegação de existência de contrato preliminar verbal de compra e venda de bem imóvel que não se comprovou a responsabilidade pré-contratual que enseja perdas e danos e eventualmente lucros cessantes é a que decorre de prova irrefutável de que das tratativas uma das partes extraiu justificável autorização a proceder providências onerosas visando à concretização do negócio (…).

65 “Aider l’ hasard” como refere HOUTCIEFF, Dimitri. *Le principe de cohérence en matière contractuelle*. Aix-em-Provence: Presses Universitáires de Marseille, 2001, p. 828.

66 WALD, Arnoldo. O governo das empresas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 15, p. 55.

67 ZANINI, Carlos Klein. A doutrina dos “fiduciary duties” no direito norte-americano e a tutela das sociedades e acionistas minoritários frente aos administradores das sociedades anônimas. *Revista de Direito Mercantil*, v. 109. pp. 137-149.

68 Lei 6.385, de 07.12.1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. No art. 4.º são tratadas as competências do órgão, entre elas, (inciso VI) “assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido” e (inciso VII) “assegurar a observância de práticas comerciais eqüitativas no mercado de valores mobiliários”. No art. 8.º (inciso III) determina-se caber à CVM “fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o art. 1.º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados” e no art. 9.º vem prevista a sua competência para (inciso V) “apurar, mediante inquérito administrativo, atos ilegais e práticas não eqüitativas de administradores e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado; (inciso VI) – aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal”. Exemplo recentíssimo é o noticiário sobre possível vazamento de informação privilegiada envolvendo as negociações com ações do Grupo Ipiranga com indícios de informação privilegiada por um funcionário de nível de gerência de uma das três empresas que compraram o grupo (Petrobras, Ultra e Braskem). A propósito, noticiou a imprensa que estudo do órgão regular inglês análogo à CVM verificou que em 25% das operações de fusão e aquisição há suspeita de vazamento de informação. No Brasil não existe esse tipo de estudo (conforme [http://www.estadao.com.br/ultimas/economia/noticias/2007/mar/22/183.htm], acesso em 22.03.2007).

69 Trata-se, bem entendido, de uma concepção estendida dos usos em sua função hermenêutica, cuja legitimidade vem reforçada no Código Civil em numerosas passagens alusivas a condutas "conforme os usos" (Código Civil, arts. 24, 138, 151, parágrafo único; 152, 156, parágrafo único, 233; 311; 320, parágrafo único; 327; 500, § 1.º; 569, inciso I; arts. 113, 445, § 2.º; 529; 628, parágrafo único; 658; 695, *caput* e parágrafo único; 699; 700; 701; 724; 753, § 1.º; 869, § 1.º; 869, § 1.º; 953, parágrafo único); referindo ainda o Código o "uso a que se destina" a coisa (também ao "fim a que se destina", *ex vi* dos arts. 566, inciso I; e 567); aos "usos convencionados ou presumidos" (art. 569, inciso I); e aos e aos "costumes da localidade"(art. 1.297, § 1.º). Veja-se LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 122 e s.

70 Sobre as "circunstâncias do caso" como postulado hermenêutico no Código Civil, seja-me concedido lembrar: MARTINS-COSTA, Judith. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. *Novo Código Civil* – questões controvertidas no direito das obrigações e nos contratos. DELGADO, Mário Luiz Delgado e ALVES, Jones Figueiredo (Orgs.). São Paulo, 2005. v. 4, pp. 127-155

71 FORGIONI, Paula. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* n. 130, ano XLII, nova série, abril-junho/2003, pp. 7-38.

72 MOURA VICENTE, Dario. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro. Revista *do CEJ – Conselho da Justiça Federal*, n. 25. Brasília, 2004, p. 34-41, abr./jun. 2004.

73 SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Coimbra: Almedina, 1989, p. 377.

74 Sínteses dos casos em Menezes Cordeiro, Antonio. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 1984, p. 547-548.

75 STJ, REsp 575.576-PR, rel. Min. Aldir Passarinho Junior. 4ª T., j. em 13.04.2004, *DJ* 31.05.2004, p. 322. Ementa: Civil e processual. Ação de indenização. Desmoronamento de mercadorias em supermercado, atingindo cliente. Acórdão estadual que reduz o valor da indenização. Alegação de nulidade. Ausência de prequestionamento. Quantum do ressarcimento. Razoabilidade. I. Ausente o prequestionamento da questão alusiva à nulidade do acórdão, que mesmo surgida em 2.º grau exige a provocação expressa do tema pela parte, padece o especial, no particular, do requisito da admissibilidade. II. Havendo conformidade entre o valor indenizatório fixado pelo Tribunal estadual e os fatos descritos, que não podem ser revistos pelo STJ, injustificável a excepcional intervenção desta Corte a respeito. (…).

76 STJ, REsp 496.528-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 4ª T., j. 06.05.2003, *DJ* 23.06.2003, p. 388 (idem em *RDDP*, v. 5, p. 199 e em *RJADCOAS*, v. 49, p. 132). Ementa: Responsabilidade civil. Queda em supermercado. Piso escorregadio. Dano moral. Cabimento. Prova do prejuízo. Dispensa. Quantum. Razoabilidade. Recurso acolhido. (…) III – Certo é que o ocorrido não representou perturbação de maior monta. E que não se deve deferir a indenização por dano moral por qualquer contrariedade. Todavia, não menos certo igualmente é que não se pode deixar de atribuir à empresa-ré o mau serviço prestado, e a negligência com que se houve, em detrimento dos que freqüentam suas dependências. Hipótese similar (queda em piso molhado de supermercado) foi julgada no REsp 337.116/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. 03.10.2002, *DJ* 16.12.2002, p. 341; *REPDJ* 24.03.2003, p. 2.245, desta feita pedindo-se – e sendo deferida – indenização por despesas médicas devidas aos danos corporais.

77 A ausência de informação sobre o produto ou serviço é elevada à condição de "defeito" do produto (arts. 12 e 14, CDC) sendo, correlatamente, a informação "adequada e clara", com "especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, considerada "direito básico" do consumidor (art. 6.º, III, CDC). É ainda "direito básico" a "a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva" (art. 6.º, IV, CDC), podendo a informação, desde que "suficientemente precisa" e quando "veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados" equivaler ao negócio jurídico de oferta, obrigando o fornecedor (art. 30, CDC), com o que a responsabilidade já é negocial, e não mais

pré-negocial. Assim também a aplicação do art. 31 leva à responsabilidade negocial, pois trata dos requisitos e dos efeitos da oferta, negócio jurídico unilateral. Essa deve "assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado" (art. 31, CDC). O que mais importa para a responsabilidade pré-negocial é, pois, o art. 46 que implementa e dá a medida da eficácia do "direito básico" antes assinalado: um contrato é não vinculativo, para o consumidor se, previamente, este não tiver a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo.

78 V. FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 165.

79 Adotamos as distinções feitas por Sinde Monteiro, como segue: "Dar um conselho significa dar a conhecer a uma outra pessoa o que, na sua situação, se considera melhor ou mais vantajoso e o próprio faria se estivesse no seu lugar, a que se liga a exortação (expressa ou implícita, mas de qualquer forma nunca vinculativa para o destinatário) no sentido de que aquele que recebe o conselho agir (ou se abster) de forma correspondente; o conselho contém, pois, um juízo de valor acerca de um ato futuro do aconselhado, em regra ligado a uma explicação. (…) A recomendação é apenas uma sub-espécie de conselho. Traduz-se na comunicação das boas qualidades acerca de uma pessoa ou de uma coisa, com a intenção de, com isso, determinar aquele a quem é feita a algo. Conselho e recomendação distinguem-se apenas pela intensidade: o conselho implica, face à recomendação, uma exortação mais forte ao seu seguimento. (…) Por seu turno, informação, em sentido estrito ou próprio, é a exposição de uma dada situação de facto, verse ela sobre pessoas, coisas ou qualquer outra relação. Diferentemente do conselho e da recomendação, a pura informação esgota-se na comunicação de factos objetivos, estando ausente uma (expressa ou tácita) "proposta de conduta". Observa porém o autor que "na vida prática", essa diferenciação se torna "extremamente difícil", seja por não se poder dizer, muitas vezes, se foi simplesmente prestada uma informação ou se existiu também uma proposta de conduta, seja porque "conselho e informação aparecem freqüentemente ligados".(SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Coimbra: Almedina, 1989, p. 14-17).

80 MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Das cartas de conforto no direito bancário*. Lisboa: Lex, 1993, p. 63. Observa o autor não se tratar, então, de mero "acordo de cavalheiros" na medida em que estes surgem "nas relações pessoais entre pessoas que se conhecem: não entre instituições que cumprem a sua função no mercado". Diversamente a "carta de conforto – pelo menos a que surge no tráfico comercial – nada tem de pessoal; é um acto praticado por uma sociedade comercial, no giro comum, e do qual, como é regra, ela espera obter vantagens". Em entendimento diverso, Grisi, para quem se deve distinguir entre uma recomendação dada ocasionalmente ou num quadro de excepcionalidade considerada as relações entre informante e informado ou se é uma prática freqüente, que justifica o investimento de confiança. (GRISI, Giuseppe. *L'Obbligo precontrattuale di informazione.* Nápoles: Jovene Editore, 1990, p. 381 e s.)

81 SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Coimbra: Almedina, 1989, p. 357, aduzindo que a inexistência de um dever com caráter geral e absoluto resulta da consideração de "a cada qual [caber] a oportunidade e o risco da escolha do parceiro contratual 'certo' e do objecto da prestação mais apropriado aos seus interesses".

82 SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Coimbra: Almedina, 1989, pp. 20-23.

83 Por sua especificidade não trataremos desse subgrupo de casos. Apenas anotamos que, se o contrato que a publicidade visa promover não é concluído porque o vendedor recusa integrar no conteúdo certo elemento do produto concretamente inscrito na mensagem publicitária, é preciso examinar: (i) se houver relação de consumo, pode haver eficácia contratual, pela incidência do art. 30 do CDC; (ii) se a relação for de direito comum, e o oblato sofrer prejuízos causados pela ruptura ilegítima e injustificada das negociações, tendo confiado objetiva e fundadamente, de acordo com o destinatário médio, na mensagem publicitária, poderá pedir indenização por dano pré-negocial. Essa última é também a solução do direito português, seja para o direito comum, seja para as relações de consumo (V. CALVÃO DA SILVA, João. A publicidade na formação do contrato. *Comemorações dos*

35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. A parte geral do código e a teoria geral do direito civil. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 2006. v. 2, p. 700).

84 Por exemplo, a responsabilidade da construtora que afirma que o apartamento a ser vendido será dotado de equipamentos que permitem a ampliação da capacidade de sua rede elétrica. Confiando na promessa, o cliente vem a comprar aquele apartamento e não outro que dispõe de rede elétrica comum. Posteriormente, vem a descobrir que a capacidade dos equipamentos elétricos é a habitual, não permitindo que se instale certos equipamentos domésticos que demandariam capacidade maior. Por vezes a ausência de informação pode, uma vez celebrado o negócio, levar à sua invalidade por omissão dolosa, na forma do art. 147 do CC/2002.

85 GRIMALDOS GARCIA, Maria Isabel. *Responsabilidad civil derivada del folleto de emisión de valores negociables*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 145 e s.; FERRER CORREIA e ALMENO DE SÁ. *Oferta pública de venda de acçoes e compra e venda de empresa.* Separata da Coletânea de Jurisprudência. Lisboa, 1993. v. IV.

86 Assim o caso relatado no acórdão arbitral de 31.03.1993, instituído nos termos da Convenção de Arbitragem celebrada entre o Banco Pinto & Sotto Mayor S.A e o Banco Mello S.A, e comentado por MESQUITA, M. Henrique. *Oferta pública de venda de acçoes e violação do dever de informar* – comentário a uma operação de privatização. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

87 Para o dever de informar no âmbito de uma relação pré-contratual de consumo v. FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 em esp. pp. 121 e ss.

88 SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Coimbra: Almedina, 1989, p. 361.

89 Exemplificativamente: a Lei 6.385, de 07.12.1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários confere à CVM a competência para, nos procedimentos relativos a emissão e distribuição pública de valores mobiliários, "fixar o procedimento do registro e especificar as informações que devam instruir o seu pedido (art. 19, § 5.º, II)".

90 Exemplifica Fabian com o caso do cirurgião que esquece no abdômen do paciente o bisturi e, mais tarde, sendo ainda possível remediar o erro, se dá conta. É evidente no caso o dever de informar, muito embora o médico possa até se incriminar penalmente (FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 164).

91 GRISI, Giuseppe. *L'Obbligo precontrattuale di informazione.* Nápoles: Jovene Editore, 1990, p. 377.

92 SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Coimbra: Almedina, 1989, p. 363.

93 O valor de base é a garantia de ser realmente "livre" o acordo dado às operações societárias e o jogo do mercado, por isso as informações sobre fatos importantes nas companhias abertas devendo ser amplamente divulgadas, evitando-se "*a formação de canais privilegiados de conhecimentos relevantes de fatos da vida social*", como afirma COMPARATO, Fábio Konder. A regra do sigilo nas ofertas públicas de aquisição de ações. *Direito empresarial.* Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 335.

94 Assim, para o direito francês, LARROUMET, C. *Droit Civil – Les Obligations*, t. III, 1ère partie. Paris, 1986, n. 376; e PIGNATARO, Gisella. *Buona Fede Oggetiva e Rapporto Giuridico Precontrattuale*: gli ordinamenti italiano e francese. Salerno: ESI, 1999, p. 144, sobre a maior intensidade do dever nos contratos informáticos.

95 SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Coimbra: Almedina, 1989, p. 365.

96 SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou*

informações. Coimbra: Almedina, 1989, p. 365 em referência a decisão do BGH 9.2.1988, WM, 1988,658-661.

97 GRISI, Giuseppe. *L'Obbligo precontrattuale di informazione.* Nápoles: Jovene Editore, 1990, p. 94.

98 Como referi em parecer sobre esse tema há, desde 1988, data da vigência da Constituição Federal restrição legal da propaganda de tabaco, estatuindo dever a mesma conter "sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes do seu uso" visando desestimular o hábito de fumar (art. determinou, no art. 220, parágrafo 3.º). Convergentemente, em 1990 o Código de Defesa do Consumidor impôs o dever se informar do fabricante como decorrência do princípio da transparência, visando advertir o consumidor contra os riscos do produto e proporcionar um consentimento informado. Antes mesmo da vigência da Constituição de 1988 o Poder Público, já exarara a Portaria n. 490, de 25.08.1988 determinando medidas restritivas à propaganda de cigarros e a adoção do dever de informar, nas próprias embalagens do produto. Posteriormente se sucederam atos administrativos e atos legislativos, o mais importante sendo a Lei 9.294/96 ("Lei Murad"), que veio vedar a propaganda comercial de produtos fumígeros em certos horários e em certos veículos e estabelecendo, quanto ao dever de informar minuciosos requisitos de conteúdo e de forma, e acrescentando ao dever de transparência o dever de aviso, ou acautelamento quantos aos malefícios do tabagismo, inclusive contendo precisas indicações sobre a forma de exercício do dever legal de informar que compete aos fabricantes de produtos fumígeros. (MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória – dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *RT* v. 812. São Paulo: RT, 2003, p. 75-99.

99 Assim esclarece o respeitado repertório jurídico *Corpus Juris Secundum*, v. 65, § 89, p. 1.029, *in verbis*: "*While notice or warning of danger is not required where no danger was reasonably to be anticipated, where the lack thereof did not contribute to the accident, or where the danger was known or obvious, notice or warning must be given where danger may be anticipated, as in the dangerous act or operation, or the dangerous or unsafe condition of property*". O mesmo direcionamento vigora no direito italiano, como observa GRISI, Giuseppe. *L'Obbligo precontrattuale di informazione.* Nápoles: Jovene Editore, 1990, p. 125 e também sendo assim recomendado na doutrina brasileira por FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 156, *in verbis*: "Um limite inerente ao dever de informar é o conhecimento da informação. A tarefa do dever de informar – sob o ponto de vista geral – é simplesmente a de ampliar o conhecimento do devedor. Em outras situações encontramos o conhecimento como fator protetor. Quando o devedor conhece a informação, o dever de informar é satisfeito e se extingue. Quando há um conhecimento ante a existência da obrigação, a obrigação e o dever de informar ficam suprimidos. Um exemplo encontramos no erro por dolo. Quem já conhece um fato não pode ser enganado, nem por ação, nem por omissão. No direito dos seguros, o segurado não precisa avisar o sinistro quando o segurador já sabe do evento danoso (art. 1.457 do CC)".

100 Como, exemplificativamente, no TJMG, Proc. 1.0534.05.002399-1/001, rel. Des. Tarcisio Martins Costa, j. 22.08.2006, p. em 07.10.2006, assim ementado: "Ação indenizatória. Compra e venda de veículo entre particulares. Inaplicabilidade do CODECON. Vício no motor do veículo. Garantia com prazo de validade expirado. Má-fé do vendedor. Dever ressarcitório. – Não pode ser enquadrada no conceito de destinatário final a pessoa física que adquire veículo utilitário para desenvolver sua atividade profissional com objetivo de lucro, mormente quando ela mesma declara que a compra do bem se destinava ao transporte de mercadorias, bem como não se enquadra no conceito de fornecedor, pessoa física que não exerce, habitual e profissionalmente, atividade econômica no mercado. – Age de má-fé o vendedor de veículo usado que afirma existir garantia do motor e, em momento posterior à realização da venda, quando da transferência do veículo, constata-se que a referida garantia já se encontrava com o prazo de validade expirado. – O princípio da boa-fé objetiva, erigido como norte nas relações contratuais pelo novo Código Civil (art. 422), determina que haja uma coerência no cumprimento da expectativa alheia, independentemente do compromisso assumido, ou da avença que tenha sido concluída, representando, sob esse aspecto, a atitude de lealdade, de fidelidade, de cuidado que se costuma observar e que é legitimamente esperada nas relações negociais.

101 STJ, REsp 436.827/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., j. 01.10.2002, *DJ* 18.11.2002, p. 228 (idem em *LEXSTJ,* v. 160, p. 146 e *RSTJ*, v. 168, p. 405). Ementa Responsabilidade civil. Médico. Consentimento informado.A despreocupação do facultativo em obter do paciente seu

consentimento informado pode significar – nos casos mais graves – negligência no exercício profissional. As exigências do princípio do consentimento informado devem ser atendidas com maior zelo na medida em que aumenta o risco, ou o dano.

102 Na *III Jornada de Estudos sobre o Código Civil* (CJF – Brasília, dez. 2004), a maioria dos juristas ali reunidos aprovou proposição de enunciado aos arts. 421 e 422 vazado nos seguintes termos: "Enunciado: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, eis que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos". No meu entendimento, a proposição não é adequada, pois para as situações de vulnerabilidade nas relações de consumo já há a proteção do CDC. A proposição, smj, realiza indevida confusão entre o "nome" dos princípios e o seu valor propriamente normativo. No que tange ao dever pré-contratual de informar, o princípio da boa-fé terá peso e extensão diferenciados quer se trate de uma relação de direito civil, o presumivelmente paritária e uma relação de consumo, em que um dos pólos é presumidamente vulnerável. Assim, enquanto numa relação interempresarial o dever de informar pode não implicar na dação de informações completas, minudentes, quase "óbvias" sobre o produto a ser comercializado (pois os comerciantes conhecem o mercado), nos contratos realizados no âmbito do CDC "todas as informações devem ser claras, a fim de evitar que incautos sejam ilaqueados em sua boa-fé" como o Judiciário tem decidido (exemplificativamente, TJRS, 14ª Câm. Civ., Ap. Cív. 70010979599). Por esta razão, nestes últimos, o contratante "forte" deve esclarecer não apenas as características do produto a ser comercializado, mas, inclusive, ocupar-se em informar o comprador sobre as distintas eficácias das formas contratuais "compra-e-venda parcelada"; "consórcio" ou "títulos de capitalização sujeitos a sorteios", para que o contratante fraco saiba em que medida e em quais condições poderá fruir o bem expectável, nos termos da declaração negocial.

103 V. GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública* – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 278 e s.

104 Assinala Aguiar Dias: "no caso de informação danosa inexata por parte de agência de informações, nem a boa-fé, nem a ausência de remuneração, alteram a situação do responsável, desde que a inexatidão dependa da simples aplicação de prudência". AGUIAR DIAS, J. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. rev. atual. e ampl. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 918.

105 Na jurisprudência torrencial veja, exemplificativamente: TJMG, 2.0000.00.483407-3/000(1), rel. Des. Tarciso Martins Costa, j. 06.09.2005, *DJ* 24.09.2005. Ementa: "Plano de Saúde. Omissão contratual. Art. 47 do CDC. Dever de informação positiva. Silêncio que deve ser interpretado favoravelmente ao consumidor. Internação domiciliar. – Como as cláusulas inseridas nas condições gerais de contrato costumam não ser suficientemente claras e minudentes, justamente por isso a regra do art. 47 do CDC manda que sejam interpretadas da maneira mais benéfica ao consumidor. Daí decorre o dever de informação positiva –. Figurando-se a hipótese de um erro de interpretação do consumidor, entre o plano assistencial que lhe foi oferecido e aquele efetivamente contratado, impunha-se ao fornecedor ter-lhe esclarecido que, afora aquelas situações excluídas no regulamento, também estaria fora de cobertura o tratamento domiciliar, para possibilitar àquele uma opção segura e induvidosa. Não é por outra razão que o NCC preconiza em seu art. 422 que 'os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé.' Assim, o dever de informação precisa, exata e clara, não se restringe à fase da formação do contrato, mas se estende durante ele, de sorte que o consumidor deve ser esclarecido e orientado, a todo o momento, das conseqüências de seu ato, o que nada mais é do que o dever de informação positiva. – 'A internação domiciliar, além de não estar expressamente excluída no regulamento do plano, constitui, ademais, alternativa mais econômica e segura à internação, uma espécie do gênero internação hospitalar, cuja cobertura é expressa, não podendo, destarte, receber tratamento diferenciado, sob pena de incorrer o administrador do plano em possível abusividade, já que, por óbvio, estimulará os beneficiários desprovidos de recursos financeiros a permanecerem maior tempo possível em regime de internação, correndo sérios riscos de contrair infecção hospitalar".

106 Arts. 765 e 766 do CC/2002. Na jurisprudência, exemplificativamente: TJSC. ApCív 00.012298-0, rel. Des. Orli Rodrigues, j. em 29.06.2004. Ementa: Seguro de vida (…) Segurado que

omitiu conscientemente a existência de doença grave – Provas robustas indicando má-fé contratual – Omissão da seguradora em exigir exame prévio – Desleixo que por si só não gera obrigação de indenizar – Recurso desprovido. A hipossuficiência dos segurados não lhes confere um direito inquestionável, eis que o resguardo do mais fraco deve ser feito coibindo os abusos do mais forte e não permitindo àquele que transgrida normas basilares de qualquer relação contratual. E ainda: TJRS, ApCív 70009347410, 5ª Câm. Cív., rel. Des. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, j. 16.09.2004. Ementa: Apelação Cível. Responsabilidade Civil. Seguro. Incêndio. Boa-fé de ambos os contratantes. Ausência de declarações exatas quando da contratação. Limitação do risco contida ainda na proposta. Uma vez constatado que a limitação à cobertura desde a fase pré-contratual era de conhecimento da segurada, não há falar em dever de indenizar. É que incumbe a ambos os contratantes pautar suas condutas pela boa-fé e verdade (art. 765 do CC/2002), cumprindo bem assim ao segurado ainda o dever de prestar declarações exatas que possam influir na aceitação da proposta (art. 766 do CC/2002).

107 SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Coimbra: Almedina, 1989, p. 364.

108 MOURA VICENTE, Dario. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro. *Revista do CEJ*, n. 25. Brasília, 2004, p. 34-41, abr./jun., 2004.

109 MOURA VICENTE, Dario. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro. *Revista do CEJ*, n. 25. Brasília, 2004, p. 34-41, abr./jun., 2004.

110 Assim a observação de COMPARATO, Fábio Konder. “Insider Trading”: sugestões para uma moralização do mercado de capitais. *Revista de Direito Mercantil*, v. 2, 1971, p. 43.

111 GHESTIN, Jacques. Comentário em *Recueil Dalloz.* Paris: Sirey, 1984, 33 ème Cahier, Jurisprudence, p. 457, traduzi. No original: “si l’information était susceptible d”exercer une influence sur le consentement de l”acheteur, de telle sorte qu’il n’aurait pas conclu le contrat, ou ne l”aurait conclu qu’à des conditions plus favorables s’il en avait eu conaissance”.

112 PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*. 12 ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. t. IV, § 449, p. 328.

113 PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de direito privado*. 12 ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1954. t. IV, § 449, p. 328, referindo a sentença de Modestino: “quod interfuit eius, ne deciperetur”. Grifos nossos. A “ilimitacão” diz respeito à extensão da verdade, não autorizando a falsear a verdade. A última verba, quando à prova, não tem aplicação nos casos em que há permissão para a inversão do *onus probandi*.

114 PINTO MONTEIRO, António J. M. *Erro e vinculação negocial*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 23.

115 PINTO MONTEIRO, António J. M. *Erro e vinculação negocial*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 24.

116 Hipótese aventada por MOURA VICENTE, Dario. *A responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 265-266. Na jurisprudência brasileira cf. TJRS, ApCív 70011753266, 14ª Câm. Cív., rel. Dorval Bráulio Marques, j. 11.08.2005. Ementa: Título de capitalização. Oferta de computador fácil. Defeito na informação em momento pré-contratual. Violação ao princípio da transparência. Dano moral. Crime contra as relações de consumo. Atipicidade. Sendo o título de capitalização oferecido em desacordo com as circunstâncias reais do negócio, é de ser anulado, voltando as partes ao *status quo ante*, com a devolução das quantias efetivamente pagas pelo adquirente. Oferta de aquisição fácil de veículo automotor, que não se confirma com os próprios termos do negócio. A informação pré-contratual defeituosa que induz o consumidor hipossuficiente a aderir a contrato de título de capitalização, enseja indenização por dano moral.(…).

117 MOURA VICENTE, Dario. *A responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado.* Coimbra: Almedina, 2001, p. 265-266.

118 MOURA VICENTE, Dario. *A responsabilidade pré-contratual em direito internacional privado.*

Coimbra: Almedina, 2001, p. 264. O dolo conjunto afasta, porém, essa eficácia.

119 SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Almedina: Coimbra, 1989, p. 370.

120 MOURA VICENTE, Dario. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro. *Revista do CEJ*, n. 25; Brasília, 2004, p. 34-41, abr./jun. 2004. Aduz ainda o autor: "O art. 422 é, portanto, disposição paradigmática de certo afrouxamento da vinculação do julgador à lei e do reconhecimento deste a um poder modelador, fatores que caracterizam os Direitos contemporâneos em várias latitudes".

121 O "interesse negativo" distingue-se do "interesse positivo" na medida em que este último é o que deriva do incumprimento do contrato. Assim, fácil é perceber que, em linha de princípio, não há indenização pelo "interesse positivo" pela violação de deveres pré-contratuais, uma vez que contrato inexistiu. Com efeito, a objeção a indenizar o interesse positivo, na responsabilidade pré-negocial, está em que seria um contra-senso indenizar pelo cumprimento quando sequer negócio chegou a haver. Por isso, como regra, exclui-se da indenização o interesse positivo pelo simples fato de que as perdas e danos não se podem referir ao inadimplemento de um contrato que nunca fora concluído, mas tão somente às perdas que o lesado teve justamente porque o contrato não fora concluído. Nada obstante, podem ocorrer algumas raras hipóteses em que haja direito ao interesse positivo. Nesse sentido a opinião doutrinária segundo a qual "será justo ressarcir o interesse positivo nos seguintes casos: quando não fora o ilícito pré-contratual, o contrato projetado se teria formado validamente e o lesado opta por manter o contrato, que assim se convalida; quando a invalidade do contrato for devida à insuficiência de forma imputável a uma das partes de que esta não possa prevalecer-se sem incorrer em abuso de direito" (MOURA VICENTE, Dario. A responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro. *Revista do CEJ* n. 25. Brasília. Disponível em [http://www.cjf.gov.br/revista/numero25/artigo05.pdf]).

122 O escopo da indenização pelo prejuízo negativo é o de colocar o lesado na situação que teria se o contrato não tivesse sido celebrado, ou se não tives-se entrado em negociações que se viram injustamente frustradas, seja pelo recesso injustificado de uma das partes, seja pela revelação indevida de segredos ou informações, seja pela não-dação de informações que teriam sido relevantes para formar o consenso contratual, seja pelo não-cumprimento de promessas feitas na fase pré-contratual que geraram a justa expectativa do credor, etc.

123 Doutrina e jurisprudência arrolam, exemplificativamente, despesas que se incluem no âmbito do interesse negativo: num caso de campanha publicitária, gravações, honorários de artistas, projetos, etc.; aluguel de armazéns, de navios, compra de provisões, despesas postais, perdas sofridas por ter descuidado de providenciar em outro lugar as mercadorias necessárias, ou por ter recusado outros negócios (*perte d'une chance*); prejuízo causado aos direitos de personalidade, pela indevida violação de informações conhecidas na fase pré-negocial, etc. De modo sintético afirma-se integrar o interesse negativo todos os gastos realizados tendo em vista a legítima expectativa de realizar o futuro contrato. Como ensina Chaves, "os prejuízos indenizáveis a título de interesse negativo podem-se traduzir, como os demais, numa diminuição patrimonial positiva – as quantias despendidas, p. ex. – ou na frustração de um lucro provável, como o que teria resultado da celebração de outro contrato, que só por intervir aquele deixou de se celebrar, não podendo no entanto a liquidação do dano incidir sobre a parte em que exceder o positivo". CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 208.

124 ALMEIDA COSTA, Mario Julio. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

125 A expressão é de MARCHAND, Sylvie. Responsabilité fondée sur la confiance: vie et mort d'un ornithorynque juridique. In: CHAPPUIS, C., e WINIGER, B. *La Responsabilité Fondée sur la Confiance – Vertrauenshaftung – Journée de la Responsabilité Civile 2000.* Zurique: CEJE, 2001, p. 163.

126 Idem, p. 164.