

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO – ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE SANTA CATARINA**

EDUARDO CRUZETTA

**A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA PARA SALVAGUARDAR A
ÉTICA E A MORALIDADE ENTRE OS CONTRATANTES DESDE AS
NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES ATÉ A CONCLUSÃO DO
CONTRATO**

CRICIÚMA, ABRIL DE 2011

EDUARDO CRUZETTA

**A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA PARA SALVAGUARDAR A
ÉTICA E A MORALIDADE ENTRE OS CONTRATANTES DESDE AS
NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES ATÉ A CONCLUSÃO DO
CONTRATO**

Monografia apresentada à Diretoria de Pós-graduação da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, para obtenção do título de especialista pela Escola de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC.

Orientador(a): Prof. (ª) MSc. Sheila Martignago Saleh

CRICIÚMA, ABRIL DE 2011

EM ESPECIAL

Ao meu pai, Raulino Cruzetta, minha mãe, Adelir Maria Veronezi Cruzetta, que sempre me conduziram pelo caminho da dignidade e hombridade, mostrando-me que a vida deve ser sempre baseada na verdadeira amizade e na crença de haver um ser superior a toda e qualquer ação humana.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me dar plena saúde e vitaliciedade para despertar toda manhã e aproveitar todo dia o que a vida nos da de melhor.

A minha esposa, pela dedicação, compreensão, companheirismo, pela minha ausência necessária para a concretização deste trabalho. Ao meu filho querido, uma criança encantadora que me ensina a cada dia o prazer de ser pai.

A Professora Sheila Martignago Saleh pela ajuda intelectual sem a qual não conseguiria concretizar o presente trabalho.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE OS CONTRATOS | 12 |
| 2.1 Breve concepção histórica do contrato | 12 |
| 2.2 Princípios norteadores dos contratos | 13 |
| 2.2.1 Princípio da autonomia da vontade | 13 |
| 2.2.2 Princípio da força obrigatória do contrato | 14 |
| 2.2.3 Princípio da função social do contrato | 15 |
| 2.2.4 Princípio da boa-fé | 16 |
| 2.3 Noções introdutórias sobre a boa-fé | 18 |
| 2.3.1 A boa-fé no Direito Romano | 18 |
| 2.3.2 A boa-fé no Direito Germânico | 19 |
| 2.3.3 A boa-fé no Direito Canônico | 20 |
| 3 BOA-FÉ NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS | 22 |
| 3.1 Conceituação e distinção sobre boa-fé subjetiva e objetiva | 22 |
| 3.1.1 Boa-fé subjetiva | 22 |
| 3.1.2 Boa-fé objetiva | 23 |
| 3.1.2.1 Função Interpretativa da boa-fé objetiva | 25 |
| 3.1.2.2 Função criadora de deveres jurídicos | 26 |
| 3.1.2.3 Função delimitadora do exercício de direitos subjetivos | 28 |
| 4 BOA-FÉ OBJETIVA NO NOVO CÓDIGO CIVIL | 30 |

| | |
|---|-----------|
| 4.1 Relação Obrigacional no Código de 2002 | 30 |
| 4.2 Campo operativo da responsabilidade pré-contratual | 33 |
| 4.3 Doutrina da culpa <i>in contraendo</i> | 34 |
| 4.4 A boa-fé objetiva como fundamento à responsabilidade pré-contratual | 36 |
| | |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 40 |
| | |
| REFERÊNCIAS | 42 |

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo realizar um estudo da ética (boa-fé) na fase das negociações preliminares até a conclusão do contrato. A problematização do tema, sob a ótica do Código Civil e somente em relação a contratos privados, resultou em três capítulos, aplicando-se, para tanto, o método hipotético-dedutivo. As técnicas de pesquisa utilizadas foram: pesquisa bibliográfica e documental/legal. O primeiro capítulo dedica-se à análise dos fatos históricos dos contratos bem como seus princípios aplicados desde os primórdios da civilização romana, até chegar nos dias atuais com o respaldo do Novo Código Civil datado de 2002. No segundo capítulo, busca-se analisar a questão da boa-fé nas relações contratuais, tendo como base os direitos Romano, Canônico e Germânico, bem como a distinção entre boa-fé subjetiva e objetiva. No terceiro e último capítulo, busca-se verificar a boa-fé objetiva no Novo Código Civil com sua operabilidade no campo pré-contratual, demonstrando como as pessoas interessadas num contrato devem ser portar perante a sociedade desde as primeiras negociações e tratativas. Busca salientar também neste último capítulo, a redação dada para o artigo 422 do Novo Código Civil, fazendo uma ligação entre este a sociedade atual. Por derradeiro, salientou-se neste trabalho de conclusão de pós-graduação que a boa-fé objetiva mesmo não tendo despertado maiores considerações dos nossos legisladores, encaixou-se de forma positiva no pensamento jurídico atual dotando o sistema de direito privado um instrumento que concretiza valores éticos, morais, fundamentais para qualquer tipo de negociação realizada nos dias correntes.

Palavras-chave: Contrato, Boa-fé, Responsabilidade, Pré-contratual.

ABSTRACT

This study aims to conduct a study of ethics (good faith) in these preliminary negotiations until the conclusion of the contract. The implication of the theme from the perspective of the Civil Code and only in relation to private contracts, resulted in three chapters, applying to both the hypothetical-deductive method. The research techniques used were: literature and documentary / legal. The first chapter is devoted to analysis of the historical facts of the contracts and applied its principles since the dawn of Roman civilization, until today with the backing of the New Civil Code dated 2002. The second chapter seeks to analyze the issue of good faith in contractual relations, based on the rights Romano, Canon and German as well as the distinction between good faith subjective and objective. In the third and final chapter, we seek to verify the objective good faith in the New Civil Code with its operability in the field pre-contract, showing how people interested in a contract must behave in society since the first negotiations and dealings. Search also noted in this last chapter, the text provided for in Article 422 of the New Civil Code, making a connection between this current society. For last, pointed to this conclusion work graduate that objective good faith even though he has aroused further consideration of our legislators, it fitted in a positive way in the current legal thought giving the system an instrument of private law which spells out ethical, moral, fundamental to any kind of negotiation held on chains.

Keywords: Contract. Good faith. Responsibility. Pre-contractual.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho de conclusão de pós-graduação é a obtenção de título de especialista pela Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina - ESMESC, cuja pesquisa tem como objetivo central analisar a aplicação da boa-fé objetiva para salvaguardar a ética, a moralidade entre os contratantes desde as negociações preliminares até a conclusão do contrato.

A pesquisa tem como **objetivos específicos**: verificar os princípios que influenciam a teoria geral dos contratos civis; explicar a forma de que como devem ser realizados os contratos desde sua fase preliminar até a conclusão e verificar e apontar a possibilidade de ocorrência de responsabilização civil por danos materiais e morais nas negociações preliminares dos contratos.

Para a realização da presente pesquisa, com intuito de atingir os objetivos propostos, fez-se uso do método hipotético-dedutivo, utilizando-se as seguintes técnicas: pesquisa bibliográfica e documental/legal, a qual, restou dividida em três capítulos.

Assim, o capítulo primeiro, de forma breve, comentará os princípios que norteiam os contratos desde seu surgimento até os dias atuais, que por conseqüência acrescentaram para a sociedade novas formas de se relacionar frente a um contrato, deixando de lado a antiga visão da autonomia da vontade ou liberdade contratual, para buscar um equilíbrio e uma socialização dos contratos realizados por particulares.

O segundo capítulo dedica-se ao estudo do princípio da boa-fé nas relações contratuais, as teorias das quais deu origem à criação da responsabilidade civil pré-contratual, bem como a distinção da boa-fé objetiva da subjetiva,

O terceiro e último capítulo, busca demonstrar a aplicabilidade da boa-fé objetiva no Novo Código Civil, sua relação obrigacional frente ao novo diploma, a utilização da boa-fé objetiva como fundamento a responsabilidade pré-contratual para disciplinar e dar garantia às partes contratuais que se houver um rompimento abusivo ou arbitrário nas tratativas preliminares, ambas as partes terão um respaldo legal para que não sejam prejudicadas. Dedicar-se, por fim, apontar a lacuna no

Novo Código Civil deixada por nossos legisladores no que se refere ao contrato, com enfoque nas tratativas que antecedem um contrato.

Daí a necessidade de levantar a discussão a respeito do tema, matéria que vem sendo discutida em diversos países, a fim de verificar qual espécie de responsabilidade aplicar-se-á na fase das negociações preliminares, no âmbito do atual Código Civil, tendo como corolário a tutela da confiança emanada do princípio da boa-fé objetiva, em caso de ruptura injustificada das tratativas.

Vale ressaltar que a presente pesquisa teve o condão de apenas se restringir à responsabilidade civil na fase pré-contratual, sob a ótica do atual Código Civil, pois, sabe-se que também existe a possibilidade de discussão do tema nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

2 NOÇÕES HISTÓRICAS SOBRE OS CONTRATOS

2.1. BREVE CONCEPÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO

O surgimento do contrato não tem uma data pré-determinada, específica, mas com a origem das sociedades, da civilização, o homem deixou de lado o estágio das barbáries, da violência, para recorrer a uma estabilidade nas relações jurídicas criando diversas formas de contratação. Desde os primórdios da civilização, quando abandonamos o estágio da barbárie, experimentando certo progresso espiritual e material, o contrato passou a servir, quanto instrumento por excelência de circulação de riqueza, como a justa medida de interesses contrapostos.

Ao invés de utilizar a violência para perseguir os seus fins, o homem passou a recorrer às formas de contratação, objetivando imprimir estabilidade às relações jurídicas que pactuava, segundo, é claro, os seus próprios. (GAGLIANO e FILHO, 2009, p.01).

No entanto, o que se pode afirmar sobre o período de surgimento do contrato é que sua sistematização se tornou mais nítida, mais detectável no Direito Romano atribuindo-se a GAIO a descrição das fontes das obrigações, dentre as quais se incluía o contrato como uma delas. (GAGLIANO e FILHO, 2009, p. 02). Venosa também afirma que a clássica e mais antiga classificação das fontes no Direito Romano provém das institutas de Gaio. Consideravam-se aí “contrato” não apenas as convenções, mas todo ato jurídico lícito que fizesse nascer uma obrigação, como a gestão de negócios e o pagamento indevido. (VENOSA, 2005, p.72).

Neste contexto consagrou-se a regra do *pacta sunt servanda* onde se levava até as últimas conseqüências autonomia privada de se contratar. Essa tendência individualista, capitalista acabou criando diversos desequilíbrios sociais, contornados pelo dirigismo contratual do século XX. (GAGLIANO e FILHO, 2009).

Silvio Rodrigues afirmar que a autonomia da vontade na relação contratual perdeu uma parte de seu prestígio em face dos anseios e preocupações novas, nem sempre atendidos no apogeu do regime capitalista. (RODRIGUES, 1997). De fato o regime capitalista desenvolvido ao decorrer dos séculos subverteu a balança econômica do contrato, onde na maioria dos casos, uma parte sempre

saia prejudicada, pois via de regra, o contratante mais forte leva uma sensível vantagem sobre o contratante mais fraco visto que este nem sempre pode fugir a necessidade de contratar. (RODRIGUES, 1997, p. 18). A grande desigualdade que estava se formando sobre a até então teoria absoluta do *pacta sunt servanda*, onde não deixava as partes contratantes em pé de igualdade começou a enfraquecer, descortinando falhas no sistema social, mostrando inúmeras injustiças causadas pela regra. (GAGLIANO e FILHO).

Neste diapasão surgiram os princípios norteadores de todo e qualquer contrato, com o intuito de valorizar a pessoa humana muitas vezes atropelada pelo sistema capitalista atual.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS CONTRATOS

O presente item busca transcorrer sobre princípios norteadores de todos os tipos de contratos, cujos quais se entendem como os ditames superiores, dando a nossa legislação um significado legitimador bem como a validade jurídica que se busca em cada contrato celebrado.

2.2.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Entende-se por autonomia a viabilidade de eleição entre contratantes, a oportunidade de se celebrar ou não o contrato. (NALIN, 2001, p. 70)

A autonomia da vontade consiste numa prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na orbita do direito, submetendo-se as regras impostas pela lei coincidindo seus fins com o interesse geral. (RODRIGUES, 1997, p. 15)

Neste mesmo sentido, Venosa afirma que desapareceu o liberalismo onde o contrato fazia lei entre as partes, onde a vontade era o centro de todas as avenças, respeitando assim os limites impostos pela ordem pública. (VENOSA, 2005). Muito embora as partes tenham toda a liberdade de escolher o que e com quem contratar, esse princípio sempre esbarra na limitação criada pela lei de ordem pública, esbarra também na noção de bons costumes, naquelas regras morais não reduzidas a escrito, mas aceitas pelo grupo social e que constituem o substrato ideológico inspirador do sistema jurídico. (RODRIGUES, 1997).

Em síntese, nesta idéia de liberdade individual no campo negocial, a liberdade contratual foi erigida ao patamar de princípio, mas que, por sua vez, não pode ser interpretado de forma absoluta, devendo assim respeitar as limitações precedidas pela sociedade. (GAGLIANO e FILHO, 2009).

Azevedo explica com magnitude a relevância que a ordem pública tem sobre os contratos:

Por outro lado, outro principio existe, pelo qual não pode a vontade individual ferir a vontade coletiva (a vontade do Estado), o da predominância da ordem pública, que resta suprema.

O Estado, muitas vezes, interfere na ordem privada, retirando dos individuo a possibilidade de exercício pleno da liberdade contratual. Quando assim atua, o Estado intromete-se nos interesses particulares, para impedir que o direito de uma das partes no contrato não seja diminuído pelo da outra, evitando a colisão dos mesmos direitos (2004, p. 26-27)

Complementa ainda o autor afirmando que a intervenção do Estado nos contratos, tem um sentido de encaminhar as partes para princípios equitativos, com preocupação estreita de proteger a parte economicamente fraca na relação jurídica contratual (AZEVEDO, 2004).

2.2.2 PRINCÍPIO DA FORÇA OBRIGATÓRIA DO CONTRATO

Sobre a égide desse princípio, pode-se dizer que o contrato tem força obrigatória entre os que dele participam. Se, é verdade que os pretores romanos disseram que os pactos devem ser cumpridos, é verdade também que todas as convenções tornam-se obrigatórias (AZEVEDO, 2004).

Denominado classicamente como *pacta sunt servanda* este princípio constitui legislativo, pois vem munido de uma sanção que decorre da norma legal, representada pela possibilidade de execução patrimonial do devedor. (RODRIGUES, 1997). Esta obrigatoriedade forma a base do direito contratual, conferindo à parte instrumentos judiciais para obrigar o contratante a cumprir o contrato ou a indenizar pelas perdas e danos, visando minimizar o caos estabelecido pelo descumprimento de alguma cláusula (VENOSA, 2005).

No entanto, este princípio da força obrigatória não pode tornar-se um instrumento de opressão econômica, que busca a desigualdade social, a opressão do fraco pelo forte. A teoria implícita neste princípio de imodificabilidade ou a intangibilidade não deve ser levada últimas conseqüências, pois podem ocorrer mudanças bruscas durante a execução, que por consequência, implicam numa alteração econômica das partes, não podendo assim o *pacta sunt servanda* impor uma rigidez que acarrete numa injustiça, num considerável prejuízo (GAGLIANO e FILHO, 2009).

O novel Código Civil reduziu bastante a força a atuação desse princípio, favorecendo em certos pontos, a parte mais fraca, possibilitando o cumprimento do contrato segundo sua função social, aplicando o princípio *favor debitoris*, do *beneficium competentiae*, em favorcimento do devedor, também no sentido de que este não deve ser levado à ruína, cumprindo o contrato, que a ele tornou-se insuportável, ante, por exemplo a lesão enorme (AZEVEDO, 2004).

2.2.3 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O princípio da função social denota nos contratos um relevante papel na sociedade, nacional e internacional, em que, pelos contratos os homens devem compreender-se e respeitar-se, para que encontrem um meio de entendimento e de negociação sadia e seus interesses e não um meio de opressão. Para isso, portanto, veio a intervenção dos Estados que abriram as portas a um novo tempo, em que se mitigaram os malefícios do liberalismo jurídico, com a proteção social ao mais fraco (AZEVEDO, 2004).

Mister se faz transcrever o artigo 421 do Novo Código Civil que preceitua a função social como um dos princípios basilares dos contratos:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. (VADE MECUM, 2010, p.178)

O novo Código Civil não ficou à margem dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que a liberdade contratual deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Esse dispositivo abrange ainda mais a

capacidade do juiz para proteger o mais fraco, na contratação que por sinal possa estar sofrendo pressão econômica ou os efeitos maléficos de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa (AZEVEDO, 2004).

Muito embora este princípio tenha apenas aparecido na esfera civil em 2002, a idéia de socialização dos contratos não é nova, pois desde o momento em que o Estado passou a adotar uma postura mais intervencionista, abandonando o ultrapassado papel de mero expectador da ambiência econômica, a função social ganhou contornos mais específicos, subordinando a propriedade privada até então o centro do mundo a modificar toda sua finalidade transformando-se em patrimônio coletivo (GAGLIANO e FILHO, 2009).

Nalin, ao classificar a função social aduz:

No meu pensar, divide-se a função social em intrínseca e extrínseca.

A primeira- intrínseca – é relativa à observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, equidade e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos, insculpido no artigo 1.165 do Code (“as convenções não produzem efeito que não entre as partes contratantes...”), corolário lógico do princípio da liberdade contratual.

Seu perfil extrínseco (fim coletividade), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito (2005, p.274).

Com a correta explanação do professor mencionado acima, tem-se como socialização dos contratos um tratamento idôneo entre as partes, considerando-se a desigualdade real de poderes, os deveres de informação, confidencialidade, assistência, lealdade, bem como um instrumento de desenvolvimento social, amparado pelo princípio de proteção da dignidade da pessoa humana. (GAGLIANO e FILHO, 2009).

2.2.4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Inicialmente a boa-fé que se aplicava às relações contratuais era somente a boa-fé subjetiva, porém existem dois tipos distintos desse princípio: a boa-fé subjetiva e a objetiva¹.

A noção de boa-fé foi cunhada primeiramente no direito Romano passando para a cultura alemã com conotações um pouco diversas da cultura romanista. (GAGLIANO e FILHO, 2009). Antes de tudo pode-se observar que a boa-fé é uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico traduzindo-se a um substrato moral com contornos e matriz de natureza jurídica cogente. (GAGLIANO e FILHO, 2009).

Hoje em dia pode-se dizer que boa parte dos princípios gerais do direito que estão expressos na Constituição, com status formal de norma hierarquicamente superior. (NALIN, 2004). No entanto, o princípio estudado não encontra descrição legal na Magna Carta, porém assume um papel importante para o processo hermenêutico bem como para a própria criação da lei. (NALIN, 2004). A boa-fé atua com frequência no espaço civil, atuando desde direito à sucessão testamentária, com incidência decisiva no negócio jurídico, nas obrigações, na posse e na constituição de direitos reais, a culpa na formação dos contratos, o abuso do direito, a modificação das obrigações por alteração das circunstâncias e a complexidade do conteúdo obrigacional (MENEZES E CORDEIRO, 2007).

O atual Código Civil refere-se ao princípio da boa-fé objetiva mais precisamente no artigo 422, que reza: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (VADE MECUM, 2010). Neste sentido Nalin afirma que no Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé ganhou destaque no capítulo I (disposições gerais) do título V (dos contratos em geral) como elemento essencial ao contrato, tanto na sua formação quanto na sua execução, seguindo os passos do *Codice Civile*, de 1942. (NALIN, 2004).

Com tudo Venosa afirma que nenhum contratante pode ingressar em um conteúdo contratual sem a necessária boa-fé, incumbindo ao juiz o dever de definir

¹ A diferença entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva será melhor elucidada no item a seguir.

quais as situações em que os partícipes de um contrato se desviam do mencionado princípio (VENOSA, 2005).

2.3 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE BOA-FÉ

A boa-fé que hodiernamente se vê em todos os negócios jurídicos provém do mundo romano, em que a *fides* romana constitui a base lingüística e conceptual da boa-fé no Direito civil português, (CORDEIRO, 2007), tendo sido registrada desde a Lei das Doze Tábuas, contudo, historiadores indicam a sua maior ancianidade, uma vez que a mesma norma estaria ligada.

Segundo a tradição recolhida por Dionísio de Halicarnasso, à própria fundação de Roma, o que equivale a dizer que é tão antiga quanto a instituição da clientela, embora aí esteja registrada pelo seu valor antinômico – *fraus*, e não *fides*. (MARTINS-COSTA, 2000).

Pode-se ainda afirmar que a *fides* seria antes um conceito ético do que propriamente uma expressão jurídica da técnica, sua juridicização só iria ocorrer com o incremento do comércio e o desenvolvimento do *jus gentium*, *complexo jurídico aplicável a romanos e a estrangeiros*. (GAGLIANO e FILHO, 2009).

Para entendermos o tratamento que os humanistas deram a boa-fé, é necessário um breve recuo no tempo, visualizando-se as conotações e as funções que lhe foram emprestadas no direito romano, no antigo direito germânico e no direito canônico (MARTINS-COSTA, 2000).

2.3.1 A BOA-FÉ NO DIREITO ROMANO

Nascida com o mundo romano, a idéia de *fides* recebeu, neste notável expansão e largo espectro de significados, que variaram conforme as influências filosóficas recebidas pelos juristas romanos e consoante o campo do direito onde instalada. Para o que aqui concerne, importa, contudo, registrar apenas três dos setores aos quais se dirigiu, quais sejam o das relações de clientela, o dos negócios contratuais e o da proteção possessória: o primeiro porque lhe marca a mais remota origem; o segundo, incidente no direito obrigacional; e o terceiro, nos direitos reais, (MARTINS-COSTA, 2000), porém, o que nos interessa realmente a origem nos

campo dos contratos, que aparece no direito romano desde o primeiro tratado entre Roma e Cartago (MARTINS-COSTA, 2000).

O tratado rezava que os cidadãos de cada uma das partes gozariam, na Sicília, de proteção nos negócios no setor de influência de outra parte, sendo essa proteção assegurada pela pública fé. Assim aplicada, a *fides* externa revestira, na Roma do sec. III a.C., a natureza de ponto de referência vinculante em pactos igualitários (CORDEIRO, 2007). Contudo era considerada como núcleo normativo, seja dos tratados entre cidades, seja dos contratos de direito privado, o que, em última análise, deixa entrever que já no mundo romano a diferença entre os contratos de direito internacional e os de direito interno não residia na estrutura de ambos, mas no diverso mecanismo protetivo que é próprio de cada um deles. (MARTINS-COSTA, 2000).

2.3.2 A BOA-FÉ NO DIREITO GERMÂNICO

Já no direito Alemão, a noção de boa-fé traduzia-se na fórmula do *Treu und Glauben* (lealdade e confiança, regra objetiva, que deveria ser observada nas relações jurídicas em geral (GAGLIANO e FILHO, 2009), demarcando o universo da boa-fé obrigacional, traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que marcaram o direito romano, ao invés de denotar a idéia de fidelidade ao pactuado, como numa das acepções da *fides* romana, a cultura germânica inseriu na fórmula as idéias de lealdade e crença, as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados (MATTINS-COSTA, 2000).

A boa-fé germânica tornou-se, com o decurso histórico, numa representação jurídica mais concreta, de referência carecida de sentido preciso, mas, tão só, portadora de uma conotação geral afetiva e apreciativa, transitar-se-ia para uma realidade susceptível de suportar uma certa conceptualização. A evolução deu-se mercê da interação de um instituto tipicamente medieval, o juramento de honra, (CORDEIRO, 2007), ligando-se por conseqüência às tradições cavaleirescas, ao ideal de vida sublime e ao sonho do heroísmo que se alojaram como elementos essenciais da cultura cavaleiresca, traduzindo um significado totalmente diverso daquele que infletirá na boa-fé possessória, derivada no idioma alemão, de outra fórmula lingüística – *Gutten glaube* (MARTINS-COSTA, 2000).

Não existia unanimidade quanto aos efeitos jurídicos do juramento de honra, uma posição germânica clássica via nele o empenhamento da lealdade, que uma vez celebrado, colocaria o jurante numa sujeição a um poder de agressão pessoal, por parte do credor (CORDEIRO, 2007).

Além das manifestações amorosas, políticas e militares, os ideais cavaleirescos englobados no juramento de honra prendem-se, no direito, a uma questão ética: a garantia da manutenção do cumprimento da palavra dada, garantia esta, não vinculada a uma perspectiva subjetiva, o olhar sobre a pessoa do garante, mas a uma perspectiva objetiva, ligada à confiança geral, estabelecida a nível de comportamento coletivo, uma vez que a atitude cortês sempre implica numa reciprocidade de deveres. Esta perspectiva é de fundamental importância para a compreensão da boa-fé em matéria obrigacional, uma vez que é daí que surge adstrição ao comportamento, segundo a boa-fé, como regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento da confiança geral, induzida à coletividade pelo comportamento do que jura por honra (MARTINS-COSTA, 2000). Com isso, a boa-fé germânica conseguiu a objetivação à custa do racionalismo, tornando-se num elemento afetivo, cuja presença é ainda hoje detectável na boa-fé e no Direito (CORDEIRO, 2007).

2.3.3 A BOA-FÉ NO DIREITO CANÔNICO

O direito canônico trata a boa-fé em dois setores, quais sejam na prescrição e na legitimação dos *nuda pacta*, vale dizer, a questão da tutela da usucapião e dos contratos consensuais. Embora sejam estes dois os campos que, no direito romano, haviam recebido mais fortemente a *bona fides*, os significados que receberão no direito canônico, com forte projeção no direito medieval, serão diversos e por vezes opostos daqueles atribuídos pela cultura romana. À primeira vista, pode parecer idêntica à conotação advinda do direito romano, a boa-fé como denotativa da ignorância acerca da litigiosidade. Contudo, o direito canônico introduz um poderoso pólo de significados, a boa-fé é vista como ausência do pecado, vale dizer, como estado contraposto a má-fé (MARTINS-COSTA, 2000).

Neste sentido Menezes Cordeiro afirma que o fenômeno dos *nuda pacta*, conjuntamente com a evolução ocorrida no seio do próprio *Corpus Iuris Canonici*, no tocante à *bona fides* prescricional, habilitaria à contraposição, em que

no direito romano, a boa-fé aparece com um conceito e um alcance substancialmente diferente, consoante aplicada às obrigações ou a posse. No direito canônico, pelo contrário, tem ocorrido uma velha aspiração dos estudiosos da boa-fé, a sua unificação conceptual, em que na linha dos valores do Direito da Igreja, a boa-fé depende sempre da consideração do pecado (CORDEIRO, 2007).

No sentido da Igreja, a mentira é considerada um pecado, pois quem promete deve cumprir com a palavra dada, sob pena de incorrer em pecado, visto que agir com boa-fé no direito canônico é respeitar fielmente o pactuado, cumprir pontualmente a palavra dada, sob pena de agir em má-fé, em pecado (MARTINS-COSTA, 2000).

Nesta ambiência, as agora travestidas categorias do direito romano e as dimensões axiológicas do direito canônico, amalgamadas pela cultura do humanismo, proporcionaram o rumo da especial significação atribuída à boa-fé como princípio geral ordenador da matéria obrigacional, lançando as bases do edifício que, retomando no jusracionalismo, só está completo nos albores do século XX (MARTINS-COSTA, 2000). Neste norte a boa-fé abandona a dualidade que caracterizara no direito romano entre garantia e ignorância escusável, atuando, respectivamente, no direito obrigacional e no direito possessório. A construção da unitariedade e o papel de princípio geral de direito que lhe atribuído compadecem com as exigências do Estado absoluto. O qual, aspirando soterrar o pluralismo medieval e suprimir a diversidade de costumes e de leis, tende a seguir, sob a égide de um desenho concentrador, um sistema homogêneo, tanto no âmbito público como nas relações entre os privados (MARTINS-COSTA, 2000).

Feito esse breve apanhado histórico, já podemos observar que a boa-fé é, antes de tudo, uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Vala dizer, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente (GAGLIANO e FILHO, 2009).

3 BOA FÉ NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS

3.1 CONCEITUAÇÃO E DISTINÇÃO SOBRE BOA-FÉ SUBJETIVA E OBJETIVA

Antes de aprofundarmos no tema deste trabalho, mister se faz apresentar, conceituar e estabelecer uma diagnose diferencial entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva.

3.1.1 BOA-FÉ SUBJETIVA

A boa-fé subjetiva pode ser determinada nas relações pela manifestação de vontade do agente, em que acredita que sua atitude esteja correta, assim ensina Venosa:

Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado (2005, p.409).

Nestes termos, pode-se dizer que a boa-fé subjetiva consiste em uma situação psicológica, um estado de ânimo ou de espírito do agente que realiza determinado ato ou vivencia dada situação, sem ter ciência do vício que a inquina. Em geral, esse estado subjetivo deriva do reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância, como ocorre na hipótese do possuidor de boa-fé que desconhece o vício que macula a sua posse (GAGLIANO e FILHO, 2009). A boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual, denota também uma idéia de crença errônea, ainda que escusável acerca da existência de uma situação regular, crença, que repousam seja no próprio estado subjetivo da ignorância, seja numa errônea aparência de certo ato (MARTINS-COSTA, 2000).

Elucida de uma forma simples o que significa a boa-fé subjetiva:

A boa-fé subjetiva não é um princípio, e sim um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito que em verdade só existe na aparência. O indivíduo se encontra em escusável situação de ignorância sobre a realidade dos fatos e da lesão a direito alheio. (ROSENVOLD, 2005, p.79)

Ainda sobre um conceito sobre a boa-fé subjetiva:

Boa-fé subjetiva é o estado psicológico ou crença do indivíduo de que age conforme o direito e de que não está prejudicando terceiros, quando de fato está, ou seja, é a situação psicológica de ignorância em prejudicar o direito de outrem (SANTOS, 2009, p.214).

Alguns exemplos podem ser citados para melhor elucidação sobre a boa-fé subjetiva:

São exemplos de situações em que o agente atuou com boa-fé subjetiva: (a) a conduta da pessoa que contrai casamento sem saber que o seu noivo já era casado (casamento putativo art.1561, CC/2002); (b) a aquisição da propriedade alheia mediante usucapião por aquele que exerce a posse com justo título e boa-fé (art. 1.242, CC/2002); (c) a celebração de negócio jurídico baseado na errônea aparência de terceiro, como nos casos em que alguém aparenta ser procurador de terceiro (mandato aparente) ou aparenta ser herdeiro de terceiro (herdeiro aparente). (SANTOS, 2009, p.214)

Contudo, pode-se afirmar que a boa-fé subjetiva diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito, em que é ignorada a real situação jurídica, se tornando em uma boa-fé de estado (ROSENVOLD, 2005).

3.1.2 BOA-FÉ OBJETIVA

Em contrário a boa-fé subjetiva, a objetiva tem natureza de princípio jurídico, delineado em um conceito jurídico indeterminado, em que consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica. Assim em uma dada relação jurídica, presente o imperativo dessa espécie de boa-fé, as partes devem guardar entre si lealdade e o respeito que se esperam do homem

comum (GAGLIANO e FILHO, 2009). Neste mesmo sentido, pode-se dizer que a interpretação dessa conduta parte do homem médio, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos, traduzindo-se em uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos (VENOSA, 2005).

Santos aduz:

A boa-fé objetiva é um modelo de conduta social, é o dever ético dos contratantes de agir com honestidade, retidão, lealdade. É o dever que cada um dos contratantes tem de se preocupar com a outra parte, cuidando para que sua conduta não a prejudique (2009, p. 214).

Com essa interpretação, é de fácil percepção que a boa-fé objetiva impõe também a observância de deveres jurídicos não somente para o sujeito ativo, mais também para o sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, respeitando os interesses envolvidos na obrigação assumida (GAGLIANO e FILHO, 2009).

Ainda na tentativa de nortear o princípio descrito acima, correto é afirmar que este adveio da interpretação conferida ao §242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países de *common law*, modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto, com honestidade, lealdade, probidade (MARTINS-COSTA, 2000).

Azevedo em sua obra descreve como deve ser feito um contrato baseado no princípio acima exposto:

Cuidarei, nesta matéria contratual, da boa-fé objetiva, que deve existir, ante a lealdade, a honestidade e a segurança. Que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na formação, na celebração, na execução (cumprimento) e na extinção do contrato, bem como após esta.

Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, prestando informações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas

obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado (2004, p. 28-29).

Trata-se, portanto a boa-fé objetiva de examinar a relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação, à vista da concreta finalidade do contrato, considerando como um processo, que podendo transformar-se no tempo, deve, contudo, guardar muito embora as eventuais vicissitudes sofridas em razão do seu transcurso, a mesma relação de equilíbrio entre prestação e contraprestação originalmente pactuada (MARTINS-COSTSA, 2000).

Neste norte, pode-se afirmar que há hoje três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa: função de controle dos limites do exercício de um direito; e função de integração do negócio jurídico (VENOSA, 2005).

Nesse diapasão, mister se faz observar as funções relacionadas acima.

3.1.2.1 FUNÇÃO INTERPRETATIVA DA BOA-FÉ OBJETIVA

A função interpretativa esta alicerçada no artigo 113 do novo Código Civil que aduz:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (VADE MECUM, 2010, p.156)

A função interpretativa em comparação as demais, é a mais conhecida em nossa doutrina, tendo o aplicador do direito um referencial hermenêutico dos mais seguros, para que possa extrair da norma um sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil (GAGLIANO e FILHO, 2009). Em relação a esse artigo, Theodoro ensina:

Nos tempos atuais, o princípio de que todos os contratos são de boa-fé, já que não existem mais, no direito civil, formas sacramentais para a declaração de vontade nos negócios patrimoniais, mesmo quando a lei considera um contrato como solene. O intérprete, portanto, em todo e qualquer contrato, tem de se preocupar mais com o espírito das convenções do que com sua letra (1993, p. 38).

Nestes mesmos termos:

A boa-fé é dirigida às partes enquanto regra de conduta, mas é dirigida ao juiz enquanto norma de interpretação. Assim, na interpretação do contrato, o juiz deve ter como referência a cláusula geral de boa-fé e a necessidade de manutenção do equilíbrio contratual.

Senso assim, na interpretação dos contratos o juiz deve verificar quais foram as verdadeiras intenções das partes na sua celebração, de forma a explicar direitos e deveres, embora não escritos, decorrem do acordo firmado (SANTOS, 2009,p.220).

A função interpretativa guarda íntima conexão com a diretriz consagrada na regra de ouro do art. 5º da LICC, na qual o juiz, ao aplicar a lei, deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (GAGLIANO e FILHO, 2009), neste mesmo sentido aduz Rosenvald:

O recurso interpretativo ao princípio da boa-fé será a forma pela qual o operador do direito preservará a finalidade econômico-social do negócio jurídico e determinará o sentido do contrato em toda a sua trajetória, preservando a relação cooperativa, mesmo que a operação hermenêutica contrarie a vontade contratual (2005, p. 90).

Com efeito, a função interpretativa da boa-fé elencada no artigo descrito acima, é a mais conhecida visto que atua como *Canon hábil* ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes (MARTINS-COSTA, 2000).

Por corolário, a função hermenêutica da boa-fé vem sendo usada pela jurisprudência, tendo certamente se constituído em um instrumento que permite ao magistrado criar a solução do caso concreto, corrigindo eventuais desequilíbrios da relação obrigacional (SANTOS, 2009).

3.1.2.2 FUNÇÃO CRIADORA DE DEVERES JURÍDICOS

Esta função tem como base a proteção recíproca de interesses, porque busca regular uma situação autônoma em relação à prestação principal, visando uma regulamentação consensual para exaurir atitudes inidôneas que possam surgir

numa relação obrigacional (MARTINS-COSTA, 2000). Estes deveres caracterizam-se por uma função auxiliar da relação positiva do fim contratual e de proteção à pessoa e aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes, servindo pelo menos as suas manifestações mais típicas, com intuito de conservação dos bens patrimoniais ou pessoais que podem ser afetados em conexão com o contrato (MARTINS-COSTA, 2000).

Santos preceitua que:

Na relação obrigacional existem deveres principais e deveres secundários. Os deveres principais correspondem às próprias prestações desejadas pelas partes na celebração do contrato e, no dizer de Almeida Costa, constitui o núcleo dominante, a alma da relação obrigacional, em ordem ao conseguimento do seu fim. São os deveres principais que definem o tipo do contrato, valendo como exemplo de deveres dessa natureza o dever do vendedor de entregar ao comprador a coisa vendida e o dever do comprador de pagar o valor correspondente ao preço. Da mesma forma, são deveres principais a obrigação que tem o locador de ceder a coisa pelo tempo estipulado e a obrigação do locatário de pagar as prestações de aluguel.

Ao lado dos deveres principais existem os deveres acessórios, decorrentes da boa-fé objetiva, que devem ser cumpridos paralelamente à obrigação principal, com o fim de garantir que a relação obrigacional se desenvolva de forma adequada e justa (2009, p. 238-239).

Os deveres acessórios são cogentes e os contratantes não podem convencionar a liberação de seu cumprimento, pois permitir isso seria o mesmo que autorizá-los a agir de má-fé (SANTOS, 2009).

Difícil se faz ilustrar todos os deveres de cooperação e proteção das partes, no entanto, os mais conhecidos são: a) deveres de lealdade e confiança recíprocas; b) deveres de assistência; c) deveres de informação; d) deveres de sigilo ou confiabilidade, deveres estes que sem dúvida, são derivados de força normativa criadora da boa-fé objetiva (GAGLIANO e FILHO, 2009).

Por derradeiro, mister se faz frisar que para a compreensão dos deveres de conduta é a constatação de relação jurídica como totalidade, no qual credor e devedor compartilharão de lealdade e confiança para, recusando a posição clássica de antagonistas, assumirem uma postura colaboracionista rumo ao adimplemento e

ao bem comum, como finalidade que polariza todo o processo da obrigação (ROSENVALD, 2005).

Na mesma linha de raciocínio:

É desses princípios – solidariedade e cooperação – que decorrem os deveres acessórios de conduta (informação, lealdade e proteção) que os contratantes devem observar durante o processo da relação obrigacional, cooperando mutuamente entre si e possibilitando que o contrato seja bom para ambas as partes (SANTOS, 2009, p.244).

Contudo, é preciso ter sempre em mente que esses deveres estão vinculados à obrigação principal e não podem ser demandados autonomamente, sendo que o seu descumprimento é resolvido em perdas e danos ou motiva a resolução do contrato (SANTOS, 2009).

3.1.2.3 FUNÇÃO LIMITADORA O EXERCÍCIO DE DIREITOS SUBJETIVOS

Por meio da boa-fé objetiva visa-se evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos, pois diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação de riqueza, não é mais perspectivado por uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade, não admitindo condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, que atingem diretamente a função social da relação (MARTINS-COSTA, 2000).

Mediante essa mudança pelo decorrer do tempo, não mais podemos cogitar do dogma da autonomia da vontade, mais sim do sentido contemporâneo da autonomia, que visa exatamente proteger e reforçar a vontade a fim de que seja ela real e equilibrada, uma vontade das partes e não apenas do credor, (ROSENVALD, 2005), na qual extingue o exercício abusivo dos direitos subjetivos, desenvolvendo e valorizando cada vez mais a pessoa humana (GAGLIANO e FILHO, 2009).

Na mesma linha de pensamento:

A limitação de direitos subjetivos exercidos de forma abusiva é também função do princípio da boa-fé objetiva. O contrato deve ser executado de

forma a realizar os interesses de ambos os contratantes de forma equilibrada, não sendo lícito que uma das partes obtenha vantagem exagerada sobre a outra. O contratante não pode exercer seu direito de forma a obter lucro exorbitante sobre o outro contratante ou causar-lhe qualquer tipo de dano. (SANTOS, 2009, p.224)

Diversas teorias surgiram do emprego da boa-fé negocial como limite aos direitos subjetivos, entre as quais se destacam a teoria do abuso de direito, as teorias que proíbem o comportamento contraditório, a teoria do adimplemento substancial, a teoria da imprevisão e a teoria da quebra da base objetiva do negócio, sendo essas expressões da função limitadora de direitos subjetivos, uma ponte para ligar o equilíbrio contratual e a efetivação da função social, impedindo uma aplicação cega da lei e privilegiando uma interpretação condizente com a justiça contratual (SANTOS, 2009).

Mediante o exposto acima, passa-se a descrever no próximo capítulo sobre a boa-fé no novo Código Civil, dando enfoque ao tema proposto para esse trabalho com o intuito de explanar de que forma as relações pré-contratuais muito em foco hodiernamente, que não foram tratadas pelo novel Código.

4. BOA-FÉ OBJETIVA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Analisados as origens dos contratos, seus princípios, suas funções, resta-nos agora entrar na seara da boa-fé objetiva nos contratos, desde as tratativas preliminares até sua conclusão, correlacionando-a com o nosso dia-a-dia, bem como com o entendimento jurídico predominante a respeito do assunto.

4.1. RELAÇÃO BRIGACIONAL NO CÓDIGO DE 2002

O direito civil do século XIX, escrito sob a influência das idéias liberais da burguesia revolucionária que fez a Revolução Francesa, tinha como referenciais a liberdade contratual e a segurança das relações jurídicas. Valia o princípio da autonomia da vontade, que, presumindo os contratantes em situação de igualdade, permitia a todos celebrar contratos entre si, conforme julgassem conveniente, tendo como limite apenas a lei. O princípio do *pacta sunt servanda* determinava que, uma vez celebrados, os contratos precisavam ser cumpridos. (SANTOS, 2009)

Muito embora essa regra tivesse dominado por muito tempo as relações obrigacionais entre os contratantes, o direito privado vem sofrendo mudanças, como assevera Santos:

O direito privado está passando atualmente por uma mudança de paradigmas, em que abandona a visão estritamente individualista, concebida sobre um sistema jurídico fechado, pautada essencialmente pelos princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, para admitir princípios sociais, como a função social da propriedade, a função social dos contratos, a boa-fé objetiva e a necessidade de equilíbrio contratual (2009, p.206).

Com o abandono do direito civil patrimonial, começou a se desenhar um direito civil socializado, pautado por três paradigmas: socialidade, eticidade e concretude. Esta última diretriz merece enfoque, por sua íntima vinculação com o tema contextualizado (ROSENVALD, 2005). Com esses alicerces, os contratos típicos e atípicos progrediram muito como aduz Azevedo:

Desse modo, o Código Civil de 2002 fez progredir, bastante, o tratamento legislativo dos contratos atípicos, não só pelas advertências feitas no campo contratual, em geral, quanto a um mais humano comportamento das partes. Mas também porque disciplinou alguns novos contratos, em acréscimo ao elenco do Código Civil de 1916 (2004, p.115).

Em se tratando do antigo diploma, Rosenvald salienta:

O Código Civil de 1916 seguia a ideologia marcadamente individualista da era oitocentista, na qual a vontade humana poderia atuar com total liberdade. Para que a liberdade econômica fosse plena, a legislação apreciava cada integrante de uma relação jurídica como um abstrato sujeito de direitos patrimoniais, titulares prévios de uma igualdade formal.

Nesse sentido, o constitucionalismo e a codificação são contemporâneos do advento do Estado liberal. (...)

O objetivo atual do ordenamento jurídico é alcançar a pessoa como destinatária direta da norma, verificando-se a ética da situação, na conhecida acepção de Larenz. As desigualdades materiais e o contexto real da pessoa serão decisivos para que a tutela jurisdicional consiga dar a cada um o que é seu (2005, p. 72-73).

No mesmo sentido da promulgação do Código Civil de 2002:

Completando essa onda socializadora, foi promulgado, em 2002, o novo Código Civil, elaborado com base nos princípios da operabilidade, socialidade, e eticidade. O Código Civil de 2002 deu nova roupagem ao direito civil brasileiro, sendo que, sem destruir a estrutura do Código anterior, modernizou antigos institutos, unificou o direito das obrigações e inseriu novos princípios informadores das relações contratuais. (SANTOS, 2009, p.212)

Na ordem contratual contemporânea, ao lado dos princípios clássicos – princípio da liberdade contratual, princípio da obrigatoriedade do contrato, princípio da relatividade dos efeitos contratuais e o princípio da supremacia da ordem pública – somam-se, agora, o princípio da função social do contrato, o princípio do equilíbrio econômico do contrato e o princípio da boa-fé objetiva (SANTOS, 2009). No enfoque de função social revelada nos princípios do contrato do atual Código, surgiu o artigo 422 que cuida expressamente da boa-fé objetiva nos contratos:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (VADE MECUM, 2010, p. 178)

A boa-fé aduzida no referido artigo encerra o circuito da atual justiça contratual como preceitua Nalin:

A boa-fé objetiva encerra o circuito da atual justiça contratual, somada a princípios contemporâneos outros, dela derivados, transparência, confiança e equidade, sendo o dado mais claro da afirmação do desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo.

O atual desenho de boa-fé, materializante da vocação solidarista da Constituição, tem um papel substitutivo no âmbito contratual, antes ocupado pela vontade dos contratantes.

Nessas bases de nucleação do contrato no princípio da boa-fé, não tenho dúvida que o contrato celebrado sem sua observância também será inexistente, sendo ela (boa-fé) antes elemento de materialização do negócio do que simples princípio informativo ou conformativo da vontade contratual (2005, p. 140).

Todavia em que pese reconhecer a amplitude prática do princípio, o legislador ao tratar sobre o artigo 422, falhou ao prever que a boa-fé somente seria observável quando da conclusão e durante a execução do contrato, deixando uma lacuna em relação às tratativas preliminares, das primeiras negociações (GAGLIANO e FILHO, 2009).

No entanto o mesmo autor afirma que:

Mesmo na fase das tratativas preliminares, das primeiras negociações, da redação da minuta - a denominada fase de *puntução* - a boa-fé deve-se fazer sentir. A quebra, portanto, dos deveres éticos de proteção poderá culminar, mesmo antes da celebração da avença, na responsabilidade civil do infrator.

Por isso, embora imperfeita a atual redação legal, não hesitamos em afirmar que com base no macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva deve ser observada também nas mencionadas fases anteriores e posteriores à celebração e cumprimento da avença. (GAGLIANO e FILHO, 2009, p. 77-78)

Nota-se pelo já exposto que o artigo 422 sob comento, é indubitavelmente deficiente, por circunscrever-se ao período de vigência contratual (GAGLIANO E FILHO, 2009). Feito, portanto as primeiras ponderações a respeito da responsabilidade pré-contratual passemos a analisar sua origem, expansão e conformação que recebe no direito comparado (MARTINS-COSTA, 2000).

4.2. CAMPO OPERATIVO DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Martins-Costa foi feliz ao delinear o campo de atuação da responsabilidade pré-negocial:

Antes de mais, é preciso deixar claro: o campo operativo da responsabilidade pré-negocial – ou pré-contratual – não é o mesmo dos chamados pré-contratos, ou contratos preliminares, e isto por uma razão muito simples: o inadimplemento de pré-contrato resulta em responsabilidade contratual, porque aquele constitui contrato que contém obrigação de fazer (contrair o contrato definitivo), sendo esta a obrigação descumprida. A questão se resolve. Portanto, nos estritos lindes da culpa contratual. Podendo o prejudicado promover a execução forçada da obrigação (CPC, art.566,10, postulando a substituição, pelo juiz, da declaração de vontade do inadimplente (CPC, art.639), cabendo, em qualquer caso, perdas e danos (CPC, art.638, parágrafo único).

Assim sendo qual é o espaço onde se move a figura da responsabilidade pré-negocial?

O seu espaço é o do ainda-não-contrato, o da inexistência, ainda de vinculação contratual, o espaço do trato. (2000, p. 480-481)

Por ainda não fazer parte do mundo contratual, não gera vinculação contratual, mas pode, se reunidas certas condições haver vinculação obrigacional (MARTINS-COSTA, 2000). Partindo do princípio de verificar quais as condições que devem surgir para ocorrer uma obrigação, Venosa afirma que em qualquer situação em que se avalie a hipótese de uma responsabilidade anterior ao contrato, deve preponderar o exame da quebra de confiança implícito no princípio da boa-fé objetiva (VENOSA, 2005).

Surge, portanto no meio desse conflito de haver ou não responsabilidade, a doutrina da *culpa in contraendo*, que analisar-se-á no próximo tópico.

4.3. DOCTRINA DA *CULPA IN CONTRAENDO*

A doutrina da *culpa in contraendo* veio a luz em 1861 mediante uma investigação feita por RUDOLF VON JHERING onde começa seu estudo explicando

que a não imputação de responsabilidade por danos e custos derivados de contratos nulos, conduz a situações de injustiça (MENEZES E CORDEIRO, 2007). Para chegar a uma conclusão a respeito do assunto, este autor debruçou-se sobre o direito romano e as soluções conferidas à teoria do erro essencial, no qual examinou e teceu sua teoria em torno de uma questão fundamental: se um sujeito deu causa à nulidade de um contrato, deve ou não ressarcir o dano que a outra parte sofreu por haver confiado na validade do mesmo? (MARTINS-COSTA, 2000)

Neste diapasão surge o conceito da doutrina em estudo:

Pode-se considerar-se que, para JHERING, a culpa *in contraendo* é um instituto da responsabilidade civil pelo qual, havendo nulidade no contrato, uma das partes, que tenha ou devesse ter conhecimento do óbice, deve indenizar a outra pelo interesse contratual negativo. (CORDEIRO, 2007, p. 530)

Conceitua também Martins-Costa:

Culpa *in contraendo* é toda a infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo. O uso do tráfico cria tal dever, que pode ser o dever de verdade, o dever de diligência no exame do objeto ou dos elementos para o suporte fático (...), exatidão no modo de exprimir-se, quer em punctações, anúncios. Minutas ou informes. (2000, p. 508)

Seguindo o tema sobre a origem da doutrina em epígrafe Martins-Costa assevera:

Sabe-se que a doutrina da *culpa in contraendo* foi formulada pioneiramente por Jhering, entendendo-se contemporaneamente, mediante tal noção, que incorre em responsabilidade pré-negocial a parte que, tendo criado na outra a convicção, razoável, de que o contrato seria formado, rompe intempestivamente as negociações, ferindo os legítimos interesses da contraparte. Em outras palavras, há responsabilidade pré-negocial sempre que o comportamento de uma das partes na fase das tratativas, induzindo a confiança da outra de que tal procedimento seria adotado, ou omitindo informações de importância capital para que a outra parte possa decidir em relação ao negócio jurídico a ser realizado, ou ainda deixando de mencionar

circunstancias que acabariam forçosamente por produzir a invalidade do contrato, gerando assim o dever de indenizar. (2000, p. 485-486)

O fato é que da construção operada por Jhering, resta definitivamente introduzida no mundo do pensamento jurídico a ideia da configuração de um específico dever de diligencia colocado na fase antecedente à da execução do contrato. Em face da proximidade existente, na escala contato social, entre os negociadores de um contrato, seria possível concluir que este dever motiva-se na confiança que deve presidir o tráfego jurídico para que as relações econômico-sociais possam se desenvolver com normalidade (MARTINS-COSTA, 2000). Martins-Costa ainda vai mais longe ao afirmar que:

Ao examinar a hipótese de recesso das tratativas, de forma contrária à boa-fé, um ponto, pelo menos, deve de início ser bem firmado: a reprovação decorre não do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter-se concluído, mas o fato de uma das partes ter gerado à outra, a expectativa, legítima, de que o contrato seria concluído. (2000, p. 494)

Assim também entende Martins:

Não é lícito a uma das partes romper arbitrariamente as negociações, depois de estas terem alcançado 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 (MARTINS, 2002, p.25).

Com fundamento no mesmo princípio pode responsabilizar-se, pelos danos ligados à frustração da confiança depositada na celebração de um negócio, a parte que culposamente provoca ou não evita a invalidade (...). Portanto o princípio da boa-fé implica a existência de responsabilidade contratual ou pré-contratual mesmo nos negócios sujeitos, por lei, a certa forma que não chegou a ser adotada, desde que uma das partes rompa, arbitrária e culposamente, as negociações em curso susceptíveis de levar, dentro da normal confiança, justa expectativa da outra a conclusão e formalização do respectivo contrato (MARTINS, 2002)

Resta salientar que hodiernamente, o instituto da *culpa in contraendo* tem um alargado campo, estendendo-se a responsabilidade para além da hipótese do dever de declarar as causas de invalidade do futuro contrato, para abranger também

danos instrumentais de comunicação ou informação, de segredo e os de conservação do negócio. Bem como as situações em que não se tenha celebrado nenhum negócio por ruptura injustificada da fase negociatória ou decisória, desde que se tenha agido de modo a criar para a outra parte a fundada expectativa de realização do negócio (MARTINS-COSTA, 2000), e esta expectativa transfere-se para o princípio da boa-fé em que gera para as partes no momento da negociação uma confiança objetiva, alicerçada pelos princípios de lealdade, probidade, que uma vez quebrada deve ser indenizada (MARTINS-COSTA, 2000).

4.4 A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTO À RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

Mediante o já explanado sobre a boa-fé objetiva nas relações contratuais, mister agora aplicar esse princípio também nas tratativas, como aduz Venosa:

A segunda hipótese de possibilidade de responsabilidade fora do contrato é o rompimento abusivo e arbitrário das tratativas ou negociações preliminares. Cumpre, nessa hipótese. Examinar o caso concreto. Há necessidade de que o estágio das preliminares da contratação já tenha imbuído o espírito dos postulantes da verdadeira existência do futuro contrato. A frustração da contratação gerará então frustração moral, além de material. Podem as partes ter despendido com certidões, viagens, pesquisas. Assim como no caso anterior, não é qualquer desistência que será responsabilizada. O desistente poderá ter tido razões relevantes: morte de parente próximo, falta de idoneidade que vem a ser conhecida quanto ao outro contratante, modificação substancial do objeto do contrato etc. a apreciação não pode ser casuística. Deve ser examinada também aqui, no caso concreto, a existência do abuso de direito, e forjar a indenização com base nos arts. 186 e 187 (antigo 159). Não podemos, no entanto, levar essa modalidade a uma sistemática indenização por qualquer rompimento de contrato, sob pena de violarmos a garantia da autonomia da vontade. O tema diz respeito à boa-fé dos contratantes, mais propriamente, à boa-fé objetiva. (2005, p. 513)

Martins-Costa acrescenta afirmando que:

A boa-fé objetiva constitui, no campo contratual – sempre tomando-se o contrato como processo, ou procedimento -, norma que deve ser seguida nas várias fases das relações entre as partes: o pensamento, infelizmente ainda muito difundido, de que somente a vontade das partes conduz o processo contratual deve ser definitivamente afastado. É preciso que, na fase pré-contratual, os candidatos a contratantes ajam, nas negociações preliminares e na declaração da oferta, com lealdade recíproca, dando as informações necessárias, evitando criar expectativas que sabem destinadas ao fracasso, impedindo a revelação de dados obtidos em confiança, não realizando rupturas abruptas e inesperadas das conversações etc. (2000, p. 509)

Assim, a violação da boa-fé e a responsabilidade contratual estão textualmente ligadas, e quando a doutrina e a jurisprudência atribuírem o justo valor dessa norma, ela encontrará uma ampla aplicação. A responsabilidade pré-contratual pode incidir em várias hipóteses, pois encontra o seu fundamento na violação de uma genérica obrigação de conduta humana sem nenhum vínculo com uma obrigação preexistente (PAESANI e VEIGA, 2004).

O entendimento sobre a matéria é que o rompimento dessa legítima expectativa de contratar, em prejuízo da parte que efetivou gastos na certeza de celebração do negócio, poderá ocasionar, a depender das circunstâncias do caso, responsabilidade civil, por aplicação da teoria da culpa *in contraendo* (GAGLIANO e FILHO, 2009).

Assim também pondera Martins-Costa:

O que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfego, pois daí resultam relações de confiança, e não só relações morais. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato. (2000, p. 507)

Nessa situação, na recusa de contratar, a questão coloca-se primeiramente no âmbito sociológico, pois em sociedade, cada um exerce uma

atividade para suprir necessidades dos outros. Com isso as pessoas desempenham uma função social muito relevante. A recusa injustificada gera uma conduta abusiva onde extravasa os limites do direito, criando um desvio de finalidade contrariando a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, que por corolário ocasiona a responsabilidade do agente pelos danos causados (VENOSA, 2005).

Nestes termos, surgiu os deveres secundários que devem ser observados e respeitados frente às negociações preliminares, para que haja na relação jurídica o dever genérico de não prejudicar àqueles que se encontram sujeitos a esse vínculo preexistente (GAGLIANO e FILHO, 2009). Esses deveres que podem ser de informação, lealdade e proteção, devem ser cumpridos paralelamente à obrigação principal, com o fim de otimização da relação obrigacional. Ambos os contratantes devem observar os deveres acessórios com o fim de garantir que a contraparte possa desfrutar a prestação a que tem direito sem sobressaltos ou prejuízos (SANTOS, 2009).

Gagliano e Filho complementam:

Do exposto, resulta que a violação de qualquer dos deveres anexos ou de proteção, oriundos da boa-fé objetiva, desembocariam na responsabilidade objetiva, segundo essa moderna doutrina.

A questão de fundo, portanto, na responsabilidade civil pré-contratual, diz respeito menos à relevância ou não do elemento anímico e muito mais à demonstração efetiva de que a conduta do indivíduo violou a boa-fé objetiva, conceito aberto que deverá ser colmatado pelo magistrado no caso concreto. (2009, p.298-299)

Por derradeiro, mister fazer uma crítica sobre a redação do artigo base desse trabalho, o artigo 422 do novo Código Civil, que tem sido duramente criticado, existindo inclusive projeto de lei propondo sua alteração (SANTOS, 2009).

Nas palavras de Santos:

Mesmo com redação insuficiente, estão compreendidas no art. 422,CC/2002 as tratativas preliminares, antecedentes do contrato, como também as obrigações derivadas do contrato, ainda que já executado. Com isso, os entabulantes – ainda não contratantes – podem responder por fatos que tenham ocorrido antes da celebração e da formação do contrato

(responsabilidade pré-contratual) e os ex-contratantes – o contrato já se findou pela execução – também respondem por fatos que decorram do contrato findo (pós-eficácia das obrigações contratuais) (2009, p.256-257)

Contudo, o direito privado moderno concebe a relação obrigacional como um processo, razão pela qual, tanto na fase que antecede o contrato, quanto na fase que o sucede, existem deveres acessórios que devem ser cumpridos pelos contratantes. A retomada da boa-fé objetiva pelo novo Código Civil foi extremamente positiva, pois afinada com o pensamento jurídico atual, dotou o sistema de direito privado de um instrumento multifuncional que concretiza valores éticos, fundamentais para qualquer tipo de negociação realizada nos dias correntes (SANTOS, 2009).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, no primeiro capítulo foram feitas observações sobre a história dos contratos, bem como seus princípios norteadores.

Após a historicidade dos contratos, foram feitas considerações sobre a boa-fé e os mesmos, tendo como base o Direito Romano, Germânico e Canônico, utilizando-os como ponte de ligação para se chegar ao mundo contratual.

Após essa ligação, importante se fez transcorrer algumas linhas sobre a diferença entre boa-fé subjetiva e objetiva. Feito a distinção, para se alcançar o conceito de boa-fé objetiva contemporânea, importante se fez salientar sobre suas

funções interpretativa, criadora de deveres jurídicos e delimitadora de exercício de direitos subjetivos, que buscaram modificar a ótica contratual, superando uma visão de individualismo, da intocável autonomia e liberdade de contratual, evoluindo para um Estado mais intervencionista na esfera privada, através dos princípios voltados à coletividade, como função social e boa-fé objetiva.

Em seguida, foram descritas considerações sobre a boa-fé objetiva no Novo Código Civil, passando para a relação obrigacional do mesmo, dando enfoque ao campo operativo da responsabilidade pré-contratual desde o surgimento da culpa *in contraendo* que teve origem com a teoria de Jhering, que muito embora tenha sofrido inúmeras críticas à época, contribuiu de forma definitiva para a rediscussão atual da responsabilidade pré-contratual, como possibilidade de tutela jurisdicional.

Sendo assim, verificou-se que o grande tema a ser analisado é a tutela da confiança face à expectativa gerada de uma parte para com a outra na fase das negociações preliminares do contrato.

Destarte que, uma vez, rompida injustificadamente esta confiança, nasce a responsabilidade pré-contratual e o dever de indenizar os danos sofridos pela contraparte que agiu segundo os preceitos do princípio da boa-fé objetiva, incidindo, aí os efeitos gerados pela ruptura das negociações preliminares.

Em relação aos danos ocorridos pela ruptura das negociações preliminares não restam dúvidas que devem ser indenizados, tanto os materiais como os morais. Porém, vale salientar, que estes danos serão sempre mensurados de acordo com o grau da expectativa e confiança em que as partes se encontram.

Assim, existindo negociações preliminares, despertando a confiança de que o contrato será concluído, e uma das partes rompe de forma injustificada essas negociações, incidirá a responsabilidade pré-contratual, e o dever do ressarcimento dos prejuízos causados.

Por derradeiro, salientou-se neste trabalho de conclusão de pós-graduação que a boa-fé objetiva mesmo não tendo despertado maiores considerações dos nossos legisladores, encaixou-se de forma positiva no pensamento jurídico atual dotando o sistema de direito privado um instrumento que concretiza valores éticos, morais, fundamentais para qualquer tipo de negociação realizada nos dias correntes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria dos Contratos Típicos e Atípicos**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENEZES E CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha . **Da Boa Fé No Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

GAGLIANO E FILHO, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral**. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2009.

MARTINS, Antônio Carvalho. **Responsabilidade Pré-contratual**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: Sistema e Tópica no Processo Obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., 2000.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do Contrato**: Conceito Pós-Moderno em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional. Curitiba: Juruá, 2005.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Contrato & Sociedade**: princípios de direito contratual. Curitiba: Juruá, 2004.

PAESANI, Liliane Minardi. **Aplicação do Novo Código Civil nos Contratos Empresariais**: modelos contratuais empresariais. Barueri: Manole, 2004

RODRIGUES, Silvio. **Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade**. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 1997.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005

SANTOS, Murilo Rezende dos. As Funções da Boa-fé Objetiva na Relação Obrigacional. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº38, 2009.

THEODORO, Humberto Jr. **O Contrato e Seus Princípios**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

VADE MECUM, atual., ampl., 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. vol. 2, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.