XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Helena Nastassya Paschoal Pitsica; William Paiva Marques Júnior.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-654-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil contemporâneo. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Civil Contemporâneo I”, no âmbito do XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 07 a 09 de dezembro de 2022, na cidade de Balneário Camboriú/Santa Catarina, na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, e que teve como temática central “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente na relação dialogal com o Direito Constitucional. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Gustavo Henrique de Souza Vilela aborda os movimentos do constitucionalismo e da codificação do direito privado, traça suas características mais impactantes como a supremacia da constituição, a constitucionalização do direito, a publicização do direito privado e a descodificação do Direito Civil pelo advento dos microssistemas. A partir do conceito, da origem e da finalidade desses elementos, reflete-se sobre os impactos da aplicação do valor normativo dos princípios constitucionais, para que não sejam banalizados, a eficácia dos direitos fundamentais e a busca pela função social dos institutos jurídicos na aplicação do direito.

Flavia Portella Püschel investiga a relação entre doutrina e jurisprudência em diálogo com a crítica feita por Judith Martins-Costa, segundo a qual a doutrina civilista atual tornou-se inútil tanto para a aplicação do direito quanto para orientação dos operadores do direito e dos destinatários das normas jurídicas, a partir do caso da responsabilidade civil punitiva, o qual exemplifica com clareza os efeitos da ausência de diálogo entre doutrina e jurisprudência, apontado pela autora como sintoma da perda de autoridade e utilidade da doutrina civilista brasileira.

Gustavo Henrique de Souza Vilela reflete sobre o direito sucessório. Conquanto sua relevância, tendo em vista que a todos afeta, apresenta-se em um cenário de estagnação, que tem ancorado o ramo jurídico às vestes do passado. Em alguns institutos sucessórios, essa

carência mostra-se mais acentuada, é o que acontece com a indignidade e a deserdação, responsáveis pela possibilidade jurídica de exclusão do direito fundamental à herança. Propõe que a exclusão sucessória tem potencial para transformar-se em mecanismo de combate à violência doméstica e familiar, mas para que isso aconteça é necessário afastar-se do perfil apenas vingativo e fazer aflorar seu viés preventivo, através de mudança legislativa expressiva.

Alderico Kleber De Borba e Vitor Antônio da Silva Faria investigam a constitucionalidade na vedação à escolha do regime de bens para o casamento, para pessoas acima de 70 anos de idade. A obrigatoriedade do regime de separação legal de bens, em decorrência da idade do contraente, foi positivada numa perspectiva individualista e patrimonialista no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, lardeado de influxos do modelo de Estado Liberal (atualmente superado). O art. 1.641, II do CC de 2002 repetiu a redação do CC /1916, mantendo a proteção estatal não sob a ótica da pessoa, mas sim do patrimônio. Na mens legis do art. 1.641, II, do CC/2002, o que se tem é a proteção de interesses econômicos e patrimoniais, relegando a segundo plano a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. A repersonalização do Direito Civil implica na emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito, passando o patrimônio ao segundo plano. O contraente do casamento que possui 70 (setenta) anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, inclusive livre disposição de seus bens. Num ambiente de Direito Civil constitucionalizado, o art. 1641, II, do CC/2002 é inconstitucional. A patrimonialização das relações civis é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF).

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata alertam que a teoria da transmissão no Direito Civil das Obrigações não é tratada como teoria geral, mas organizam dogmaticamente e metodologicamente os elementos teóricos e os requisitos centrais de sua funcionalidade jurídica. Também, procuram aferir os efeitos jurídicos advindos dos instrumentos de circulação jurídica e a correlação estrutural com aqueles elementos e requisitos. O estudo dos direitos subjetivos (absolutos e relativos) e das posições jurídicas atomizadas em seus conceitos são ponto nodal para a compreensão do fenômeno translativo em Direito. Procede-se à análise teórica desses elementos centrais (direito subjetivo e posições jurídicas) associados à circulação jurídica de direitos pessoais (ou relativos, ou de crédito), que também podemos denominar de transmissão jurídica no plano do Direito das Obrigações. Como resultado da pesquisa, desvela-se a riqueza conceitual e estrutural dos negócios de transmissão de posições jurídicas obrigacionais, em que os contratos de cessão (de crédito, de

débitos – também denominados “assunção de dívidas” – e de posições contratuais) designam a transmissão das posições jurídicas ativas e/ou passivas com fonte negocial, e não a própria fonte que os desencadeia.

Daniel Stefani Ribas, Danilo Rodrigues Rosa e Leticia Faturetto de Melo tratam do contexto atinente ao paradigma das funções da responsabilidade civil como instrumento para a estruturação da indenização nos casos de danos à liberdade de expressão. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito civil permitem uma compreensão das funções da responsabilidade - compensatórias, precaucional e punitiva ou pedagógico punitiva - como diretrizes para fixação da indenização.

Eloah Alvarenga Mesquita Quintanilha e Jordana Aparecida Teza analisam a evolução genética no campo do Direito e o seu impacto no sistema judiciário brasileiro. Por meio de uma exposição de casos concretos, demonstra-se a posição do magistrado quanto à confiabilidade dos exames de DNA, admitindo a possibilidade de considerá-la como prova confiável, mas não infalível. Isso se deve à existência de complicações genéticas, (“quimerismo”: indivíduo com duas cargas genéticas) capazes de “mascarar” o seu resultado. A importância do instituto da prova judicial é reafirmada no texto, propondo um debate sobre os eventuais conflitos nos processos de investigação de paternidade e investigação criminal. Evidencia-se a inquietude quanto à ausência de regulamentação no Brasil sobre a metodologia utilizada nos exames de DNA. Neste sentido, preconiza-se pesquisar o quimerismo de forma lato sensu, sua influência nos resultados dos exames de DNA e o seu impacto nas ações de família quanto ao direito do estado de filiação e origem genética.

Rodrigo Rodrigues Correia propõe uma análise a partir da ausência de uma disciplina legal especialmente destinada à adequação do registro civil de pessoas transgênero, o Provimento nº 73 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça cuida do processamento extrajudicial pelos Oficiais de Registro, independente de decisão judicial, buscando compreender quais os parâmetros utilizados para possibilitar o processamento extrajudicial da adequação do registro, independente de decisão judicial e de apresentação de documentos médicos que atestam a condição de transgênero ou a ocorrência de terapias e da cirurgia para redesignação sexual.

Alexandre Barbosa da Silva e Denner Pereira Da Silva investigam, sob a ótica da condição humana, a implementação do programa de compliance pode ampliar a margem de escolha das pessoas com deficiência, com segurança e autonomia, em complemento à atual forma de regulação estatal. Dentre os seus objetivos está a possibilidade de concretizar direitos fundamentais da pessoa com deficiência por meio das ferramentas de compliance, garantindo-

se o seu ingresso e permanência nas instituições, na perspectiva de confirmação do exercício de sua capacidade civil.

Para Daniela Silva Fontoura de Barcellos , Alice Aparecida Dias Akegawa e José Caldeira Gemaque Neto, a pandemia trouxe juros altos, desemprego, inflação, enfim vários males tanto na saúde humana, sociedade como na gestão da administração pública e privada fatores que motivam a crise do Estado, logo o Poder Judiciário foi acionado para intervir nas relações interpessoais conflituosas para pacificar e resolver o caso concreto. Em resposta a esta indagação, foi possível estabelecer que a teoria da imprevisão e a resolução do contrato por onerosidade excessiva é a solução do caso concreto encontrado pelo TJMG nos tempos de pandemia na resolução da lide.

Ana Paula Cardoso e Silva e Renata Apolinário de Castro Lima, a partir do método hipotético-dedutivo, abordam a possibilidade ou não do casamento da pessoa com deficiência mental e intelectual após as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146 de 06.07.2015, o qual buscou promover a inclusão das pessoas com deficiência ao contexto social em que vivem como forma de garantir-lhes a dignidade da pessoa humana atribuindo-lhes autonomia existencial, alterando substancialmente a teoria das incapacidades antes instituída no ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar de forma igualitária as pessoas que antes da sua vigência eram consideradas incapazes, tornando-as capazes. Analisa-se ainda as complexidades decorrentes do reconhecimento legal do direito ao casamento das pessoas com deficiência mental e intelectual abordando as condições necessárias para que estas pessoas exerçam este direito e, diante da possibilidade deste casamento, se poderiam decidir acerca do regime de bens a ser adotado e se teriam a plena liberdade para conduzirem a sociedade conjugal.

Marcio Bessa Nunes, Danúbia Patrícia De Paiva e Sérgio Henriques Zandona Freitas, traçam um panorama das mudanças jurídicas verificadas no século XX, durante a vigência do Código Civil de 1916, desde o ambiente em que foi criado, passando pelas alterações sofridas até o final de sua vigência, com o Código Civil de 2002. Examinam os conceitos de patriarcado e feminismo, e como a discussão desses fenômenos propiciou uma mudança de visão em relação ao papel da mulher e, em seguida, a toda pessoa humana, independentemente do gênero. Abordam a constitucionalização do Direito Civil, analisando os conceitos de dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direitos da personalidade. O tema-problema do presente artigo está no exame dos avanços constitucionais já efetivados no Direito Civil brasileiro do ponto de vista da autonomia e dos Direitos da Personalidade. Evidenciam, por fim, as perspectivas de desenvolvimento do Direito Civil, a partir do novo conceito de capacidade, visando estabelecer o modelo

democrático para a compreensão da autonomia, especialmente a existencial, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Joel Ricardo Ribeiro de Chaves defende que, tanto pela via de aplicação do parágrafo 3º do artigo 23 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais aos serviços notariais e registrais, quanto pela via de resolução de antinomia aparente entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a Lei de Registros Públicos, o resultado final que se pode identificar é o da aplicação das normas especiais de registros públicos à retificação de erros no Registro Civil de Pessoas Naturais e, apenas subsidiária e complementarmente, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no que esta não conflitar com àquela.

Marcio Bessa Nunes , Antônio Carlos Diniz Murta e Sérgio Henriques Zandona Freitas consideram que, com a mudança do Código Civil de 2002 (CC/2002), operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), por meio da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, a capacidade passou a ser regra geral no ordenamento legal brasileiro. Porém, não há, no Direito, um conceito claro do que seja deficiência, sobretudo a mental, que apresenta nuances inviáveis de serem captadas pela mera dogmática jurídica. Assim, deve o Direito colher, de outras ciências e saberes, meios que auxiliem o operador jurídico a definir, no caso concreto, a deficiência, tarefa que pode receber substancioso auxílio da Sociologia e seu conceito social da deficiência. Por meio do estudo do novo conceito de (in)capacidade no direito brasileiro, o conceito de deficiência passa a ser visto como um resultado de um relacionamento complexo entre as condições do indivíduo e das outras pessoas, desde a família até a comunidade, sendo dada ênfase, assim, a todo o contexto no qual a pessoa está inserida.

Marta Rodrigues Maffeis e Cíntia Rosa Pereira de Lima constatam que a liberdade de expressão é um direito fundamental que se desdobra na liberdade de manifestação do pensamento e na liberdade de opinião e de comunicação, inserindo-se aí, a liberdade de imprensa e o direito de informar. Não raramente, vem a lume situações de colisão entre a liberdade de imprensa e a ofensa a direitos da personalidade de terceiros, como, honra, intimidade e vida privada. Portanto, censurar previamente qualquer manifestação do pensamento não estaria em acordo com a vontade do constituinte. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal se posicionou na ADPF nº. 130/DF que declarou inconstitucional a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Segundo o STF, a liberdade de expressão deve ser elevada à categoria de sobredireito, pois segundo o Ministro Ayres Britto, ainda que não haja hierarquia entre os direitos fundamentais, para que sejam exercidas as liberdades de expressão e pensamento, há necessidade de colocá-las acima de outros direitos fundamentais expressos na Carta Magna. Em advindo alguma lesão a direito de outrem, há que se

responsabilizar o agente causador do dano, mas não impedir a prévia manifestação do pensamento.

Gabriela Neckel Netto, Jean Moser e Denise S. S. Garcia revelam que as criptomoedas se tornaram nos últimos tempos um avanço no universo dos investimentos, motivo pelo qual, o criptoativo vem se tornando alvo de penhora pelos credores que pretendem obter a satisfação do seu crédito, investigando a possibilidade ou não da penhora das criptomoedas, constatando-se a volatilidade das moedas digitais contribuem para a dificuldade da penhora desse bem apesar de que já se tem o entendimento de tratar-se de um ativo financeiro que constitui o patrimônio do devedor. Necessitando assim, de uma legislação especifica que venha esclarecer o procedimento de penhora desse bem em específico.

Joana Vivacqua Leal Teixeira de Siqueira Coser pesquisa se, mesmo diante de cláusula contratual expressa, caberia ao juiz a análise acerca da utilidade da prestação e, se possível, quais seriam os limites da intervenção judicial. Para tanto, faz-se uma análise da legislação e doutrina acerca da temática proposta. Inicialmente, aborda os atuais contornos da obrigação. Em seguida, estuda as definições e os critérios distintivos entre inadimplemento absoluto e mora. Posteriormente, analisa a possibilidade de atuação judicial diante de cláusula resolutiva expressa ou específica das hipóteses de perda do interesse útil do credor, fazendo uma abordagem acerca dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como dos limites e parâmetros para a atuação judicial.

Com grande satisfação os coordenadores apresentam a presente obra, agradecendo aos autores /pesquisadores envolvidos em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Balneário Camboriú /Santa Catarina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica civilista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Civil Contemporâneo no contexto pós-pandêmico de utilização dos mecanismos de Direito Privado como força motriz da inclusão cidadã.

Profa. Dra. Helena Nastassya Paschoal Pitsica- UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

A RESPONSABILIDADE CIVIL PRESENTE NO DESCUMPRIMENTO DAS VÁRIAS FASES DO CONTRATO

THE CIVIL LIABILITY PRESENT IN THE BREACH OF THE VARIOUS PHASES OF THE CONTRACT

Sthéfany Beatriz Ferreira Bellan [1]
Roberto Wagner Marquesi

Resumo

Este artigo aborda as nuances da responsabilidade civil presente nas fases do contrato, mais especificamente nas fases contratual e pré-contratual. A análise se mostra pertinente em razão das problemáticas que surgem, cotidianamente, na prática jurídica quanto aos limites da responsabilidade negocial em comparação com a amplitude ressarcitória da reponsabilidade civil geral, bem como em razão da positivação dos deveres anexos à boa fé objetiva na fase pré-contratual. Isso se deve à base axiológica de interpretação dos contratos e das relações humanas positivada pela Constituição Federal de 1988, a qual gera a dogmática de que as condutas individuais devem ser baseadas na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, diferente da interpretação individual que se dava no Código Civil oitocentista. É à luz dessa nova interpretação que se desenvolve este estudo, que tem modalidade teórica e utiliza-se de análise bibliográfica realizada pelo método indutivo-interpretativo. A expectativa é que a pesquisa contribua com a reflexão sobre os limites da responsabilidade negocial.

Palavras-chave: Responsabilidade civil, Responsabilidade negocial, Contratos, Boa-fé objetiva, Deveres anexos

Abstract/Resumen/Résumé

This article addresses the nuances of civil liability present in the contract phases, more specifically in the contractual and pre-contractual phases. The analysis is relevant due to the problems that arise, daily, in legal practice regarding the limits of business liability in comparison with the extent of indemnification of general civil liability, as well as due to the positivization of duties attached to objective good faith in the pre- -contractual. This is due to the axiological basis of the interpretation of contracts and human relations established by the Federal Constitution of 1988, which generates the dogmatics that individual conduct must be based on the dignity of the human person and social solidarity, different from the individual interpretation that is in the 19th century Civil Code. It is in the light of this new interpretation that this study is developed, which has a theoretical modality and uses bibliographic analysis conducted by the inductive-interpretative method. The expectation is that the research will contribute to the reflection on the limits of business responsibility.

---

[1] Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Agrário e do Agronegócio pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogada

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil responsibility, Business responsibility, Contracts, Objective good faith, Attached duties

INTRODUÇÃO

Este artigo trata das nuances da responsabilidade civil presente nas fases do contrato, mais especificamente nas fases contratual e pré-contratual. A análise se mostra pertinente em razão das problemáticas que surgem, cotidianamente, na prática jurídica quanto aos limites da responsabilidade negocial, em comparação com a amplitude ressarcitória da responsabilidade civil geral e, também, em razão da positivação dos deveres anexos à boa fé objetiva na fase pré-contratual.

Ressalte-se que a base histórica e fática da problemática aqui envolvida se aplica, inclusive, na análise da evolução interpretativa dos contratos, que já não são avaliados exclusivamente sob a ótica da concepção liberal, cuja base axiológica está na autonomia privada. Houve, ao longo da evolução do estudo e das práticas dos contratos a necessidade de a sociedade buscar base axiológica já existente, mas esquecida durante algum tempo: a solidariedade, presente no mundo antigo (CONSTANT, 1985).

Essa base axiológica, que passou a ser aplicada na interpretação dos contratos e das relações humanas, foi positivada na Constituição Federal de 1988, que se alicerça essencialmente na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social, refletindo-se tais princípios no Código Civil (CC) de 2002 e nas suas normas correlatas. Isto é, enquanto a teoria dos contratos evolui com a aplicação da sua função social e o princípio da boa-fé objetiva e os seus deveres anexos, a responsabilidade civil evolui na busca da efetiva reparação do dano injusto, com raiz na dignidade da pessoa humana, contudo, com o entrave da devida quantificação dos danos ressarcíveis, para não haver enriquecimento sem causa.

Nesse viés, em caso de inadimplemento contratual, ou seja, de descumprimento de uma obrigação previamente contratada, surge, para o inadimplente, o dever de promover o ressarcimento, o que, em muitos casos, gera problemas judiciais devido à interpretação sobre a natureza jurídica e sobre os limites das cláusulas ressarcitórias previstas no contrato. Além disso, essa base dogmática que alicerça a nova interpretação dos negócios jurídicos reconhece a existência dos deveres da fase pré-contratual, que geram implicações às partes.

Neste artigo, para tratar do assunto proposto, parte-se da análise direta da responsabilidade civil negocial e de suas peculiaridades. Em um segundo momento, examina-se as consequências do inadimplemento das cláusulas ressarcitórias previstas em contrato e, por fim, os aspectos principais da obrigação pré-contratual. Na discussão da problemática, são observados os ensinamentos dos civilistas e a legislação relacionada ao tema. O estudo tem

modalidade teórica e utiliza-se de fontes bibliográficas, e a análise foi realizada pelo método indutivo-interpretativo. Espera-se contribuir para enriquecer as discussões sobre o tema.

1. RESPONSABILIDADE NEGOCIAL

As definições de responsabilidade negocial têm em comum o fato de esta ser considerada espécie do gênero responsabilidade civil (*neminem laedere*)[1], mas também é estudada com as consequências do inadimplemento das obrigações.

Conforme Paulo Lobo (2019, p. 335), "cuidaria a responsabilidade civil extranegocial das consequências civis dos fatos ilícitos absolutos, dos atos-fatos ilícitos, dos atos ilícitos e de determinados fatos lícitos, enquanto à responsabilidade negocial tocaria as consequências pelo inadimplemento". A separação entre a responsabilidade civil – a responsabilidade civil *stricto sensu* (delitual ou aquiliana) – e a responsabilidade contratual (negocial ou obrigacional) é uma *summa divisio* decorrente do critério da origem do dever descumprido (o contrato) (ROSENVALD, 2021). Isto é, a responsabilidade contratual é estabelecida por uma relação preexistente entre as partes, enquanto a responsabilidade extracontratual é estabelecida por fatos novos. Aquela é o segundo momento da relação obrigacional, vista como uma totalidade e um processo (SILVA, 2006).

Karina Nunes Fritz (2019, p. 4) afirma que há, no Brasil, uma teoria monista da responsabilidade civil, consolidada a partir do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a qual permeia a questão do prazo prescricional a ser aplicado (tema ainda não pacificado na doutrina), "pois a aplicação *contra legem* de um prazo prescricional único é apenas o primeiro passo para a substituição do regime legal binário de responsabilidade civil por um regime judicial unitário, sujeito às mais imprevisíveis e repentinas flutuações".

No entanto, Paulo Lobo (2019, p.336) assinala que a dualidade da responsabilidade civil é ineficaz para a reparação integral da vítima, já que "toda responsabilidade civil é exclusivamente extranegocial, ainda que o evento causador da obrigação de reparar tenha origem primária no contrato, porque os danos constituem um cumprimento da obrigação, por equivalência".

[1] Conforme Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 239), "a canônica finalidade de moralização da responsabilidade civil parece ter sido substituída com vantagens pela concepção que vislumbra no instituto a presença, e a conseqüente realização, de um dever geral de solidariedade, também hoje previsto constitucionalmente (CF, art. 3º, I), que se encontra na base do aforismo multissecular do *neminem laedere,* isto é, da obrigação de comportar-se de modo a não lesar os interesses de outrem. Trata-se aqui de tomar consciência de importante atualização de fundamento, fruto daquela historicidade, imprescindível à ciência jurídica, que se permite atribuir novo conteúdo a conceitos radicados".

Alicerçando-se nesse manto teórico, infere-se que, diante da insegurança jurídica que ainda resta sobre a análise da responsabilidade civil negocial e seus efeitos, na elaboração de contratos deve-se, em sua redação, assinalar que com o inadimplemento o devedor terá de pagar o valor compensatório nele estipulado, mais perdas e danos, deixando expresso o parágrafo único do art. 416 do CC, que dispõe: "Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente".

Na elaboração do contrato as partes exercem sua autonomia tanto para estipular a obrigação principal como para estipular a remuneração e a compensação pela mora e o inadimplemento total. Conforme se verifica a seguir, é comum que sejam estipulados antecipadamente juros, cláusula penal e arras.

Ainda, a despeito da máxima "contratos devem ser cumpridos", a realidade mostra que, por vezes, ocorre o inadimplemento da obrigação contratada, gerando as consequências previstas ou não nos contratos. Sobre o inadimplemento contratual, Nelson Rosenvald (2001, p. 3) explica:

> O inadimplemento corresponde ao descumprimento de um dever jurídico qualificado pela preexistência de relação obrigacional. Requer, portanto, um preceito individual unindo credor e devedor, vinculados a uma prestação de dar, fazer ou não fazer. Na lógica da obrigação como processo, o inadimplemento corresponderá a uma indesejada etapa final na qual será alterado o conteúdo do vínculo. Substitui-se a prestação originária por uma obrigação sucessiva de indenizar. A responsabilidade negocial é examinada especialmente nos artigos 389 a 420 do Código Civil (Título IV, do Livro I, da Parte Especial).

Por fim, em se tratando dos elementos configuradores da responsabilidade civil contratual, que tem natureza subjetiva, é preciso ressaltar que "o dano será o elemento comum às duas responsabilidades havendo a necessidade de configuração do dano para obrigação indenizatória além das contratuais" (ROSENVALD, 2021, p. 3).

Na responsabilidade negocial a culpa é analisada de acordo com previsão das partes e, em caso de omissão no contrato, a responsabilidade subjetiva está caracterizada, devendo-se assinalar os critérios de imprudência, negligência e imperícia. O nexo causal, por sua vez, é essencialmente o inadimplemento, o que, por si só, leva o inadimplente às consequências de sua conduta, isto é, à obrigação de restituição dos danos ressarcíveis previamente prevista ou não no contrato, a depender da ressalva introduzida do art. 416 do CC.

2. RESPONSABILIDADE DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO DOS CONTRATOS

Como visto, há consequências para o descumprimento dos deveres vinculados à fase negocial, o qual é respondido pela responsabilidade civil *aquiliana*, e, neste tópico, serão discutidos os deveres assumidos em contrato pelas partes, a chamada responsabilidade contratual.

Esta surge das obrigações advindas de um negócio jurídico, sua principal fonte de obrigação (NORONHA, 2013), pois é por meio dele que se promove a produção e a circulação de bens e serviços: "o contrato [é] a veste jurídica formal das operações econômicas" (ROPPO, 2009, p. 11). Mas, como já apontado, nem sempre o fim do contrato ocorre com a quitação da obrigação, seja ela de natureza real, seja de natureza pessoal, e então se caracteriza o inadimplemento, que é o não cumprimento da obrigação nos devidos tempo, lugar e forma (LOBO, 2019).

Assim que caracterizado, o inadimplemento se distingue em inadimplemento absoluto ou relativo, e este último denomina-se mora. O absoluto ocorre quando a obrigação assumida não pode mais ser satisfeita na forma contratada, quer pela incapacidade de cumprimento pelo devedor em razão de fato a este imputável, quer porque já não é mais útil ao credor. Quando tal fato ocorre há a resolução por inadimplemento, com a consequente necessidade de reparação, salvo as excludentes, conforme disciplinado pelo art. 389 do CC.

A mora ocorre quando o objeto do contrato ainda pode ser recebido, a despeito de alterações no valor ou na forma de prestação da obrigação decorrente. O inadimplemento produz diferentes efeitos, caso seja absoluto ou relativo.

Os efeitos da mora são diversos, conforme se trate de mora do devedor ou do credor. De acordo com o CC, os efeitos da mora do devedor são os seguintes: (i) responsabilidade pelas perdas e danos dela decorrentes, juros moratórios, atualização monetária e honorários advocatícios (art. 395); (ii) perpetuação da obrigação, com a responsabilização do devedor pelos riscos da coisa, incluindo caso fortuito ou de força maior (art. 399) (TEPEDINO; SCHREIBER, 2021).

Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (2021, p. 521) fazem uma síntese das consequências da mora do devedor:

> De fato, ao retardar o cumprimento da sua prestação, deixando de efetuá-la no momento devido, transfere o devedor para si os riscos decorrentes de caso fortuito ou força maior, que correriam, em caso de adimplemento, por conta do credor. Isso porque seria injusto lançar sobre o credor o ônus de um evento que, não obstante inevitável, poderia não ter dado causa à impossibilidade da prestação, se não tivesse. havido atraso no cumprimento da obrigação, tudo conforme exposto no item dedicado ao estudo da *perpetuatio obligationis.*

A rigor, vale relembrar que também há obrigações do credor elencadas no CC, como (i) a transferência a ele de responsabilidade do devedor pela conservação da coisa (*res perit domino*), salvo no caso de dolo deste último (art. 400); (ii) dever de ressarcir as despesas empregadas em conservá-la (art. 400); (iii) dever recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor (art. 400), e disso são exemplos as taxas e variações cambiais. E ambos, devedor e credor, podem promover diligências para fins de purgar a mora, conforme disciplina o art. 401.

O CC disciplina cinco consequências advindas do inadimplemento: mora (art. 394); perdas e danos (art. 402); juros legais (art. 406); cláusula penal; arras e sinal (art. 408). Tratando-se de inadimplemento de obrigações contratuais essas consequências não são automáticas e ocorrem conforme previsão em contrato, salvo quando não estão expressas (parágrafo único do art. 416).

As perdas e danos estão disciplinadas diretamente no art. 389 do CC: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado"; e, segundo os arts. 402 e 403, ocorre tanto em caso de inadimplemento absoluto como em caso de mora.

Evidentemente, há um dilema a ser analisado em estudos específicos, sobretudo porque, por um lado, a responsabilidade civil visa a reparação da vítima, independente de negócio jurídico com o ofensor, razão pela qual as perdas e danos são necessariamente reparáveis, tendo em vista que o que se valoriza nas relações é a tutela da vítima (MORAES, 2009); por outro, na responsabilidade negocial a manifestação da vontade pode ser um norte na quantificação do dano, o que não sucede na responsabilidade delitual já que "A previsibilidade dos prejuízos é uma das últimas homenagens ao papel da vontade" (SILVA, 2015, p. 336). Isto é, tratando-se de responsabilidade contratual a discussão recai sobre os danos efetivamente assumidos pelas partes contratantes, a despeito de a responsabilidade civil extracontratual ser gênero e englobar todos os danos gerados à vítima pelo ilícito cometido pelo agente

ofensor(patrimoniais e extrapatrimoniais[2]), a responsabilidade contratual como espécie busca previsibilidade para os agentes contratantes acerca dos riscos assumidos em razão do contrato.

No entanto, à luz do princípio da autonomia da vontade, as partes negociantes utilizam de meios para satisfazer da melhor forma seu negócio, e alguns conflitos jurídicos podem ser gerados. Como exemplo, pode-se citar o conflito envolvido na utilização da cláusula *washout,* comumente utilizada nos contratos de compra e venda de safra futura. A legislação civil disciplina esse tipo de contrato, que pode ser caracterizado como contrato comutativo ou aleatório[3], a depender da negociação entre as partes, nos termos dos arts. 483 e 458 a 461 do CC.

Aqui não serão analisadas as perspectivas dos agentes econômicos quanto à definição dessa cláusula, somente a sua definição normativa e, "Do ponto de vista normativo, é uma cláusula contratual que obriga o produtor rural a pagar um valor monetário ao adquirente obtido pela diferença entre o valor negociado e aquele cotado no mercado de commodities no momento da entrega, caso não entregue a safra" (CASTRO; GUIMARÃES; LACERDA, 2022, p. 287).

No entanto, no direito brasileiro há confusão quanto à natureza jurídica da cláusula *washout*, o que, a rigor, pode resultar em valores distintos a serem ressarcidos, além da questão tributária envolvida. Isto porque, por um lado, há quem adote que sua natureza é de lucros cessantes[4], como reconhecido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), inserindo-a na base de cálculo da Cofins sob o argumento de que ela atua como indenização pela perda do ganho esperado ou da frustração de expectativa de lucro futuro, tendo como causa direta e imediata, nesse caso, o descumprimento do contrato pelo produtor rural (INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS, 2021). Por outro, há quem a reconheça como cláusula penal compensatória pelos prejuízos causados com o descumprimento contratual:

> Ao se confrontar os dois institutos, constata-se que a cláusula *washout* é uma cláusula penal e não uma indenização por lucros cessantes. Isso porque, os lucros cessantes se referem a uma indenização que substituirá um acréscimo

[2] O conceito de dano ressarcível engloba as subdivisões de danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Os patrimoniais abrangem as categorias de danos emergentes e lucros cessantes (AMARAL; PONA, 2014).

[3] "Diferencia-se o contrato aleatório do contrato comutativo sob condição suspensiva, no qual uma das prestações somente será efetuada na ocorrência de evento futuro e incerto. Ao contrário dos contratos aleatórios, em que o contrato é plenamente eficaz ainda que uma das prestações não se realize (afinal, tal é a álea assumida pelas partes), no contrato sob condição suspensiva tem-se plena certeza quanto ao sacrifício econômico da ambas as partes, embora a eficácia do ajuste se torne condicionada ao evento futuro" (TEPEDINO; KONDER; BANDEIRA, 2020, p. 117).

[4] Os lucros cessantes (dano negativo) constituem uma "modalidade de danos [que] tangencia o campo do nexo causal, na medida em que a estima dos lucros cessantes é basicamente um exame de um processo causal hipotético, com base naquilo que ordinariamente aconteceria se suprimíssemos o evento lesivo" (FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, p. 265).

> patrimonial que não será incorporado no futuro, porque a prestação principal não foi cumprida. Esta perda do ganho esperado deve ser reflexo do inadimplemento, e não a mora da prestação do produtor rural em si mesma considerada, qual seja, a não entrega da safra. Quando o produtor rural se recusa a cumprir sua prestação (entregar a soja), com inadimplemento doloso, há perda patrimonial do comprador que não recebeu a própria prestação devida, embora tenha cumprida a sua, não havendo, de imediato, preocupação sobre uma outra situação patrimonial futura, apenas reflexa ou indireta, abarcada pelo lucro cessante. Contudo, isso não obsta que o adquirente da safra busque a satisfação da obrigação, com tutela específica, e, ao mesmo tempo, perdas e danos, dentre os quais se incluem os lucros cessantes, conforme autorizado o art. 389, do Código Civil (CASTRO; GUIMARÃES; LACERDA, 2022, p. 289).

Considerando-se os inúmeros efeitos negativos do entendimento equivocado acerca da natureza jurídica de uma cláusula contratual, especificamente da *washout*, no que tange à cumulação ou não dos institutos cláusula penal (pela mora ou inadimplemento absoluto) e lucros cessantes, bem como a outras questões como termo inicial dos juros e correção monetária dos valores, verifica-se que há um grande problema a ser resolvido em estudos específicos.

A despeito da possibilidade de esse problema ser resolvido fundamentando-se na autonomia contratual, com a devida estipulação das partes no contrato acerca de qual natureza terá a *washout,* como autoriza, o art. 409 do CC, não se pode dar de ombros para a questão da efetiva reparação de danos, mesmo em descumprimento contratual em que se pressupõe que as partes estão equiparadas, pois tal situação enseja verdadeiro dano injusto, isto é, aquele que não será reparado (MORAES, 2009).

3. OBRIGAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

Anteriormente à elaboração de um contrato e sua efetiva aceitação há a fase pré-negocial, que deve ser fonte de interpretação de todo o negócio. Paula Forgioni (2016, p. 45) aponta que essa fase se refere ao período de aproximação das partes e de barganha de suas posições, e, como "regra geral, caracteriza-se por elevado grau de otimismo das partes. Se ambas pretendem a realização do negócio jurídico, pode-se presumir que o enxergam como vantajoso, ou seja, que no futuro estarão melhor com o contrato do que sem ele".

Há muito tempo os tribunais brasileiros vêm reconhecendo a necessidade de indenização de gastos realizados durante a fase preparatória dos contratos, e "essa responsabilidade, conhecida como responsabilidade pré-contratual, foi batizada na Alemanha

pela terminologia latina *culpa in contrahendo* e difundida para o mundo desde o famoso ensaio de JHERING, de 1861, considerado historicamente o criador do instituto" (FRITZ, 2012, p. 2).

Ihering defendeu a "ressarcibilidade de danos oriundos da celebração de contrato nulo em decorrência da violação de um dever de cuidado, presente na fase de formação do negócio, o qual impõe às partes o dever de remover todos os óbices, materiais e jurídicos, à validade do negócio" (FRITZ, 2012, p. 2). No entanto, "a *culpa in contrahendo* pela celebração de contrato nulo é considerada atualmente apenas uma das hipóteses da ampla figura da responsabilidade pré-contratual, assim como o rompimento injustificado das tratativas" (FRITZ, 2012, p. 2).

As fases de um contrato são fases de sucessivas obrigações, como um processo, sendo elas: (1) fase pré-contratual; (2) contratual; (3) pós-contratual. Todas têm as suas consequências obrigatórias, e a primeira (pré-contratual) se inicia com as negociações preliminares. As tratativas também se dividem em três momentos: (1) negociações; (2) proposta; (3) aceitação (MARTINS-COSTA, 2009).

A responsabilidade pré-contratual surge quando na fase de preparação do negócio jurídico uma das partes causa danos à outra, por descumprir os deveres anexos à boa-fé e às suas figuras parcelares. Assim, é entendida "como aquela decorrente da violação dos deveres da boa-fé objetiva durante o amplo período de preparação do negócio jurídico" (FRITZ, 2012, p. 2).

Isso significa que ela não decorre pela "violação de um contrato preliminar, ou pré-contrato" – este, "consagrado no art. 462 do CC/2002, cujo objeto consiste no dever de celebrar um contrato principal" (FRITZ, 2012, p. 2). Como esclarece Karina Nunes Fritz (2012, p. 3), "A responsabilidade pré-contratual decorre da violação de dever oriundo da boa-fé objetiva (e não do negócio jurídico!) durante a fase negocial, entendida como o período de preparação do negócio".

Nelson Rosenvald (2021) entende que a responsabilidade pré-negocial tem as características de preservar os ditames da boa-fé objetiva e não se afeiçoa categoricamente à dicotomia responsabilidade civil/responsabilidade contratual, preferindo inserir a sua sistemática em uma terceira via: a responsabilidade pela confiança – porque considera que o processo de formação de um contrato envolve um mínimo de confiança recíproca.

Por um lado, os princípios que norteiam a negociação pré-contratual estão na liberdade contratual, desdobramento da autonomia privada enraizado pelo CC oitocentista e seus marcos históricos, e, por outro, na boa-fé objetiva, regra ética de conduta positivada pelo CC de 2002 (FRITZ, 2012), desenvolvida através da matriz principiológica da solidariedade, da eticidade e da operacionalidade, matriz que deve ser balizadora da interpretação das relações privadas

modernas, à luz dos fundamentos dessa norma. É importante apontar as consequências de se demarcar os negócios jurídicos por esses princípios:

> Isso significa dizer que os pilares do direito privado do século XXI devem ser a autonomia privada e a proteção do hipossuficiente e de terceiros, o que traz consequências importantíssimas para o direito obrigacional na medida em que reafirma a necessidade de tutelar e assegurar a autonomia material (e não apenas formal) das partes e traz para o campo de proteção também terceiros estranhos à relação, tradicionalmente não afetados por sua eficácia em razão do princípio da relatividade dos contratos (FRITZ, 2012, p. 4).

Também é preciso destacar que a dificuldade de determinar, no caso concreto, a existência da responsabilidade pré-contratual está na conciliação destes dois princípios, presentes no CC: a liberdade de contratar (art. 421) e a boa-fé na condução das negociações (art. 422). Isto porque no momento das negociações é tênue a linha que separa os deveres laterais à boa-fé e os deveres contratuais.

Para a caracterização de tal responsabilidade, em que se desenha um caso especial de responsabilidade civil, a culpa que se apura é aquiliana e não contratual, porque assenta no princípio geral que impõe a qualquer pessoa abster-se de prejudicar outrem, e não em infração de alguma cláusula do contrato, já que ainda não existe contrato (PEREIRA, 2018).

Além disso, é preciso apontar a existência efetiva da obrigatoriedade em não violar os deveres de conduta na fase pré-negocial, em descompasso com a obrigação efetiva prevista na oferta, conforme disposto no art. 427 do CC, a depender também das circunstâncias do caso concreto, visto que, a despeito de as negociações serem destituídas de obrigação de contratar, "nela incide o princípio da boa-fé objetiva criando uma gama de deveres específicos de conduta a fim de conferir eticidade à relação e evitar lesões a bens, direitos e interesses dos envolvidos" (FRITZ, 2012, p. 5).

O art. 113 do CC positivou esse entendimento ao informar que "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração". Assim, entende-se a necessidade do exercício hermenêutico para a interpretação dos negócios jurídicos sob a égide da lei brasileira; em linhas gerais, o que se espera das partes em uma relação negocial é integridade e coerência, o que é expresso na figura parcelar da boa-fé objetiva-*venire contra factum proprium* (PENTEADO, 2007).

O CC apresenta três artigos onde se destacam as funções gerais do princípio da boa-fé objetiva, a despeito de ser tratado de forma específica em outros. São elas: função interpretativa (art. 113), função de integração do negócio jurídico (art. 422) e função de controle dos limites

do exercício do direito (art. 187). O cumprimento dessas funções não ocorre simplesmente com o esclarecimento do sentido da vontade das partes ou o suprimento de lacunas do clausulado contratual, sobretudo mediante a restrição ao exercício de direitos subjetivos (pretensamente contemplados pelo acordo) e pela criação de deveres não previstos pelas partes (os deveres anexos) (SILVESTRE, 2020).

É importante destacar, mesmo que sinteticamente, sobre a boa-fé objetiva, que, guiado pelo § 242 do código civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*), esse instituto adotou o aspecto de cláusula geral no ordenamento jurídico brasileiro. Mas, a despeito de o art. 422 do CC não abarcar as etapas pré-contratuais, seja no âmbito doutrinário, seja no jurisprudencial, ele estende-se a essas fases, posicionamento consagrado nos enunciados 25, aprovado na I Jornada de Direito Civil, e 170, aprovado na III Jornada de Direito Civil.

Conforme Judith Martins-Costa (2018), a aplicação e a operacionalidade da cláusula geral da boa-fé estendem as suas obrigações em deveres laterais que são, igualmente, fonte de obrigação de condutas, mesmo sendo distintos dos deveres principais.

Entre os deveres laterais estão o dever de *proteção*, o de *informação* e o de *lealdade*. O de proteção consiste na diligência para que os pré-contratantes zelem mutuamente pela tutela da integridade psicofísica e pela proteção do patrimônio do *alter* (ROSENVALD, 2021). No Brasil, essa norma foi inserida expressamente no art. 6º, inc. I, do CDC, dando proteção aos consumidores contra os riscos decorrentes do produto ou serviço.

Todavia, nos contratos não inseridos na relação de consumo os contraentes também têm esse dever:

> Fora da área de consumo, LARENZ observa que os negociantes têm o dever de se comportar de forma a não violar o corpo, a saúde, a vida, o patrimônio e outros bens jurídicos, que, em virtude das negociações, são colocados na área de domínio do outro, uma vez que o contato gerado pelas conversações aumenta a possibilidade de uma parte atuar na esfera jurídica da outra. Exemplo clássico é o caso do *test drive*. A incidência do dever de proteção na fase pré-negocial sofre relativa mitigação nos sistemas jurídicos dotados de cláusula geral de responsabilidade civil, já que o *neminem laedere* já impõe o dever de não lesar (FRITZ, 2012, p. 12, grifos do original).

O dever de informação consiste em fornecer à outra parte todas as informações e variáveis à negociação, quando disponíveis, dando às partes as condições de melhor negociar. Ele é "atuante na fase das tratativas, garante o exercício da liberdade contratual em condições aperfeiçoadas de autonomia, na medida em que o negócio será ou não concluído com base em uma melhor e mais completa apreensão da realidade" (NEGREIROS, 2006, p. 112). O dever

de informação consiste, também, na transparência e na explicação das variáveis das circunstâncias contratuais:

> O conteúdo desse dever não engloba apenas o ato de *informar*, envolvendo ainda o *explicar*, como salienta LARENZ, o esclarecer a contraparte sobre o contrato e suas circunstâncias para que ambas saibam exatamente quais direitos e obrigações estão efetivamente assumindo. Envolve ainda o *dever de clareza*, que, como explica MASSIMO BIANCA, veda a utilização de linguagem suscetível de não ser compreendida pela contraparte (FRITZ, 2012, p. 14, grifos do original).

Não é para menos que a Lei 13.874 (Lei da Liberdade Econômica), de 2019, incluiu o inc. IV no § 1.º do art. 113 do CC, dispondo: "§ 1.º - A interpretação do negócio jurídico deve-lhe atribuir o sentido que: [...] IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável"[5].

No entanto, de acordo com Paula Forgioni (2016), o dever de informação não pode violar a autonomia privada e o poder de negociação entre as partes, ou até mesmo a competição, porque são circunstâncias necessárias à vitalidade dos negócios. Esse entendimento se coaduna com a linha de defesa de Massimo Bianca, ao discutir o contrato, e com a de Francesco Benatti, quando este discorre sobre a responsabilidade pré-contratual, como explica Karina Nunes Fritz (2012).

A obrigação de lealdade, a despeito de se assemelhar a termo indefinido e impossível de ser identificado na realidade prática, é evidentemente vinculado ao *standard* exigido pela boa-fé e sua figura parcelar de *venire contra factum proprium* de não lesar a outra parte e ter probidade, coerência e retidão nas ações em uma negociação. A lealdade enseja uma parte a agir de forma coerente com o auxílio da outra na concretização do negócio – por exemplo, não omitir as verdadeiras circunstâncias que envolvem o objeto negociado ou informações acerca da titularidade do objeto contratado, pois quem negocia tem o direito de negociar direto com o proprietário e não com o seu representante, devendo, pelo menos, ter conhecimento acerca da representação. Outro aspecto do dever de lealdade é o "de não iniciar ou prosseguir em negociações sem qualquer intenção de concluir o contrato, bem como em não abandoná-las injustificadamente depois de ter despertado na outra [parte] a confiança legítima de que o acordo seria celebrado" (FRITZ, 2012, p. 17).

Também pertinente ao dever de lealdade é a questão de que a parte tem o dever de informar a contraparte que a negociação está ou não sendo realizada com terceiros. Na realidade

[5] A respeito da alteração do art. 113 do CC, ver Paula Forgioni (2020).

prática isso acontece bastante nas situações de compra e venda de carros, posto que é comum exigir do vendedor o compromisso de aguardar a resposta do suposto comprador que manifestou interesse no carro, exigindo-se, deste, um sinal, e, daquele, que não promova negociações com terceiros.

Feitas as análises acerca da natureza jurídica, dos princípios e dos deveres anexos à responsabilidade pré-contratual, é preciso discutir as peculiaridades das tratativas e trazer alguns exemplos de casos concretos onde foi reconhecida a responsabilidade civil pela ruptura, injustificada ou não, das negociações.

Como discutido, antes da celebração efetiva do contrato há obrigação em relação aos deveres relacionados à boa-fé objetiva e os seus deveres anexos, isto é, uma responsabilidade civil de natureza aquiliana. É nas tratativas que as partes analisam a vantagem ou não da celebração do contrato e de se submeterem às obrigações contratuais; elas consistem em um "período propício para pesquisas, reflexões, exame de dados e informações, propostas e contrapropostas, enfim, um conjunto de atos de esclarecimento do conteúdo necessário à implementação do negócio jurídico" (ROSENVALD, 2021, p. 28).

Essa fase negocial é caracterizada pela incerteza dos resultados, visto que quem começa uma conversação com a intenção de firmar futuramente um contrato está assumindo o risco de fracassar, de não realizar o negócio jurídico planejado (PEREIRA, 2001). A obrigatoriedade da celebração do contrato ensejaria violação à liberdade contratual, já que o negócio jurídico propriamente dito[6] "só efetivamente se concretiza com o acordo de vontades, não sendo negociações aptas a gerar qualquer dever de prestação (obrigação de contratar). Elas geram apenas deveres de consideração para os envolvidos, os quais são estruturalmente distintos do dever de prestação" (FRITZ, 2012, p. 22).

Nelson Rosenvald (2021, p. 30) explicita o que ocorre nas tratativas e o que elas significam:

> No âmbito das tratativas inexiste proposta formalizada, hábil a vincular as partes (art. 427, CC). Nesta fase, eventualmente haverá uma carta de intenções subscrita pelas partes ou uma minuta, consubstanciando um documento em que se fixa por escrito o desenho do contrato. Mas ainda não há o consentimento necessário ao contrato definitivo. Realmente, na fase das negociações preliminares as partes costumam celebrar os chamados acordos provisórios, usualmente denominados de minutas, esboços ou cartas de intenção. Elas já se vinculam a determinados pontos do negócio, mas sem a obrigação de celebração do contrato principal enquanto não se acertam com

[6] Conforme Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p. 16), "negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide".

> relação aos demais aspectos. Os acordos parciais não geram a obrigação de celebração do contrato definitivo, pois não se pactuou ainda no que tange às cláusulas em aberto. Assim, se as partes não celebram o contrato definitivo, por não alcançarem consenso em relação aos pontos em aberto, automaticamente se extingue o acordo provisório. Nada obstante, se decidirem por contratar, vinculam-se os promitentes aos termos das minutas parciais.

O entendimento acerca da responsabilidade civil pré-contratual foi amadurecendo nos tribunais e na doutrina brasileira no decorrer do tempo (FRITZ, 2012), tendo sido consagrado com a apelação 591028295 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), referente ao que ficou conhecido como "caso dos tomates".

O caso se desenvolveu ao longo de 1991. Os três desembargadores que o julgaram apresentaram, cada um, uma interpretação própria dos fatos, e, ao final, o relator, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, alterou o seu voto e ratificou o do desembargador Lio Cezar Schmitt.

O caso trata da relação negocial entre produtores de tomate e a Companhia Industrial de Conservas Alimentícias (Cica), que regularmente lhes comprava o fruto. O problema foi a sua desistência da compra da safra de 1987 e 1988 sem justificativa plausível aparente, apesar de não haver contrato em que ela se comprometesse a adquirir os tomates naquele período. Os autores afirmavam que a Cica havia doado a eles as sementes para o plantio, o que representaria a continuação do negócio que era costumeiramente realizado (MARTINS-COSTA, 2000)

Em primeiro grau, o Juízo julgou pela procedência total do pedido dos autores, e o que sustentou a sentença foi a prática reiterada da distribuição de sementes pela Cica e a consequente aquisição do produto da colheita. A empresa foi condenada a pagar o valor equivalente a 39,94 toneladas de tomate, valor dividido aos autores pelo que era de direito de cada um, o que ensejou o seu recurso.

As teses deste se basearam na ausência de contrato escrito entre as partes, na alegação de que as sementes eram doadas sem compromisso, na falta de prova de que o plantio realizado fora de fato das sementes da Cica e na ausência de comprovação da perda total da safra (MARTINS-COSTA, 2000).

No TJ-RS o relator oxigenou a questão chamando ao processo a boa-fé objetiva e seus deveres anexos, fundamentando a decisão com o argumento de que, no momento das tratativas, ambas as partes deviam agir com lealdade, e que a Cica gerou expectativa aos agricultores, criando a confiança, por parte deles, na plena continuação do que já estava sendo realizado em anos anteriores:

> Tanto basta para demonstrar que a ré, após incentivar os produtores a plantar a safra de tomate – instando-os a realizar despesas e envidar esforços para plantio, ao mesmo tempo em que perdiam a oportunidade de fazer o cultivo de outro produto – simplesmente desistiu da industrialização do tomate, atendendo aos seus exclusivos interesses, no que agiu dentro do seu poder decisório. Deve, no entanto, indenizar aqueles que lealmente confiaram no seu procedimento anterior e sofreram o prejuízo. [...] Confiaram eles lealmente na palavra dada, na repetição do que acontecera em anos anteriores [...] (RIO GRANDE DO SUL, 1991).

Nota-se que, mesmo que o julgado tenha sido proferido sob a égide do CC de 1916, a boa-fé já foi analisada como dever obrigacional (MARTINS-COSTA, 2018).

Tendo em vista a necessidade de se destacar o bem jurídico efetivamente tutelado pelo direito nos casos de responsabilidade pré-contratual, vale a pena analisar outro caso, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2018: o REsp. 1.652868-SP.

Conforme Nelson Rosenvald (2021), Rudolph von Ihering, primeiro formulador da teoria da responsabilidade civil pré-contratual, limitou o dano indenizável na *culpa in contrahendo* ao que chamou de interesse negativo, colocando a parte lesada na mesma situação em que se encontrava no momento anterior à estipulação do negócio. O dano a ser ressarcido nesses casos não coincide com o interesse que a parte tinha na execução do contrato. Ou seja, a ela não cabe indenização pelo interesse positivo.

Sob esse ponto de vista, a responsabilidade pela ruptura das tratativas somente pode compreender os prejuízos que o contratante sofreu em razão de ter, de boa-fé, confiado na conclusão do contrato. Tais prejuízos se limitam às despesas em que incorreu no desenrolar das tratativas e, eventualmente, na perda de algum outro negócio do qual tenha desistido por estar negociando o contrato que posteriormente não veio a se estabelecer (PEREIRA, 2001).

O REsp 1.652868-SP foi proveniente de ação de indenização que a ADM do Brasil Ltda. promoveu contra a Rede Comercializadora de Energia S⁄A sob a alegação de que sofreu prejuízo com a imotivada interrupção das negociações para compra de energia elétrica por parte da ré, as quais estavam quase concluídas. Afirmou ter sido violado o princípio da boa-fé objetiva e que, em função das peculiaridades do mercado, ficou impedida de negociar com terceiros as mesmas condições do ajuste rompido, sendo obrigada a adquirir energia elétrica a preço muito mais elevado.

O Juízo de primeiro grau havia entendido que a proposta comercial feita pela Rede à ADM não era vinculante e, por isso, não poderia ser responsabilizada, em razão da não formalização do negócio.

O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), embora reconhecendo a possibilidade de se estabelecer responsabilidade civil na fase pré-contratual e a ocorrência de quebra da boa-fé objetiva, assinalou que seria inadequado conferir, a título de indenização, quantia equivalente ao resultado útil do contrato que nunca se aperfeiçoou, como requerido na petição inicial. Ressaltou que a pretensão formulada se identificava com os interesses positivos do contrato, os quais não seriam ressarcíveis em casos como o daqueles autos.

No STJ, o relator, ministro Moura Ribeiro, cujo voto foi acompanhado pela maioria da Terceira Turma, argumentou que não se pode confundir danos oriundos do descumprimento contratual com danos resultantes da violação a algum dever anexo à boa-fé objetiva na fase de negociação:

> No caso concreto, não se pode admitir que a indenização corresponda a vantagem patrimonial que a ADM deixou de auferir, porque, dessa forma, se estaria equiparando a responsabilidade civil pré-contratual, decorrente do rompimento imotivado das tratativas, com aquela que exsurgiria do próprio inadimplemento do pacto que nunca se perfectibilizou. O limite da indenização é a extensão do dano. Somente em caso de inadimplemento contratual é possível exigir do inadimplente, a título de perdas e danos, a situação que teria sido alcançada com o cumprimento das prestações avençadas. Tratando-se de responsabilidade pré-contratual, a solução deve ser, necessariamente, diferente. (STJ - REsp: 1915528 SP 2021/0006733-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 28/09/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/11/2021).

Percebe-se que, a despeito de parecer sanada a questão dos danos necessariamente ressarcíveis nesse tipo de situação, há muita divergência sobre a questão, divergência que merece estudos específicos.

CONCLUSÃO

Neste artigo abordou-se a incidência da responsabilidade civil nas várias fases do contrato, mais especificamente, nas fases contratual e pré-contratual, buscando-se apresentar os contornos envolvidos na temática.

É comum pensar que contratos não precisam da atenção das pesquisas, mas este estudo mostra que ainda nas fases antecedentes ao inadimplemento contratual já se pode investigar o cumprimento ou não de deveres de conduta das partes, tornando a análise do negócio jurídico mais complexa do que apenas uma interpretação de cláusulas contratuais.

A importância do estudo se mostra na análise da ocorrência do inadimplemento contratual ou descumprimento de uma obrigação pré-contratual, quando há a violação da

autonomia das vontades das partes anteriormente previstas, gerando, ao inadimplente, o dever de assumir as consequências de sua conduta, o que, em tese, também foi previsto em contrato.

É na ocorrência do inadimplemento que surgem as dúvidas acerca da responsabilidade negocial e de seus limites previstos em contrato, já que esse tipo de responsabilidade é apenas espécie da responsabilidade geral (aquiliana), que se preocupa com o ressarcimento do dano à vítima, previsto nos cinco institutos destacados no CC, cada um com natureza jurídica específica.

Com efeito, a dúvida e a lide envolvidas na interpretação da natureza jurídica de uma cláusula ressarcitória prevista em contrato poderão violar não só a autonomia das vontades anteriormente contratadas, mas causar dano social com a ocorrência da não obrigação do inadimplente ao ressarcimento do dano injusto.

A importância de estudos aprofundados acerca da responsabilidade civil negocial se mostra evidente quando se constata que a responsabilidade contratual entre as partes não gera consequências apenas após a assinatura do contrato: mesmo na fase negocial deste último há deveres de conduta que devem ser observados, porque também são fontes de obrigação e, nesse momento (de estudo da viabilidade do negócio) não se discute responsabilidade contratual, mas a responsabilidade geral, a responsabilidade civil como gênero.

Nota-se que a análise interpretativa da existência da obrigação pré-contratual alicerçada nos deveres anexos à boa-fé objetiva, e a preocupação quanto a natureza jurídica das cláusulas ressarcitórias previstas em contratos são frutos da axiologia normativa que envolve a dogmática das relações privadas, alicerçada na Constituição de 1988, a qual coloca o ser humano no centro da interpretação jurídica, não podendo ser utilizado como meio para nenhum fim.

REFERÊNCIAS

AMARAL, A. C. C. Z. M.; PONA, E. W. Delimitando conceitos: do jurídico ao econômico e a adequada compreensão do patrimônio como meio indireto de tutela da pessoa humana. In: TRECCANI, G. D.; MENEZES, J. B.; BARROSO, L. A. (coord.). **Direito civil II**. Florian ópolis: CONPEDI, 2014. p. 236-262.

AZEVEDO, A. J. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia. 4. ed., atualizada de acordo com o novo Código Civil (lei n. 10406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). - REsp: 1915528 SP 2021/0006733-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 28/09/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/11/2021.

CASTRO, T. S. C. D.; GUIMARÃES, R. S.; LACERDA, M. C. A legalidade da cláusula de *washout* nos contratos de compra e venda de safra futura de soja. **Cadernos de Dereito Actual**, Espanha, n. 18, p. 283-297, 2022. Disponível em: http://www.cadernosded ereitoac tual. es/ojs/index.php/cadernos/article/view/801. Acesso em: 3 out. 2022.

CONSTANT, B. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Revista Filosofia Política**, Porto Alegre, n. 2, p. 1-7, 1985.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N.; BRAGA NETTO, F. P. **Curso de direito civil.** responsabilidade civil 4. ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 3.

FORGIONI, P. **Contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do Código Civil: art. 7º. In: SALOMÃO, L. F.; CUEVA, R. V. B.; FRAZÃO, A. (coord.). **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil/Revista do Tribunais, 2020.

FRITZ, K. N. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. **civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 1-40, 2012. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/41. Acesso em: 25 set. 2022.

_____. A crise na dualidade da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, v. 2, n. 1, p. 1-4, 22 maio, 2019. Disponível em: https://revistaiberc.responsabilidadecivil.org/iberc/article/view/17. Acesso em: 25 set. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS. **Cláusula de wash out.** Indenização por lucros cessantes. Base de cálculo da Cofins não cumulativa. São Paulo, 11 out. 2021. Disponível em: https://www.ibet.com.br/clausula-de-wash-out-indenizacao-por-lucros-cessantes-base-de-calculo-da-cofins-nao-cumulativa/. Acesso em: 26 set. 2022.

LOBO, P. **Direito civil:** obrigações. 7. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. v. 2.

MARTINS-COSTA, J**. A boa-fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Comentários ao novo Código Civil.** Vol. 5, T. 2: do inadimplemento das obrigações: (arts. 389 a 420). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5.

_____. **A boa-fé no direito privado:** critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MORAES, M. C. B. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez., 2006.

_____. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEGREIROS, T. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, F. **Direito das obrigações.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PENTEADO, L. C. Figuras parcelares da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. **Thesis São Paulo**, São Paulo, v. 8, p. 39-70, jul./dez., 2007.

PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, R. F. **A responsabilidade civil pré-contratual:** teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (5ª Câmara Cível). Apelação nº 591028295-RS. Apelante: Companhia Industrial de Conservas Alimentícias-Cica. Apelado: Joaquim da Silva Ferreira; Alcy Dias Ferreira; Gabriel Lopes de Vasconcelos. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar. Porto Alegre, 6 de janeiro de 1991.

ROPPO, E. **O contrato.** Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, N. **Responsabilidade contratual.** São Paulo: PUC-SP, 2021.

SILVA, C. V. C. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

_____. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 333-348, jan./mar., 2015.

SILVESTRE, G. F. Novos problemas, antigas soluções: o amplo significado da cláusula *rebus sic stantibus* e a renegociação, a suspensão e a conservação dos contratos cíveis e mercantis. **civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 1-26, 2020. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/496. Acesso em: 6 out. 2022.

TEPEDINO, G.; KONDER, C. N.; BANDEIRA. P. **Fundamentos do direito civil:** contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. **Obrigações.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.