



PUC GOIÁS

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES
INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO – MESTRADO**

MARCOS JOSÉ DE OLIVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL
ADMISSIBILIDADE E APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Goiânia
2012

MARCOS JOSÉ DE OLIVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL
ADMISSIBILIDADE E APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Nivaldo dos Santos.

**Goiânia
2012**

MARCOS JOSÉ DE OLIVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL
ADMISSIBILIDADE E APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Aprovada em 15 de março de 2012, pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Dr. Nivaldo dos Santos
Prof. Orientador e Presidente da Banca
PUC/GO

Dr. Germano Campos Silva
Prof. Membro da Banca
PUC/GO

Dr^a. Deusa de Fátima Pereira
Prof^a. Membro da Banca
UNIVERSO/GO

À minha esposa, Larissa Vieira, pela dedicação, carinho e paciência ao longo do período do curso de mestrado, e ao pequeno Marcos Vieira, que veio à luz neste momento de produção acadêmica. A eles o meu carinho, afeto, amor e dedicação plena.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Prof. Dr. Nivaldo dos Santos, aos colegas de gestão do curso de direito e de diretoria da UNIVERSO, Campus Goiânia, os meus sinceros agradecimentos.

“Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da
responsabilidade”

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. XI ed. Revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.3.

RESUMO

Este trabalho vincula-se ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC/GO, e analisa a aplicabilidade e admissibilidade da responsabilidade civil no direito brasileiro. Parte-se da hipótese de que a responsabilidade civil, permeando as relações sociais e jurídicas teria o condão de dar o suporte legal para a responsabilização do agente que cause danos a outrem, estando ambos situados na fase que antecede a celebração do contrato. A interpretação da legislação, com o enfoque doutrinário atual é parte do desafio que a presente pesquisa nos facultou. Não há dispositivo legal no ordenamento civil que, de forma expressa trate de definir, sancionar e normatizar a conduta de quem gere danos a outrem, mesmo quando não está obrigado a contratar. A admissibilidade da responsabilidade civil pré-contratual foi analisada sob a ótica das regras gerais que orientam e sistematizam a responsabilidade civil no direito brasileiro, justamente pela ausência de regra expressa. Quanto à sua aplicabilidade esta foi vista pelo prisma da teoria geral da responsabilidade civil, com enfoque nos seus pressupostos de admissibilidade. Foi desenvolvida uma averiguação da teoria geral dos contratos, com sua nova principiologia, bem como da teoria da responsabilidade civil, seus pressupostos e excludentes de responsabilidade civil, e por fim, a devida análise do objeto da pesquisa que se vincula à responsabilidade civil pré-contratual. A interpretação do Código Civil nos levou a somar aos pressupostos gerais a análise do abuso do direito, com a visão dos limites impostos pela norma sob o prisma econômico, social, pela boa-fé e pelos bons costumes. A boa-fé recebeu uma atenção especial por seu papel relevante na fundamentação da presente pesquisa, com a análise de suas funções, espécies e características. O presente trabalho tem seu foco voltado para a responsabilidade pré-contratual civil, mas dedicamos dois itens, ao final, para analisar a responsabilidade pré-contratual nas relações de consumo e nas relações de trabalho. A metodologia utilizada para demonstrar as hipóteses do trabalho foi realizada através do método de pesquisa dedutivo-bibliográfico, utilizando as doutrinas e teorias já existentes. Além da pesquisa bibliográfica buscou-se apoio na dogmática jurídica, com sustentação no Código Civil Brasileiro, no Código de Defesa do Consumidor, na CLT e na Constituição Federal.

Palavras-chave: responsabilidade civil; fase de negociações preliminares dos contratos; aplicabilidade e admissibilidade; finalidade econômica ou social; abuso do direito; boa-fé; bons costumes.

ABSTRACT

This work is linked to the Graduate Program in Law, International Relations and Development, the Catholic University of Goiás - PUC / GO, and examines the applicability and admissibility of liability under Brazilian law. It starts with the hypothesis that the liability, permeating social and legal relations have the power to give legal support for the accountability of the agent that causes harm to others who are both situated in the run up to the contract. The interpretation of the law, the doctrinal approach now is part of the challenge that this research has provided us with. There is no legal provision in the civil order that expressly deals with defining, sanctioning and regulating the conduct of those who manage harm to others, even when not required to hire. The admissibility of pre-contractual liability was discussed from the viewpoint of general rules that guide and systematize liability under Brazilian law, precisely because of the absence of explicit rule. As for its applicability that was seen through the prism of the general theory of liability, focusing on their assumptions of admissibility. It was developed following an investigation of the general theory of contracts, with his new principles, as well as the theory of liability, its assumptions and exclusive liability, and finally, the proper analysis of the research object which is linked to civil liability pre-contract. The interpretation of the Civil Code in addition to the assumptions led to a general analysis of abuse of rights, with the vision of the limits imposed by the standard through the prism economic, social, good faith and the morals. Good faith has received particular attention for his role in the foundation of this research, with analysis of their functions, and species characteristics. The present work is focused toward the pre-contractual civil liability, but dedicate two items at the end, to analyze the pre-contractual liability in consumer relations and labor relations. The methodology used to demonstrate the hypothesis of the study was performed using the deductive method of research literature, using the existing theories and doctrines. In the literature we attempted to support the legal dogmatics, always supported by the Brazilian Civil Code, the Code of Consumer Protection, the CLT and the Constitution.

Keywords: civil liability; stage of preliminary negotiations of contracts, applicability and acceptability, economic or social purpose, abuse of law, good faith, good morals.

LISTA DE ABREVIATURAS

ART.	- Artigo
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
CC	- Código Civil
CCB	- Código Civil Brasileiro
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CECJF	- Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal
NCC	- Novo Código Civil
LICC	- Lei de Introdução ao Código Civil
LINDB	- Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
TRT	- Tribunal Regional do Trabalho
TST	- Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

RESUMO.....	06
ABSTRACT.....	07
LISTA DE ABREVIATURAS.....	08
INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 - DOS CONTRATOS..	14
1.1 BREVE RELATO HISTÓRICO.....	14
1.2 CRISE DO CONTRATO.....	20
1.3 FORMA DE CELEBRAÇÃO DOS CONTRATOS.....	22
1.3.1 Contrato por adesão.....	22
1.3.2 Contrato coletivo.....	22
1.3.3 Contrato coativo e contrato necessário.....	23
1.3.4 Contrato autorizado e contrato regulamentado.....	24
1.3.5 Contrato tipo.....	25
1.4 PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO CONTRATUAL.....	25
1.4.1 Autonomia da vontade.....	26
1.4.2 Obrigatoriedade dos contratos.....	28
1.4.3 Função social dos contratos.....	30
1.4.3.1 Perspectiva civil-constitucional do contrato.....	32
1.4.4 Consensualismo.....	34
1.4.5 Boa-fé.....	35
1.4.6 Da relatividade dos efeitos dos contratos.....	37
1.5 DEFINIÇÃO DE CONTRATO.....	37
1.6 PLANO DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS CONTRATOS.....	39
1.6.1 Existência.....	39
1.6.2 Validade.....	40
1.6.3 Eficácia.....	41
1.7 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS.....	41
1.7.1 Negociações preliminares.....	41
1.7.2 Proposta e aceitação.....	42
CAPÍTULO 2 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	45
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	45
2.2 BREVE HISTÓRICO.....	46
2.3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	49
2.4 DA IMPUTABILIDADE.....	49
2.5 NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.....	51
2.6 DO ATO ILÍCITO.....	51
2.7 DO ATO ILÍCITO E DO DEVER DE INDENIZAR.....	55
2.8 DO ABUSO DO DIREITO.....	57
2.9 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	59
2.9.1 Ressarcitória.....	59
2.9.2 Compensatória.....	60

2.9.3 Punitiva.....	61
2.9.4 Sociopreventiva.....	62
2.10 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE	62
2.10.1 Responsabilidade civil e penal	63
2.10.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	63
2.10.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	65
2.10.4 Responsabilidade civil nas relações de consumo	67
2.11 Elementos da responsabilidade civil	68
2.11.1 Elementos essenciais.....	68
2.11.1.1 Conduta.....	68
2.11.1.2 Dano.....	70
2.11.1.3 Nexo causal.....	75
2.11.2 Elementos especiais.....	77
2.11.2.1 Culpa	78
2.11.2.2 Risco	78
2.12 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL.....	79
2.12.1 Estado de necessidade	79
2.12.2 Legítima defesa.....	80
2.12.3 Exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal	80
2.12.4 Caso fortuito e força maior	81
2.12.5 Culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiro.....	82
2.12.6 Cláusula de não indenizar	83
CAPÍTULO 3 - RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL	86
3.1 FASE DE PONTUAÇÃO.....	86
3.2 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL QUE GERA O DEVER DE INDENIZAR.....	81
3.3 DO ABUSO DO DIREITO.....	95
3.4 TEORIAS SOBRE O ABUSO DO DIREITO	97
3.4.1 Teorias negativistas.....	97
3.4.1.1 Anti subjetivas	97
3.4.1.2 Abuso como conceito metajurídico.....	97
3.4.1.3 Absolutividade do direito subjetivo	97
3.4.2 Teorias afirmativas	98
3.4.2.1 Abuso como princípio interpretativo	98
3.4.2.2 Abuso caracterizado pela anormalidade do dano	98
3.4.2.3 Abuso por violação do dever moral	99
3.4.2.4 Violação ao espírito do direito ou seu fim social.....	99
3.4.2.5 Causalistas.....	99
3.4.2.6 Delimitação do direito subjetivo pelo elemento valorativo	100
3.5 ANÁLISE DOS CARACTERES DO ART. 187 DO CCB.....	103
3.5.1 Fim econômico ou social	103
3.5.2 Boa-fé.....	105
3.5.2.1 Função interpretativa da boa-fé.....	106
3.5.2.2 Função integrativa da boa-fé.....	106
3.5.2.3 Função de controle da boa-fé.....	107
3.5.3 Bons costumes.....	109
3.6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	109
3.7 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE	

CONSUMO.....	113
CONSIDERAÇÕES FINAIS	119
REFERÊNCIAS	122
ANEXOS	125
ANEXO 01 - Julgamento inteiro teor da 4ª Turma, TRT 4ª Região	126
ANEXO 02 - Julgamento inteiro teor TST	130

INTRODUÇÃO

A temática que envolve a responsabilidade civil tem despertado o interesse de estudiosos da Ciência do Direito, principalmente frente aos avanços sociais e jurídicos ocorridos a partir do séc. XIX, razão porque alguns doutrinadores afirmam tratar-se da vedete do direito civil, vez que se encontra em evidência e irradia seus postulados em diversos ramos do direito.

A proposta do presente estudo é analisar a responsabilidade civil pré-contratual, com o foco na sua admissibilidade e aplicabilidade no direito brasileiro, de modo a revelar as tendências da legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras.

A partir da análise de temas concernentes à natureza jurídica da responsabilidade civil, e especificamente na fase de pontuação, que antecede à celebração dos contratos, pretende-se desenvolver as particularidades que envolvem o tema em apreço.

Às vezes, quando o contrato envolve questões delicadas, importâncias valiosas, bens de elevado valor, é comum que se tenha uma fase anterior à celebração do mesmo, denominada por negociações preliminares, ou tratativas, ou, ainda, por fase de pontuação, com o fim de efetivar a contratação.

Alguns problemas foram levantados na busca de nortear a pesquisa que se pretende demonstrar nas linhas adiante expostas. Mesmo não havendo contrato é possível falar-se em responsabilidade civil na fase de negociações preliminares? Ultrapassada esta resposta, questiona-se qual é a natureza jurídica da responsabilidade civil no momento das tratativas? Há tratamento jurídico expresso que ofereça a tutela desejada àquele que sofre dano estando ainda nas negociações preliminares? A boa-fé deve ser analisada e aplicada na busca de solução para o tema que envolve a responsabilidade civil pré-contratual? Os contornos da responsabilidade civil pré-contratual são aplicáveis apenas no âmbito das relações de direito civil, ou, seus postulados atingem as relações de consumo e as do direito do trabalho?

Propomos-nos a apresentar reflexões que envolvam a problemática em torno do tema em análise, trazendo no capítulo primeiro as disposições doutrinárias e

legais acerca dos contratos, visto que, para se falar em responsabilidade civil pré-contratual é necessário tratar dos contratos, sem o que nos falta sustentação para afirmar da admissibilidade e aplicação da responsabilidade civil anterior à celebração dos contratos. A fase histórica, a crise dos contratos, a sua principiologia, seus aspectos de existência, validade e eficácia e por fim a sua formação foram devidamente comentados e analisados.

Os aspectos gerais e básicos da responsabilidade civil foram a matéria explanada no capítulo dois. Sem deixar de lado o aspecto histórico, mesmo que breve, tratamos de demonstrar a natureza jurídica da obrigação de indenizar. A análise do ato ilícito *latu sensu*, e do abuso do direito (ato ilícito *stricto sensu*) não foi deixado de lado, dada a importância deste instituto para a presente pesquisa. Os pressupostos gerais da responsabilidade civil, que são básicos para a análise do tema mereceu destaque, sem ignorar as causas que podem excluir a responsabilidade civil.

Dedicamos-nos a tratar do objeto principal da pesquisa orientando nossos esforços para a fase que antecede a celebração dos contratos, com o intuito de elucidar a problemática e apresentar as hipóteses levantadas. Destacamos as particularidades da pesquisa em torno da boa-fé, como diretriz principiologica de fundo ético e como cláusula geral, com suporte nos deveres de lealdade, honestidade e de informação, bem como da teoria do abuso do direito, que muito contribuiu para dar o suporte teórico que necessitava a pesquisa.

A pesquisa realizada por este trabalho foi desenvolvida utilizando-se o método dedutivo-bibliográfico, com apoio nas teorias já existentes, e com o recurso da doutrina, da legislação e da jurisprudência brasileiras.

Os anexos foram trazidos à pesquisa para dar o fundamento jurisprudencial necessário ao tratamento da responsabilidade pré-contratual nas relações de trabalho.

CAPÍTULO 1

DOS CONTRATOS

1.1 BREVE RELATO HISTÓRICO

Na busca de uma análise científica que possa ser substancial, relativamente à Responsabilidade Civil Pré Contratual, com seus caracteres de admissibilidade e aplicabilidade no direito brasileiro, devemos inicialmente aprofundar a noção de contrato, sem o que não adentraremos em nosso objeto de pesquisa, bem como de vários institutos a ele vinculados e que envolvem os contratos hodiernos.

A análise sistemática de qualquer instituto de direito, como a que nos propomos, não pode prescindir de uma análise profunda de seus postulados históricos, sob pena de não se atingir os objetivos propostos.

Inicialmente faremos um breve apanhado histórico relativo aos contratos a fim de situar o leitor relativamente acerca das nuances porque passou este importante instrumento social, econômico e pedagógico de integração do indivíduo no contexto da sociedade¹, com análise de suas características no direito Romano até os tempos atuais, diante das inovações sofridas.

Os contratos enquanto espécie, mesmo sem características normativas do sistema jurídico moderno², acompanha o homem desde eras primitivas, bastando lembrar a figura do escambo, com denominação moderna de troca ou permuta.

Todavia, não se pode fixar ao longo do tempo, um marco histórico de surgimento da figura dos contratos, visto que o progresso da sociedade se confunde com o seu próprio surgimento, bem como com o seu processo de desenvolvimento e evolução.

O que de fato e de modo científico se pode fazer é fixar um ponto histórico de sistematização deste Instituto de direito, que possibilite apreciar seus elementos identificadores.

¹ FIUZA, César. Direito Civil, Curso Completo. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.394

² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: contratos em espécie. VI.IV. ed.4ª. São Paulo: Saraiva, 2011. p.111.

Este período é o do Direito Romano, visto ser um momento histórico e profícuo de informações.

O renomado jurista Orlando Gomes afirma que não se deve buscar no direito romano a origem histórica dos contratos, enquanto categoria jurídica assim denominada, pois, com base em Bonfante o contrato no direito romano, “era um especial vínculo jurídico (*vinculum juris*) em que consistia a obrigação (*obligatio*), dependendo esta, para ser criada, de atos solenes (*nexum, sponsio, stipulatio*)”.³

Mas se não é no direito romano que se deve buscar a fonte histórica dos contratos no nosso tempo, em que período devemos nos reportar?

É o próprio Orlando Gomes, que mais uma vez elucida o presente dilema, afirmando que devemos buscar a concepção moderna de contrato, enquanto vínculo jurídico oriundo da declaração de vontade, na ideologia individualista típica do regime capitalista de produção.⁴

Perfazendo um processo temporal, nos reportamos ao direito romano para a construção de um ponto de compreensão, visto que este é a mais importante fonte histórica do Direito no mundo oriental, sem deixar de lembrar que o nosso direito civil recebeu a maioria dos institutos e princípios graças ao gênio jurídico dos romanos.

O contrato no período romano recebeu tratamento com diferenças peculiares em dois momentos. O termo contrato no Direito Romano antigo, segundo Amaral, era tido como ato pelo qual o devedor era submetido ao poder do credor, por ocasião do inadimplemento da obrigação.⁵

Em um segundo período, meados da República (507 a.C. a 27 a.C.), existiu o *conventio*, que se dividia em duas espécies, *contractus* e *pactus*.⁶

O que caracterizavam os *contractus* era o fato de não poderem existir sem a exteriorização de forma, resultando em seu favor a *actio*, o que possibilitava ao credor exigir o cumprimento da avença.

³ GOMES, Orlando. Contratos. 24ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2001. p.6.

⁴ Ibidem., mesma página.

⁵ AMARAL, apud., FIUZA, César, op.cit. p.390

⁶ Op.cit., p.390.

A *actio* era extremamente necessária, sem o que não havia direito, já que o contrato se tornaria em nada se não se pudesse reclamar em juízo, quando ocorresse o inadimplemento.

Os romanos não concebiam como nós a noção de direito subjetivo, mas tão somente a de *actio* que era tida como concepção muito menos acentuada. Nós falamos, por exemplo, no direito do credor em obter a coisa adquirida em um contrato de compra e venda, eles na ação do credor para ter o bem adquirido, o que se apresenta uma concepção prática.

Para que o contrato fosse dotado da força de ação jurídica, era necessário ser revestido de qualquer das formas encontradas no *litteris, re e verbis*, não bastando à declaração de vontade.

Os que eram revestidos da forma *litteris* exigiam a inscrição da dívida em um livro que ficava de posse do credor, denominado *codex*; os *re* exigiam a tradição da coisa, sem o que não se concretizavam; e, os *verbis* se validavam somente com a troca de palavras sacramentais, obrigatórias entre as partes⁷.

A razão do extremado formalismo dos contratos entre os Romanos tem caráter religioso, visto que somente seriam abençoados pelos deuses se cumpridos os rituais de cada modalidade, e, prático, devido a pouca e difícil utilização da escrita, o que propiciava e instigava a realização dos rituais orais.⁸

A outra configuração da *conventio*, os *pactus*, celebrados apenas mediante a declaração de vontade das partes, e sem previsão legal, eram desprovidos da *actio*, tendo valor apenas moral, ou seja, caso não fosse cumprida a obrigação o credor não podia exigir judicialmente do devedor que a cumprisse.

Num período posterior, em que existiam apenas os *contractus* e os *pactus*, surgiu uma nova modalidade de contrato, os denominados *solo consensu*, que eram celebrados apenas com a declaração de vontade.

Os *solo consensu* eram *pactus*, de utilização freqüente e que receberam da

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: contratos. VI.III. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.8.

⁸ FIUZA, César, op. cit., p. 396.

legislação a atribuição de ação, com denominação conhecida – venda, locação, mandato e sociedade. Apenas os *solo consensu* aqui referidos podiam ser celebrados mediante a declaração de vontade, os demais deveriam obedecer às formalidades, sem o que não teriam valor.

Os *pactus* tinham por finalidade modificar ou extinguir obrigações que eram precipuamente criadas apenas pelos *contractus*. Atualmente utilizamos o instrumento denominado distrato para modificar ou extinguir uma obrigação e que por essência é contrato, na acepção do termo.

Observando o papel dos *pactus*, nota-se claramente que os mesmos eram conformados aos contratos, ou seja, verdadeiros acessórios de um contrato principal, portanto, adjetos, gerando apenas exceção - defesa – em face de uma obrigação constituída pelos *contractus*.

Além dos pactos adjetos, outros geravam obrigações civis, os denominados pactos legítimos e os pactos pretorianos, que juntos compunham a modalidade de pactos vestidos (*pacta vestita*).

O pacto era considerado vestido quando lhe desse essa marca por ato do pretor (*pacta praetoria*), se fosse embasado por ato em Constituição Imperial (*pacta legitima*) ou se dependesse de um contrato (*pacta adjecta*).⁹

Juntamente com os pactos vestidos existiam os pactos *nus* (*nuda pacta*), assim denominados porque, em si mesmos, não geravam obrigação civil a não ser quando se lhes aplicava a forma de estipulação, em que ocorria a sua transformação em contrato, ou, quando, nas convenções que continham obrigações bilaterais, se uma parte cumprisse a sua prestação.¹⁰

O que contribui para o crescente afastamento do formalismo romano, com a conseqüente aproximação consensualista, oriundo da declaração de vontade são as necessidades que advém de uma sociedade, por ocasião do mercantilismo que é patente.

O renomado jurista Cario Mário da Silva Pereira, faz menção ao fato de que a

⁹ Ibidem., p.393

¹⁰ Ibidem., mesma página.

distinção ente pacto e contrato perdeu a sua razão de ser após a obra de Savigny, que os aproxima de tal forma que o direito moderno os trata como sinônimos, apesar de ainda haver designação legislativa referente aos pactos como contratos acessórios.¹¹

Na busca do processo de evolução dos contratos não podemos perder de vista a contribuição dada pelo movimento iluminista, que mediante uma lente antropológica, coloca o homem no centro do universo, gerando como efeito uma valorização extraordinária da força dos contratos, carreando elementos para a formação do dogma do *pacta sunt servanda*.

Os exageros perpetrados pela máxima do *pacta sunt servanda*, na tônica do seu individualismo foram sentidos, resultando no seu abrandamento frente ao

dirigismo contratual do século XX, reflexo dos movimentos sociais desencadeados na Europa Ocidental, e que recolocariam o homem na sociedade, retirando-o do pedestal a que se ascendera, após a derrocada do Antigo Regime, quando pretendeu assumir o lugar de Deus.¹²

O contrato no sistema Francês é tido como o ponto de culminância do individualismo. O Código Civil Francês, conhecido como Código de Napoleão, espelha a conquista da burguesia, face às lutas oriundas da revolução francesa em 1789, influenciando grande parte das legislações estrangeiras, principalmente a nossa, gravando o nosso revogado Código Civil de 1916, com as tintas do individualismo.

O Código Civil Francês, foi editado como repulsa as classes dominantes da época, dando destaque à propriedade privada, tendo no contrato apenas um instrumento para nela chegar. Não apenas as classes dominantes continuam tendo acesso aos contratos e conseqüentemente à circulação de riquezas, mas as classes em ascensão.

Representando uma reação aos privilégios da realeza, a burguesia passa a ter acesso aos bens improdutivos das classes antigas. A propriedade e a liberdade não podem coexistir separadas, mas ao contrário, uma deve servir aos interesses da outra. A liberdade só pode se concretizar se a classe ascendente puder ter acesso à

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p.10.

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.40.

propriedade, sem o que não há liberdade de fato.

A classe dos comerciantes, que progredia na conquista do poder econômico, passava a impor sua vontade, tendo a transferência de bens a ser, exclusivamente, ancorada no acordo de vontades, restando ao contrato a transferência do domínio.

Não se pode ignorar a influência do Código Civil Alemão – BGB – sobre a nossa legislação, mesmo que tenha sido de forma bastante tímida.

No BGB o contrato passa a ser uma modalidade de um gênero denominado negócio jurídico, definido no Código Civil de 1916, como ato jurídico (art.81), mas suprimido no atual diploma civil. Tem como característica diferenciadora do diploma Francês, o fato de não operar, por si só, a transferência do domínio, mas ser o instrumento que viabiliza a transferência, a depender da espécie de coisa, se móvel ou imóvel. A elaboração alemã do negócio jurídico ganhou força a partir da segunda metade do século XIX.

Este sistema, do negócio jurídico, possibilita ao jurista analisar a declaração de vontade em três planos: o da existência, validade e eficácia, o que se verá mais adiante.

Para o nosso estudo, neste tópico, faz-se necessário uma rápida análise do conceito e algumas características elementares dos negócios jurídicos, em que prevalece, com destaque, o elemento vontade.

Tratando do Negócio Jurídico, Miguel Reale preleciona que:

Negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. Tais atos, que culminam numa relação intersubjetiva, não se confundem com os atos jurídicos em sentido estrito, nos quais não há acordo de vontades, como, por exemplo, se dá nos chamados atos materiais, como os da ocupação ou posse de um terreno, a edificação de uma casa no terreno apossado etc. Um contrato de compra e venda, ao contrário, tem a forma específica de um negócio jurídico. (...) ¹³

Em termos mais simplificados, mas sem perder o foco jurídico, o negócio jurídico pode ser conceituado como a “manifestação de vontade, emitida em

¹³ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.208 e 209.

obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, pretendidos pelo agente”.¹⁴

O princípio da autonomia da vontade, amplamente difundido e aplicado direito privado, encontra neste instituto o seu mais alto esplendor, abalado apenas pelas injunções sociais, resultando na intervenção estatal na economia do contrato, impondo a criação de contratos necessários e de contratos coativos.

As pessoas, naturais ou jurídicas, possuem o denominado poder negocial, que vinculam as partes, quando devidamente obedecidos os ditames legais. Tem-se a aplicação do princípio da liberdade em que o que não é proibido por lei é por ela permitido. Uma vez celebrado o negócio jurídico as partes permanecem vinculadas à avença, da mesma forma que se submetem à norma jurídica, ou seja, o contrato faz lei entre as partes, com afincos no *pacta sunt servanda* (os contratos devem ser cumpridos).

1.2 CRISE DO CONTRATO

Analisando o contrato em uma sociedade agrícola, de característica estática, verificamos que as partes encontram-se em pé de igualdade e discutem todas as suas cláusulas, o conhecido contrato paritário.

A ideia que se tem de contrato paritário é a de que as partes, antes da sua celebração, discutem todos os detalhes e minúcias do seu objeto, na fase de pontuação (negociação preliminar), eliminando dúvidas e redigindo as cláusulas do contrato, quando escrito, de forma clara e transparente.

Nos contratos paritários a autonomia da vontade está em destaque. Quem compra ou vende; quem dá a coisa em locação ou quem a recebe; quem empresta ou quem toma emprestado, no comodato ou no mútuo, conforme seja o objeto infungível ou fungível, tem condições de impor sua vontade nesta ou naquela cláusula, na busca do fim desejado.

Este contrato praticamente desapareceu, se levado em conta apenas a

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.53.

quantidade de contratos celebrados. É, por exemplo, o contrato de quem vende seu carro através de um anúncio no jornal ou pela internet; ou, o de quem compra uma cabeça de gado do vizinho.

A diminuição drástica da forma de contratar paritária se deu pelo fato da dinâmica da nossa sociedade. A economia caracterizada pela presença da empresa, pela contratação em massa, pela presença de modalidades novas de contratação, tanto individuais como coletivas, bem como de uma principiologia com características predominantes voltadas para o social.

O Código Civil atual, publicado em 2002, com referência Constitucional, buscou solidificar os anseios desta sociedade, que, com vistas à relação jurídica criada pelo liame contratual, deve obedecer aos interesses coletivos, com prevalência sobre os individuais.

Vivemos hoje o consumismo em massa, em que são celebrados milhões de contratos em um único dia, fruto da necessidade de contratação rápida e com baixo custo.

O conceito de bens tem se difundido amplamente, levando Venosa a afirmar que

O contrato deixa de ser a peça-chave, a ponte para alcançar a propriedade. No neocapitalismo, afastado do capitalismo embrionário surgido com a Revolução Francesa, no novo direito social, há valores mobiliários, bens imateriais que constituem parcela de riqueza importante, desvinculando-se do binômio riqueza-propriedade imóvel. (...) ¹⁵

A nova dialética do direito advém de uma sociedade em que os bens duráveis perdem espaço para os bens não duráveis. O que se adquire hoje, principalmente na órbita tecnológica das telecomunicações, amanhã já está ultrapassado. Ademais, não apenas em se tratando do avanço tecnológico em si mesmo, mas relativamente à matéria prima utilizada. Com o desenvolvimento e aplicação do plástico, por exemplo, e dos materiais sintéticos em geral, se percebe que muitos produtos são feitos para serem descartados rapidamente.

Verifica-se que a relação jurídica oriunda do contrato avultou em quantidade.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8ª ed. VI.II. São Paulo: Atlas, 2008. p.352

A necessidade social levou a criação de novas formas de contratação em massa, como os contratos por adesão, os coletivos, além de outros como o contrato coativo, o necessário, o autorizado, o regulamentado e o contrato tipo.

1.3 FORMAS DE CELEBRAÇÃO DOS CONTRATOS

Abordaremos neste tópico, não as espécies contratuais, mas as formas de contratação existentes no direito brasileiro.

1.3.1 Contrato por adesão

O projeto de lei nº 6.960/2002, na busca de alterar o art. 423 do atual Código Civil Brasileiro, conceitua contrato por adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente por um dos contratantes, sem que o aderente possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”¹⁶

Na forma de contratação por adesão, a autonomia da vontade do aderente, fica limitada apenas a contratar ou deixar de contratar, ou seja, em se querendo contratar, o aderente não tem, como no paritário, a possibilidade de fazer alterações substanciais no contrato, mas tão somente a ação de declarar a sua vontade, face às características das cláusulas, todas pré estabelecidas.

1.3.2 Contrato coletivo

Os contratos coletivos são uma realidade dos nossos dias. Regulando a relação entre empregados e empregadores, por exemplo, facilita o trato e a busca de soluções que individualmente não se obteria o êxito esperado, com prejuízos para a parte mais fraca da relação que é o empregado. Com finco no princípio da paz social, o contrato coletivo apareceu e o certo é que permanecerá, sendo cada dia mais valorizado, pelo próprio papel que desempenha.

Quem assume o papel de contratar são os sindicatos e associações, que com poderes de representação, contratam e vinculam toda a categoria a eles jungidos. Todo um setor de atividade laboral é regulado por está espécie de contrato.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. VI.3 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.90

Os princípios tradicionais dos contratos são relegados a plano secundário, como o da relatividade dos efeitos do contrato, segundo o qual os efeitos dos contratos apenas vinculam as partes, não vinculando terceiros, que não anuiu na avença, sem deixar de revestir, na sua formação, os caracteres do negócio jurídico. Todavia, quando concluída a contratação, passa a existir um liame, como uma verdadeira norma jurídica, sujeitando toda uma relação de trabalho.

Apesar deste tipo de contratação estar vinculado às relações de trabalho o Código de Defesa do Consumidor permite a contratação coletiva, dispondo no art. 107:

As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

§ 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

§ 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento.

1.3.3 Contrato coativo e contrato necessário

Encontramos no contrato coativo o ápice do dirigismo contratual. Como o contrato é imposto não há que se falar em autonomia da vontade. Como exemplo, podemos citar os contratos entre os concessionários do serviço público de água, esgoto, luz, telefone, gás e o usuário.

Ambas as partes são forçadas a contratar. O usuário não pode prescindir destes serviços básicos, necessários à vida social, e de outro lado o concessionário não pode deixar de contratar, desde que haja viabilidade técnica de instalação do serviço.

Trata-se de aparência de contrato e não de contrato propriamente dito, além da aplicação de normas de direito público, que devem ser invocadas, fomentando a interpretação sob este prisma¹⁷.

O insigne mestre Orlando Gomes ensina a diferença entre os contratos

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p.373.

coativos e os necessários, salientando que o primeiro encontra-se marcado pela ausência do livre consentimento das partes, enquanto que no segundo existe a declaração de vontade feita de forma obrigatória.¹⁸

1.3.4 Contrato autorizado e contrato regulamentado

A disseminação do contrato necessário deu lugar a técnicas de contenção da liberdade de contratar, que por sua vez, deu margem à criação de novas espécies figuras no campo do direito contratual, tais como o contrato autorizado e o contrato regulamentado. Em ambas as modalidades a vontade das partes é substituída pela lei.

O contrato autorizado fica na dependência de autorização da autoridade administrativa, dependendo de homologação, desde que as partes cumpram devidamente o disposto na legislação. A autoridade administrativa não tem propriamente um livre arbítrio para decidir se valida ou não o contrato a ela submetido, visto que não há poder discricionário.

Ocorre que, pela própria disposição da lei, a autoridade também deve cumprir o seu papel e autorizar, como é o caso do contrato de sociedade, que indiscutivelmente cumpridas as formalidades legais, a sociedade é constituída, passando a ter existência legal para poder funcionar regularmente.

No campo da contratação do comércio exterior é que esta exigência se põe de forma mais severa, restando ao Estado, a autorização para conclusão dos contratos.

Quanto aos contratos regulamentados estes sofrem uma normatização legal tão particular, que a regulamentação se transforma em cláusula contratual, restando desnecessárias as negociações preliminares.

Venosa ao tratar do contrato regulamentado dispõe que:

(...) Nessa espécie contratual, o Estado impõe determinada orientação, estabelecendo cláusulas ou proibindo-as, e delimitando o âmbito da vontade privada. Exemplo disso são os tabelamentos de preços. O Estado impõe preço mínimo ou preço máximo para certos bens ou serviços. Também a

¹⁸ GOMES, Orlando. Transformações gerais do direito das obrigações. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.22.

legislação do inquilinato e a legislação bancária são exemplos típicos. Há normas na relação entre as partes impostas pelo Estado. São normas de ordem pública. Cabe ao intérprete diferenciar entre o que é dirigido e o que é dispositivo nessas relações contratuais.¹⁹

1.3.5 Contrato tipo

O contrato tipo, ou contrato com cláusulas predispostas, tem semelhanças com o contrato por adesão, mas com ele não se confunde. Naquele, as cláusulas, mesmo estando predispostas, decorrem da vontade paritária das partes e se voltam não a um número indeterminados de aderentes, mas a um grupo predeterminado e conhecido de pessoas. Dá-se quando, por exemplo, um setor da indústria contrata com um grupo de fornecedores, representado ou não por associação.

Mais uma vez invocamos o magistério de Venosa para elucidação das particularidades de cada forma de contratação neste item tratada, que assim se manifesta

(...) No contrato tipo, o âmbito dos contratantes é identificável. No contrato de adesão, as cláusulas apresentam-se predispostas a um número indeterminado e desconhecido, *a priori* de pessoas. Se a elaboração das cláusulas for unilateral, estaremos perante um contrato de adesão, e não um contrato-tipo. Isso é importante porque na interpretação haverá critério diverso. No contrato de adesão, na dúvida, interpreta-se em favor do aderente. Assim como o contrato de adesão, por suas características, o contrato-tipo requer forma escrita²⁰.

Daí a evidente necessidade de intervenção do Estado na relação jurídica oriunda dos contratos, o denominado dirigismo contratual, que se faz presente principalmente na elaboração legislativa quando impõe regra de contratação, limitando a liberdade das partes de quem oferece bens ou serviços; quando fiscaliza a prestação do serviço público através das agências reguladoras; quando estrutura o poder judiciário em juizados especiais para o trato de questões de menor efeito financeiro ou relativo a matérias específicas; quando cria micro sistemas jurídicos de proteção a determinadas categorias, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8078/90) e a Lei do Inquilinato (lei nº 8.245/91).

1.4 PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO CONTRATUAL

A principiologia clássica fundada na autonomia da vontade, na

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p.373

²⁰ Ibid. p.371

obrigatoriedade das convenções e no consensualismo, passa por modificações, não desaparecendo, mas sendo contrastada e coexistindo com princípios modernos como o da dignidade da pessoa humana, o da função social dos contratos e o da autonomia privada²¹.

1.4.1 Autonomia da Vontade

Pelo princípio da autonomia da vontade as partes tem liberdade em contratar, deixar de contratar, escolher a outra parte, fixar o conteúdo do contrato, bem como escolher a espécie contratual que mais se lhe afigure apropriada, e quando não a encontrar, criar contratos atípicos.

Significa afirmar que as parte tem, mediante declaração de vontade, o poder de suscitar efeitos reconhecidos pela ordem jurídica.

Entende a doutrina que o princípio da autonomia da vontade no qual se funda

a liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Esse poder de auto-regulamentação dos interesses das partes contratantes, condensado no princípio da autonomia da vontade, envolve liberdade contratual (*Gestaltungsfreiheit*), que á de determinação do conteúdo da avença e a de criação de contratos atípicos e liberdade de contratar (*Abschlussfreiheit*), alusiva à de celebrar ou não o contrato e à de escolher o outro contratante.(...) ²²

Este princípio não é absoluto, ou seja, as partes não tem ampla liberdade em escolher o outro, em contratar ou deixar de contratar, em fixar o conteúdo do contrato ou em criar contratos atípicos.

A autonomia da vontade das partes sofre limitações da ordem pública e dos bons costumes. Para se compreender bem ao limites sofridos pela vontade das partes e imposto pela ordem pública é necessário conhecer dois tipos de normas: as de coativas e as supletivas.

As coativas se dividem em imperativas, quando ordenam, e quando proíbem, proibitivas. Ambas impõem limites à autonomia da vontade das partes na medida em que não permitem, ou impõe a prática de determinados atos. Quando o contrato é

²¹ FIUZA, César , op. cit., p. 402.

²² DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.23.

celebrado não é possível fugir da imposição das normas coativas, sob pena de sofrer as penalidades por elas impostas²³.

Já as supletivas são normas que tem por objetivo suprir a vontade das partes quando estes não declaram de forma diversa do disposto na norma, e que não trazem prejuízos.²⁴

Mencionamos ainda as normas que tratam dos bons costumes, que são aquelas que tratam da moralidade social, matéria sujeita a variações que ocorrem de tempos em tempos, de país a país, e que se estão adstritas à moral sexual, ao respeito à pessoa humana, à liberdade de culto, à liberdade de contrair casamento e que também têm interferem na vontade das partes, visto que o art. 113 do Código Civil Brasileiro traça regra de interpretação contratual, fundada nos bons costumes. “Art. 113. Os negócio jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de suas celebração”

A autonomia da vontade, com apoio no individualismo do séc. XVIII suscitou a liberdade e a igualdade política, resultando na busca do homem para defender a plenitude da liberdade XIX. A ideia da mais ampla liberdade de contratar daí adveio. O contrato não tinha compatibilidade com qualquer tipo de limite imposto a autonomia da vontade.

Todavia, no século XX, verificou-se que a igualdade econômica não estava sendo assegurada. Diante do capitalismo, com a industrialização crescente e com a criação de empresas vultosas, ocorreu a desnivelamento da relação jurídica, o que não condiz com a ordem jurídica, que deve assegurar a igualdade, levando à conclusão de que o Estado deve intervir na ordem jurídica da seara contratual.

A Intervenção do Estado nas relações contratuais seja através da aplicação de normas de ordem pública ou de forma judicial é uma característica do nosso tempo. A elaboração de um estatuto de proteção do consumidor foi o maior marco da intervenção estatal.

A Lei 8.078 veio a lume no dia 11 de setembro de 1990, formando um micro

²³ GOMES, Orlando , op. cit., p.23

²⁴ Ibidem, mesma página.

sistema jurídico de proteção e defesa aos direitos do consumidor, consubstanciado em normas de direito material e formal, tenho em vista a ocorrência do consumo de massa e a característica do consumidor de se ver desprotegido, foi no nosso sentir um avanço legislativo digno de aplausos.

A ideia de intervenção pode ser verificada sob três aspectos: 1º quando o legislador impõe a contratação (Art.39, II e IX-A, do Código de Defesa do Consumidor), no caso de fornecimento de bens e de serviços; 2º outra vez quando estabelece direito e deveres dos contratantes, sem possibilidade de derrogação, com efeito de nulidade ou sanção criminal (Art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho); 3º ao ainda quando possibilita ao juiz a possibilidade de revisão do contrato, para estabelecer condições de execução, substituindo a vontade dos contratantes.

O que não se pode perder de vista é todo um movimento que se distancia dos valores individuais do séc. XVIII e busca a socialização do contrato, minimizando e impondo os limites que se fazem necessários para a proeminência do coletivo sobre o individual.

1.4.2 Obrigatoriedade dos Contratos

O *pacta sunt servanda*, característica do individualismo do século XIX, encontrou seu ápice após a evolução francesa em 1789. Apregoava o referido axioma que os contatos fazem lei entre as partes, ou seja, os pactos devem ser cumpridos. Verifica-se que se o cumprimento da avença se torna obrigatório e os contratos são instrumentos de obrigação, mesmo que a parte fosse levada à ruína o contrato não sofreria nenhuma solução de continuidade, o que resultava em problemas sociais de grave repercussão.

Pelo princípio da obrigatoriedade dos contatos as convenções devem ser fielmente cumpridas (*pacta sunt servanda*). O inadimplente deverá arcar com o ônus da inexecução do contrato, relativamente à execução específica, às perdas e danos da parte inocente, bem como arcar com o ônus da cláusula penal, quando pactuada.

O princípio orienta que o contrato após ser celebrado se torna intangível e imutável, não podendo sofrer alteração unilateral, tornando-se uma verdadeira

norma privada, suscetível de justificar a tutela Estatal em favor da parte inocente.²⁵

Salvo as formas de contrato coativo e correlatas, ninguém é obrigado a contratar, todavia, ao contratar é obrigado a cumprir a avença.

O contrato vincula os contratantes seja qual for a forma de seu cumprimento, desde que tenha sido celebrado com observância aos ditames legais de validade, tornando-se imperativo.

A força obrigatória dos contratos é uma das colunas do edifício dos contratos, gerando a segurança jurídica nas relações contratuais, sem o que ninguém se utilizaria desde importante meio de circulação de riquezas. Não há, no direito civil, presunção de arrependimento após a celebração do contrato, que somente pode ser exercitado, se houver convenção expressa que o permita.

O princípio mantém-se no direito atual, com pequenas atenuações que não chegam a lhe impedir de cumprir o seu papel, e que indicam que não será abandonado, pois merece destaque, pelo fato de gerar segurança nas relações jurídicas.

As exceções ao princípio da obrigatoriedade são de pequena monta, apenas relativizando o que no individualismo do século XIX era absoluto. A impossibilidade de revisão pelo juiz, que se apresentava como imperativo de ordem naquele século, minimizado está, haja vista que em caráter excepcional pode o poder judiciário intervir no conteúdo do contrato.

A ocorrência de fatos extraordinários demonstram a injustiça da aplicação do princípio nos seus termos absolutos. Na França, a edição da Lei *Failliot*, de 21 de maio de 1918, trouxe a lume o princípio da revisão contratual, quando livrou da ruína comerciantes que deveriam cumprir a avença encetada, mesmo sofrendo grande onerosidade, dispondo que os contratos mercantis celebrados antes de 1º de agosto de 1914, cuja execução fosse de trato sucessivo e se perpetuasse no tempo, poderiam ser resolvidos por qualquer parte, desde que provado que a estimativa do cumprimento da obrigação, quando foi celebrado o contrato, resultasse em prejuízo no seu cumprimento, em virtude da guerra.

²⁵ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 30.

A Lei *Failliot* se transformou num grande marco da mudança do pensamento jurídico no que pertine à força obrigatória dos contratos, criando a possibilidade de revisão contratual por imprevisão.

Atualmente, a *rebus sic stantibus*, conhecida por teoria da imprevisão, após a adequação feita por Arnaldo de Medeiros, para a aceitação da teoria no direito brasileiro, acrescentando ao fato extraordinário a característica de ser também imprevisível é o marco legal do diploma civil face à atenuação do princípio da obrigatoriedade dos contratos.

O Código Civil de 1916 não continha dispositivo legal que tratava do assunto. Inovou o legislador de 2002 quando incorporou na Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, a teoria da imprevisão por onerosidade excessiva, no seu artigo 478, *in verbis*:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Em brilhante ensinamento, Orlando Gomes cita Pierre de Harven, que apresentou dois métodos que apresentam exceções ao princípio da obrigatoriedade e seu sub-princípio da intangibilidade, o “da amputação e o da enxertia”.²⁶ Explica o insigne mestre que

Pelo processo da amputação retira-se do contrato uma de suas cláusulas, tendo-se por não escrita, ou substituindo-a imperativamente por outra, prevista em lei. Nesta hipótese, verifica-se a superposição do preceito legal. Uma e outra ocorrem no contrato em curso e nos que se formam com observância do comando legal. Entre nós, o processo foi utilizado na lei que proibiu os contratos com a cláusula ouro e na chamada Lei de Usura. Nos contratos que contém cláusula de pagamento em moeda estrangeira ou de juros superiores à taxa legal, o juiz deve ignorá-las, considerando-as inexistentes, para admitir que as vontades das partes sejam conforme a lei. Subsiste o contrato, amputado, porém, nessa parte. (...) Pelo processo do enxerto, introduz-se no conteúdo de determinado contrato uma obrigação como se fora convencionada, não podendo o devedor negar-se a seu cumprimento. Caso típico é o do preceito legal que assegurou a todo inquilino preferência na compra do imóvel que habita.(...)

1.4.3 Função Social

O Código Civil Brasileiro de 2002 consagrou o princípio da função social dos contratos no primeiro artigo que trata da teoria contratual (art.421), para demonstrar

²⁶ HARVEN, Pierre, apud GOMES, Orlando, op. cit., p.24 e 25.

que todo aquele que contrata deve atingir esta finalidade, deixando claro, que deve ter aplicação preponderante, senão vejamos: “Art. 421 A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Foi mais além o legislador quando, no parágrafo único do artigo 2.035, erigiu a função social do contrato a norma de ordem pública, afirmando que: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Os preceitos legais citados dão uma mostra de que estamos diante de um conceito aberto, cujo papel de relevância compete ao magistrado que vai interpretar, no caso concreto, se o contrato está cumprindo a sua função social ou não.

O parágrafo único do art.2035, reto mencionado, dá uma mostra do que pretendeu o Código Civil Brasileiro de 2002. Erigindo a função social dos contratos à norma de ordem pública a colocou em destaque, além de exigir que o magistrado deva julgar, mesmo não havendo pedido neste sentido, visto que a característica de uma norma de ordem pública é o julgamento *de ofício*.

Podemos afirmar que a função social dos contratos apresenta-se hodiernamente como um dos pilares da teoria geral dos contratos. Tem como objetivo promover o bem social, nivelando as desigualdades que aparecem naturalmente entre os contratantes, promovendo uma justiça comutativa, dando a cada um o que lhe pertence.

O princípio em comento não tem o condão de substituir os demais, como o da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, todavia, naturalmente vem fornecer elementos para interpretação e aplicação de forma moderada e não mais absoluta, atenuando o seu alcance, quando estiver em jogo interesses meta-individuais ou interesse individual coletivo ligados à dignidade da pessoa humana. Com eles não se contradiz, coexistindo no ambiente jurídico, mas com o fito de aplainar seus contornos.

Não se pode permitir que um contrato de turismo sexual seja celebrado por agência de viagem ou mesmo mantido; nem que a venda enganosa de produto ou

serviço prevaleça, causando toda uma sorte de reveses para a coletividade; nem tampouco que se permita a alienação de bens em fraude a credores, enquanto o devedor se banqueteia junto aos amigos; enfim, não se pode permitir que haja a prevalência do interesse da parte que contrata sobre o interesse social. A coletividade não tolera essa prática, e contrária a ela se manifesta principalmente quando é vítima. Cumpre, portanto, ao contrato atingir a sua função social quando é instrumento lícito de circulação de riquezas sem colidir com o interesse coletivo.

Paulo Nader afirma que “a função social do contrato exige que os acordos de vontade guardem sintonia com os interesses da sociedade, impedindo o abuso do direito”.²⁷

O abuso do direito se dá quando alguém, agindo em conformidade com o direito, extrapola seu fim social e econômico, pela boa-fé e os bons costumes. Toda norma jurídica tem em si uma finalidade, ora impondo certa conduta, ora limitando, às vezes impedindo. Quando se possibilita que determinada conduta seja cumprida, abusar do direito é ir além do permitido.

Até a presente data ainda se permite que os pais corrijam moderadamente seus filhos, direito-dever oriundo do poder familiar. Se um os ambos os genitores, ao agir corrigindo moderadamente seu filho, promove lesão corporal, estamos diante do abuso do direito. Na análise do abuso do direito deve-se levar em conta não a culpa ou o dolo, mas se a finalidade da norma foi ultrapassada, portanto, seu critério de análise é o objetivo-finalístico, como se verá adiante.

1.4.3.1 Perspectiva civil-constitucional do contrato

A revolução industrial no século XVIII, iniciada na Inglaterra traz consigo a urbanização e consigo a urbanização e a concentração capitalista. A massificação dos contratos se torna patente, com o surgimento de novas modalidades como o contrato regulado, por adesão, necessários, que tomam o lugar dos ditos contratos clássicos. Essa transformação mexeu com a principiologia dos contratos, passando a ser concebidos como econômicos e sociais, nascendo a teoria preceptiva, que apregoa que as obrigações valem não apenas porque as partes assumiram, mas

²⁷ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. VI.3. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.25.

porque interessa à sociedade.²⁸

O direito civil não pode mais ser visto nem tratado de forma estanque como o foi antes da CF/88. Os seus institutos devem ser interpretados à luz da Constituição Federal, que vai oferecer base principiológica, traçando as diretrizes necessárias para que haja uma perfeita interação entre as normas constitucionais e as infraconstitucionais. O intérprete que descurar deste preceito não cumpre bem o seu papel.

Na análise da função social dos contratos, com foco na Constituição Federal, o contrato não pode ser visto como um meio de opressão, mas sim como instrumento de pacificação de interesses colidentes.

O fenômeno de socialização de institutos jurídicos de direito privado não é hodierno. O ilustre Clóvis Beviláqua já tratava desse assunto, o que se verifica do trecho abaixo transcrito:

Pode-se, portanto, considerar o contracto como o conciliador dos interesses colidentes, como um pacificador dos egoísmos em luta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contrato. E para avaliar-se se sua importância basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, subsiste a lei no campo restricto do negocio por elle regulado. Ninguém dirá que seja o contracto o único factor da pacificação dos interesses, sendo o direito mesmo o principal delles, o mais geral e o mais forte, mas impossivel será desconhecer que também lhe cabe essa nobre função socializadora. Vêde uma creança em tenra idade. Appetece um objecto, com que outra se diverte; seu primeiro impulso é arrebatá-la, num ímpeto de insoffrido egoísmo, das mãos frágeis, que o detêm. A experiência, porém, pouco e pouco, lhe ensina que encontrará resistência, sempre que assim proceder. Seu proceder vae amoldando-se às circunstâncias e, em vez de apoderar-se à força, pede, solicita, propõe trocas, seduz com promessas capitosas e, esgotados os meios brandos, passará, então, à violência, ou aos gritos, último recurso dos fracos. Assim foi o homem primitivo, assim seria o homem civilizado, se não o contivessem os freios do direito, da religião, da opinião pública, de todas as disciplinas sociaes empenhadas na tarefa de trazer bem enjaulada a fera, que cada homem traz dentro de si. (*sic*)²⁹

Ademais é a própria Constituição da República que traça o marco divisório entre a contratação clássica e a moderna, quando dita o princípio da dignidade da pessoa humana, como objetivo fundamental da República (inciso III, art. 1º, CR/88):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

²⁸ FIUZA, César, op.cit. p.406.

²⁹ BEVILAQUA, Clóvis, apud. GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.48

Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – (...)

II – (...)

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – (...)

V – (...)

Parágrafo único: (...)

Pablo Stolze e Roberto Pamplona fazem um relato conclusivo acerca da principiologia dos contratos, frente ao Estado democrático de direito, afirmando que somente se atenderá à sua função social, sem que haja ofensa ao princípio do livre exercício da autonomia da vontade, quando:³⁰

- 1) respeitar a dignidade da pessoa humana – traduzida sobretudo nos direitos e garantias fundamentais;
- 2) admitir a relativização do princípio da igualdade das partes contratantes – somente aplicáveis aos contratos verdadeiramente paritários, que atualmente são minoria;
- 3) consagrar uma cláusula implícita de boa-fé objetiva – ínsita em todo contrato bilateral;
- 4) respeitar o meio ambiente;
- 5) respeitar o valor social do trabalho.

Sem dúvida o princípio da dignidade da pessoa humana orienta como se deve proceder na relação jurídica contratual, vislumbrando “o homem como um fim em si mesmo e não como meio ou instrumento de outrem”.³¹ Tratando da dignidade, Kant, após afirmar que o homem deve ser respeitado porque está acima de qualquer valoração pecuniária, conclui:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.³²

Tem-se que o homem, dotado de dignidade, dever ser tido como centro de atenção do ordenamento jurídico e para ele deve convergir todo o apoio que advém da norma jurídica. A função social do contrato vai ser cumprida quando estiver sintonizada com o princípio da dignidade da pessoa humana, que determina a preponderância do interesse coletivo/social sobre o individual.

1.4.4 Consensualismo

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.50.

³¹ KANT, Imanuel, apud, TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 580.

³² Ibidem, p.582.

Como visto anteriormente os contratos no Direito Romano, guardavam o formalismo como regra. No primeiro momento da história do direito romano não se cogitava da possibilidade de celebração de contratos com o simples consentimento das partes. O ritual e o simbolismo imperavam. Lembramos a existência de três formas de contratação: *litteris, re e verbis*.³³

Progrediu a sociedade e junto dela o direito como um todo, e em especial os contratos, possibilitando que hoje a regra da contratação seja a forma livre com grande avanço no propósito do princípio do consensualismo.

Consiste o princípio na possibilidade de que o simples acordo de vontades basta para celebrar o contrato. O consentimento forma os contratos, não sendo certo que todos são consensuais, alguns tem a sua validade condicionada a outros atos, como os reais pela entrega da coisa, e os formais ou solenes pelo efetivo cumprimento da forma legal ou convencional.

As partes ao consentirem devem ater-se a que suas declarações de vontades estejam em conformidade com três itens: com a natureza do contrato, com o objeto, e com as suas cláusulas. Se um pai contratando com o filho pensa celebrar com este compra e venda e o filho espera que o pai lhe doe o carro esportivo que está na garagem, não haverá contratação. Ambos devem querer e declarar que se trata de compra e venda ou de doação. Mesmo se houver conformação da vontade na mesma natureza de contrato, mas o objeto for distinto, o pai que doar o Fusca 1967, em perfeito estado que também está na garagem, mas o filho pensa que é o Chevrolet Camaro 2012, não haverá contrato. E quanto às cláusulas o judiciário está abarrotado de medidas judiciais em que não houve conformação da vontade entre as partes relativas às cláusulas dos contratos. Esta problemática tende a aparecer no momento em que o contrato deve ser cumprido, restando ao intérprete analisar se o contrato é ou não válido.

1.4.5 Boa-fé

Quanto ao princípio da boa-fé faremos neste primeiro capítulo apenas breve alusão. Por ser um dos elementos centrais da nossa pesquisa reservamos no capítulo III um espaço de destaque para este importante e moderno princípio.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p.8.

Cumpra inicialmente ressaltar que o princípio da boa fé atinge o campo da interpretação contratual e se estende como regra de segurança jurídica, consubstanciada no dever das partes em agir com lealdade, honestidade, honradez, probidade, denodo e confiança recíprocas.³⁴

Destarte, age com boa fé aquele que não apenas ganha sozinho, em uma relação contratual, mas que busca vantagem para o outro, na medida em que é honesto, leal, presta as informações devidas e relativas ao conteúdo do contrato e ao seu objeto, enfim é a conduta daquele que não apenas cuida dos seus interesses mas também dos da outra parte.

O Código Civil Brasileiro visto em sua totalidade, adota a boa-fé nas suas duas espécies: subjetiva e objetiva. O possuidor de boa-fé no direito das coisas, que desconhece os vícios da coisa adquirida, sofre análise sob o prisma psicológico, bastando apenas que prove que desconhecia os vícios. No entanto não se dá o mesmo na seara contratual, que não avalia os aspectos subjetivos do indivíduo que age com boa-fé. A análise sob o prisma contratual é objetiva, ou seja, externa ao indivíduo com foco na sua conduta. Assim não basta provar que desconhecia qualquer vício, ou que não pretendia se locupletar com o contrato celebrado deve provar que agiu com boa-fé mediante seu comportamento, que não deve ser sob sua ótica, mas analisado com vistas ao comportamento do homem médio da sociedade.

O princípio da boa-fé vem esposado no Código Civil atual em vários dispositivos, a saber:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão dos contratos, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

Os dispositivos citados informam as três funções da boa-fé no nosso sistema jurídico³⁵: 1ª interpretativa e de colmatação; 2ª criadora de deveres jurídicos anexos e de proteção; e, 3ª delimitadora do exercício de direitos subjetivos, que serão

³⁴ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.34.

³⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.105.

tratadas ao final deste trabalho.

1.4.6 Da relatividade dos efeitos dos contratos

Por fim, apregoa o princípio da relatividade dos contratos, que os efeitos dos contratos, regra geral, apenas vinculam as partes a ele encetadas, não podendo atingir terceiros, prejudicando ou beneficiando, que não se manifestaram.

Como princípio geral abrem-se exceções, tais como as estipulações em favor de terceiro, as convenções coletivas de trabalho e os herdeiros, até a força da herança, em razão de contratos firmados pelo autor da herança. Como exemplo de estipulação em favor de terceiro, e que gera efeitos em favor de terceiro, que pode até desconhecer a avença, podemos citar o segura de vida. Morto o estipulante, o promissário deve cumprir a avença em favor do beneficiário, as mais das vezes, já mencionado no contrato.

1.5 DEFINIÇÃO DE CONTRATO

Dentre as várias definições de contrato encontradas na doutrina, não há distorções que impliquem necessidade de análise ou julgamento.

Cita-se a definição feita por César Fiuza, no sentido de ter sido elaborada em laboratório, ou seja, em sala de aula, em conjunto com seus alunos, conforme menciona o próprio autor.

Segundo o renomado jurista

Contrato é o ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e sócio-econômica, que cria, modifica ou extingue, relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.³⁶

Enquanto ato jurídico lícito é cediço que os contratos advém da declaração de vontade humana, emanada de forma exterior ao indivíduo, com a devida conformação das normas, em especial as de ordem pública (coativas ou cogentes), não prescindindo da análise dos bons costumes a fim de que seja considerado válido o ato pelo nosso ordenamento e assim atingir o fim esperado pelas partes.

³⁶ FIUZA, César, op. cit., p.388.

Tal convenção deve versar sobre objetos que tenham característica patrimonial, ou seja, seu objeto deve ser aferível economicamente. Não é possível contratar a compra venda de um grão de areia, pois lhe falta aferimento econômico, nem tampouco gera o interesse pessoal de qualquer das partes em contratar.

Como espécie do gênero negócio jurídico, quem contrata espera, com base na sua autonomia de vontade, criar uma relação jurídica, adquirindo um direito, ou de resguardá-lo, de transferir, de conservá-lo, de modificá-lo ou até mesmo de extingui-lo.

A dinâmica existente nos contratos advém da própria dinâmica social. A cada momento alguém contrata, fortalecendo a segurança jurídica e possibilitando que os contratos cumpram o seu papel primordial de circulação de riquezas.

Não é possível celebrar contrato sem no mínimo a existência de duas partes, que podem ser compostas por uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas. Mais uma vez nos reportamos ao negócio jurídico bilateral ou plurilateral, visto que os unilaterais não geram contratos, mas declarações unilaterais de vontade, como no testamento.

Em regime de cooperação devem as partes se posicionar frente há uma relação jurídica contratual. Não pode uma querer ganhar a custa de gerar prejuízo à outra. Esse tipo de contrato fere interesses coletivos. Espera a sociedade que não ocorra o abuso de direito, o que é vedado pelo próprio Código Civil Brasileiro (art.187), que se daria quando alguém escudado pelo direito de contratar contratasse e gerasse danos à outra parte. Ressalte-se que a cooperação deve ser mútua.

Ninguém contrata pelo simples fato de contratar, sempre há uma necessidade. Quando não é uma necessidade econômica pode ser uma necessidade social ou até mesmo afetiva, como o prestígio, o reconhecimento e a gratidão, encontrados na doação, por exemplo.

Por fim, o ordenamento jurídico, a partir do constitucional viabiliza uma proteção jurídica entorno das partes no sentido de gerar segurança, com o intuito de que a dignidade da pessoa humana seja preservada, o que já foi longamente tratado

em tópico anterior.

1.6 PLANO DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS CONTRATOS

Como afirmamos anteriormente os contratos, como espécie do gênero negócio jurídico pode ser analisado sob três primas diferentes: da existência, da validade e da eficácia.

1.6.1 Existência

Destacamos que o elemento de existência dos contratos não tem apoio legal, ou seja não se encontra codificado, como o de validade, merecendo da doutrina tratamento relativo ao negócio jurídico. Existe o negócio jurídico e por efeito o contrato quando se tem: a manifestação da vontade, essência do negócio jurídico; sujeitos, objeto e forma.

A vontade deve ser declarada, só assim adquire autonomia. Se permanece no plano interno do indivíduo não se materializando a fim de ser conhecida da outra parte não pode haver contrato. Da vontade em si não se tira efeitos, mas somente depois de declarada.

Quanto ao segundo elemento este se explica, visto que é o sujeito que deve declarar a vontade, e quando falamos em sujeito não se trata de humano propriamente dito, sem o que excluiríamos a pessoa jurídica, mas sem deixar de mencionar o fato de que a pessoa jurídica é representada por pessoa humana.

O objeto consiste na própria prestação da relação obrigacional em si mesma. Quem contrato espera que a prestação de dar, de fazer ou não fazer, seja cumprida. Vale lembrar que o objeto deve ser idôneo, e que não se confunde com o objeto lícito. Objeto idôneo é aquele apto a produzir os efeitos que se espera em determinado contrato. Objeto idôneo no contrato de comodato é a coisa infungível, já no mútuo é fungível, por exemplo.

A declaração de vontade do agente, feita com vistas à persecução do objeto deve ser revestida de uma forma. Não se trata aqui de aspecto formal atinente à validade do contrato, mas sim de identificar apenas o veículo de transmissão da vontade, se oral, escrito, por gesto ou mímica.

Ocorrendo estes quatro elementos o contrato existe. Se existe devemos verificar se é válido.

1.6.2 Validade

O requisito de validade dos contratos está estampado no art. 104 do Código Civil Brasileiro: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.”

O primeiro requisito, subjetivo, leva a análise da capacidade do agente em declarar validamente a sua vontade. Os incapazes não tem capacidade plena de celebrar contratos, necessitando de suprimento, através da assistência (menores impúberes), representação (menores púberes), tutela (menores com pais mortos, ausentes ou que perderam o poder familiar), curatela (maiores interditos), ou até por suprimento judicial, via nomeação de curador especial.

Mas na seara contratual nem sempre basta a capacidade genérica, como explicado. Em alguns casos há a necessidade da legitimação, também denominada de capacidade especial, como exige o Art. 496 do CCB:

Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. Parágrafo único: Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

Os requisitos de validade objetivos descritos no inciso I, do art. 104, tratam especificamente do objeto em si. Este não deve ser contrário à lei (ilícito), não deve ser impossível (insuscetível de realização), não deve ser indeterminado, sob pena de nulidade ou de anulabilidade, conforme o caso. A determinação do objeto se dá em conformidade com o disposto no art. 243 que apregoa: “Art. 243. A coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade.”

Quanto ao aspecto formal, o legislador com o fito de gerar mais segurança aos contratos impõe que alguns sejam celebrados com obediência a determinada forma, não deixando às partes a livre escolha, ou seja, impôs obediência à

adequação da forma³⁷. A compra e venda de imóveis é um exemplo. Não há liberdade de forma. A parte, quando muito, na dependência do valor do imóvel, pode optar pelo instrumento escrito particular (art. 108).

1.6.3 Eficácia

O contrato pode existir, ser válido, e de ordinário surtir efeitos imediatos, o que se espera. No entanto, há contratos que podem ser inseridos elementos acidentais, que tem por objetivo prostrar o começo de seus efeitos (termo inicial), ou fazer cessá-los (termo final); indicar um evento futuro e incerto para dar início à produção dos efeitos (condição suspensiva), ou para cessá-los (condição resolutiva), ou até, na imposição de um ônus ao beneficiário, nos negócios gratuitos, em favor do recebimento de uma liberalidade maior (modo ou encargo).³⁸

1.7 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

1.7.1 Negociações preliminares

A fase de negociações preliminares tem importância significativa para a pesquisa que ora encetamos. O objeto da nossa pesquisa será observado neste ambiente, também conhecido como fase de pontuação.

Fase de pontuação³⁹, ou tratativas⁴⁰ não é fase contratual propriamente dita, mas sim uma fase que antecede a fase de formação do contrato, caracterizada por estudos, cálculos, reflexões, discussões, redação de minutas, enfim, é o momento em que as partes acertam interesses antagônicos chegando a uma avença final.

Alguns contratos, os instantâneos, são celebrados e cumpridos com tamanha rapidez que praticamente inexistente a fase de negociações preliminares, o que não é tão comum. Mesmo que as tratativas sejam breves este processo é importante.

A ausência de reflexão pode levar ao arrependimento, às vezes tardio, e com conseqüências para a parte que se torna inadimplente. O ideal é que antes de contratar haja uma reflexão acerca do objeto, condições particularidade de cada

³⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.57.

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.58.

³⁹ Ibid., p.128

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p.497.

espécie de contratos.

O ponto que levantamos agora e que está inserido no objeto da nossa pesquisa é se na fase de negociações preliminares, se uma parte deixar de contratar e recuar deliberadamente deve indenizar a outra por danos sofridos? Há danos que podem ocorrer mesmo estando os futuros contratantes ainda refletindo se vão ou não contratar? Estas e outras questões serão devidamente tratadas em capítulo apropriado

1.7.2 Proposta e aceitação

As fases de proposta e de aceitação são de suma importância para a formação dos contratos. São momentos distintos e consecutivos, em que ocorre a vinculação obrigatória entre as partes, resultando no vínculo contratual.

Proposta e aceitação, no entendimento de Orlando Gomes, não é negócio jurídico, mas sim atos que antecedem os contratos (pré-negociais), de efeitos pré-fixados em lei,⁴¹ o que é contraposto por Diniz, que cita como características da proposta, declaração unilateral de vontade, força vinculante, e negócio jurídico receptivo, além do dever de conter os elementos essenciais do negócio.⁴²

Adotamos a aceitação propagada por Orlando Gomes, não apenas por seu gabarito, mas pela confirmação advinda da interpretação contida no art. 427 do Código Civil, que abaliza a assertiva do mestre: “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Os efeitos já estão previstos na norma.

O que se vislumbra com clareza é que, sendo a proposta declaração unilateral, o proponente estará vinculado ao aceitante, quando este declarar a sua vontade aceitando-a, desde que não enseje as exceções mencionadas (art. 427), bem como as contidas nos artigos 428, 429 e 430 do CCB.

Outro aspecto que devemos salientar é o fato de que não é toda proposta que vincula o proponente, mas apenas aquelas que contém os elementos essenciais do negócio jurídico a ser celebrado (Art.429 CCB).

⁴¹ GOMES, Orlando , op. cit., p. 57.

⁴² DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.51.

A proposta deve ser clara e objetiva, descrevendo os pontos essenciais do contrato⁴³. Deve conter todos os elementos do contrato a ser celebrado.

A proposta tem característica de ser receptícia, ou seja, “É declaração de vontade que só produz efeitos ao ser recebida pela outra parte, já que, sendo receptícia, subordina-se ao consentimento do destinatário acerca da oferta”.⁴⁴

O momento de conclusão do liame contratual é de suma importância para o estudo dos contratos. Saber quando as partes estão vinculadas é necessário, sem o que não há possibilidade de verificar os efeitos da sua obrigatoriedade, que só ocorre após a celebração do contrato.

O vínculo contratual nasce quando há perfeita integração entre proposta e aceitação, sem esquecer-se de mencionar os contratos reais, que se dão por celebrados no momento da entrega da coisa, e os formais que atingem este ápice no momento em que a declaração de vontade é posta no instrumento.

Para esta análise deve concorrer dois conceitos: contratos entre ausentes e contratos entre presentes. Sob a ótica do art.428 do CCB, que não iremos aprofundar na explicação de cada inciso, verifica-se que há várias situações normativas que destacamos: proposta feita sem prazo a pessoa presente (que deve ser aceita imediatamente sob pena de perder sua força obrigatória), com a afirmativa de que, quem contrata por telefone ou qualquer outro meio semelhante é considerado presente; proposta feita sem prazo a pessoa ausente (perde a força obrigatória quando não aceita dentro do “tempo suficiente”, que é um conceito aberto); proposta feita a pessoa ausente, mas com prazo (não tiver sido expedida a aceitação dentro do prazo – teoria da expedição do art.433 CCB, com algumas exceções).

Paulo Nader define contrato entre presentes e entre ausentes, de forma clara e objetiva, dispondo que

Se houve hiato entre as mensagens, como nas enviadas por *e-mail*, a proposta há de ser considerada entre ausente (...). Quando o diálogo se processa em tempo real, para os efeitos do art. 428, I, Código Civil, os

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p.499.

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.52.

contraentes devem ser considerados pessoas presentes.⁴⁵

Pela afirmação citada, podemos concluir que quando ocorre concomitância das declarações de vontade o contrato é entre presentes, mas quando não ocorre, estamos diante de um contrato celebrado entre ausentes.

Concluindo, a título de exemplificação, quem contrata por correspondência epistolar, *e-mail*, SMS, *fax-símile*, telegrama, contrata entre ausentes. Quem contrata pela internet (*on-line*), rádio amador e por telefone (art. 428, I, Código Civil), contrata entre presentes.

Finalizando o presente capítulo, verifica-se que a teoria geral dos contratos aqui tratada oferece o suporte teórico necessário na busca da análise do objeto da presente pesquisa, que será verificado na fase pré-contratual, ou seja, que antecede à celebração dos contratos. Os preceitos legais e doutrinários expostos ao longo do capítulo que se encerra, oferece o suporte para a busca dos resultados projetados através das hipóteses levantadas.

Mas é necessário ainda, antes de aprofundar o objeto da pesquisa, apresentar os postulados da responsabilidade civil, que, juntamente com o aqui debatido, fará com que se concretizem os objetivos traçados.

É o que será tratado no capítulo seguinte.

⁴⁵ NADER, Paulo, op. cit., p. 56.

CAPÍTULO 2

DA RESPONSABILIDADE CIVIL

No presente capítulo será feita uma análise da temática que envolve a responsabilidade civil no direito brasileiro, que possibilite no capítulo seguinte o aprofundamento do objeto de estudo.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema responsabilidade civil tem empolgado os estudiosos, não só pelo fato de trazer uma acepção profunda de justiça comutativa, mas por ser um ramo do direito civil, que se comparado com os demais, sofreu em pouco tempo grandes transformações.

O aparecimento da legislação moderna como o Código de Defesa do Consumidor, dito como um micro sistema jurídico que trata da responsabilidade jurídica quando a relação jurídica for de consumo, tanto de bens quanto de serviços, nos colocou em evidência no cenário mundial, visto ser considerada uma legislação extremamente moderna e sintonizada com os mais recentes avanços desta área jurídica.

A incorporação legal da responsabilidade civil objetiva na legislação, como regra geral e abstrata, fruto da necessidade de tapar uma lacuna existente, face aos avanços tecnológicos da sociedade, buscou dar ênfase e cumprir o princípio insculpido por Ulpiano, *neminem laedere*, a ninguém se deve lesar. Se a ninguém se deve lesar, ocorrendo o dano a vítima deve ser indenizada.

Todavia, com a existência apenas da modalidade de responsabilidade subjetiva, fundada na idéia de culpa, muitas vítimas ficavam irressarcidas, pois não conseguiam provar a culpa do agente causador do dano. Destarte, quando a culpa não deve ser levada em consideração, é evidente que a vítima poderá com mais facilidade ser indenizada, o que se verifica com a responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco.

A premissa levantada neste capítulo sobre a responsabilidade civil permitirá ao leitor aplicar seus postulados não só no campo do direito civil ou consumerista,

mas ao campo administrativo, tributário, eleitoral etc., devido ao fato de que todas as relações sociais e jurídicas estão vinculadas a este instituto. Basta fazer as devidas adequações e aplicações legais particulares que o operador do direito, obterá êxito na formulação de sua tese, seja de ação ou de defesa dos seus interesses.

2.2 BREVE HISTÓRICO

Toda reflexão em torno dos delineamentos históricos de um instituto traz ao pesquisador e estudante um ganho expressivo, quiçá no campo da responsabilidade civil.

Na análise de muitos dos institutos de direito civil, nosso ordenamento herdou do direito romano suas facetas principais. No campo da responsabilidade civil não é diferente.

É de bom alvitre citar que nas sociedades pré-romanas e numa primeira fase da sociedade organizada, encontramos uma fase denominada de vingança privada, que predominava a prática da auto-tutela, em que a força física era o comando prevalente, como reação pessoal contra o mal sofrido. O ofendido reagia imediatamente à ofensa e não se cogitava ainda, da existência do direito, muito menos do Estado, para impor sua força sobre o ofensor.

Se a vítima não pudesse reagir desde logo, ocorria a *vindicta* imediata, que sofreu regulamentação posterior, motivo do surgimento da lei de talião, baseada no “olho por olho dente por dente”.⁴⁶

Após o período da *vindicta* surge a possibilidade de composição, momento em que a vítima percebe vantagens econômicas em substituição à possibilidade da vingança, face ao “olho por olho dente por dente”, mas ainda subsistindo como forma de reintegrar o dano sofrido.⁴⁷

Num estágio adiantado a vítima deixa de ter a possibilidade de fazer a vingança pelas próprias mãos. A possibilidade de composição perde o seu caráter voluntário e passa a ser obrigatório, com o realce de ser tarifada. Para cada tipo de

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil VI.IV, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.6 e 7.

⁴⁷ LIMA, Alvino, apud GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p.7

delito uma sanção pecuniária era estabelecida. Nesta fase estava em órbita o Código das XII tábuas.

Não havia naquele tempo a distinção, como hoje, de pena e de reparação. Esta só ficou conhecida e devidamente delimitada à época dos Romanos, que preconizaram a diferença entre delito público e delito privado, com tratamento diferenciado no que pertine à destinação da sanção econômica: nos delitos públicos a pena era entregue ao Estado, e, nos privados à vítima.

Quando o Estado tomou para si a função de punir, fazendo surgir a ação de indenização, é que se materializou a distinção da responsabilidade civil em paralelo à responsabilidade penal⁴⁸.

Mas é na *Lex aquilia* que encontramos um dos marcos mais importantes desta temática. Informa a doutrina que a *Lex Aquilia* adveio de um plebiscito, realizado em torno do final do século III ou no início do século II a.C., que permitia ao proprietário de bens, receber certa retribuição pecuniária, em desfavor de quem tivesse provocado prejuízo, fazendo nascer a idéia de culpa.⁴⁹

A *Lex aquilia* criou uma espécie de responsabilidade civil que extrapola o âmbito das relações negociais, fundando a denominada responsabilidade civil *aquiliana* ou extracontratual.

Foi constituída por três partes. A primeira tratava da morte de quadrúpedes que pastavam em rebanhos ou de escravos; a segunda da possibilidade de abatimento da dívida de um credor acessório em relação ao principal; e, a terceira parte, de importância significativa, regulava o *damnum injuria datum*, quando ocorresse dano a coisa ou bem corpóreo ou incorpóreo de propriedade da vítima.⁵⁰

Venosa, citando Martinho Garcez Neto faz referência à mudança do paradigma da idéia prevalente na culpa no processo de indenização, para a noção de dano, com fundamento na quebra do equilíbrio patrimonial por ele provocado, o que marca mais um ponto de relevância:

⁴⁸ Mazeaud e Mazeud, apud, GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p.7.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 8ª.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.17.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil, vl.III. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.53.

(...) coube à Escola do Direito Natural, no direito intermediário, ampliar o conceito da Lei Aquilia, até então casuística, a partir do século XVII. A teoria da reparação de danos somente começou a ser perfeitamente compreendida quando os juristas equacionaram que o fundamento da responsabilidade civil situa-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado pelo dano. Nesse sentido, transferiu-se o enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para a noção de dano. O direito francês aperfeiçoou as idéias romanas, estabelecendo princípios gerais de responsabilidade civil.⁵¹ (SIC)

O Código Civil Francês, conhecido como Código Civil de Napoleão, teve o papel de oferecer o suporte necessário que a ideia de culpa, na responsabilidade civil aquiliana veio trazer, fazendo a abstração da concepção de pena para a de reparação do dano, influenciando várias legislações no mundo, inclusive a brasileira. Além disso, teve papel predominante na retirada do critério de enumeração de casos de composição obrigatória, existentes no direito romano.

Todavia, o crescimento da teoria da responsabilidade civil não ficaria adstrita a apenas a ideia de culpa. O crescimento tecnológico, econômico e industrial, após a segunda guerra mundial, trouxe profundas reflexões no universo da responsabilidade civil. O direito visto pelo prisma social não poderia deixar de cumprir o seu papel, surgindo daí várias teorias, dentre as quais destacamos a teoria do risco, pela qual determinadas pessoas são responsáveis pela indenização, mesmo sem terem culpa.

Com a apenas a responsabilidade subjetiva, que se encontrava impotente frente às várias situações apresentadas, restando sem a devida tutela jurisdicional vítimas de danos que não obtinham êxito em provar a culpa do responsável, e, portanto, não eram indenizadas, criou-se uma lacuna, uma brecha pela qual ocorria violação ao princípio que apregoa que a ninguém se deve lesar.

A objetivação da regra de análise fundada na culpa do agente, resultou na espécie objetiva que não leva em conta a análise da culpa do responsável e que será devidamente tratada mais adiante.

No atual sistema jurídico brasileiro temos uma dualidade de regramento, coexistindo duas espécies de responsabilidade civil: a subjetiva e a objetiva. A primeira como representante do ordenamento revogado de 1916, e, a segunda como retrato do avanço social, com o acréscimo de um novo paradigma, não com rejeição

⁵¹ NETO, Martinho Garcez, apud VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p.19.

à culpa, mas com a lente da atividade de risco. Exemplo disso é o disposto no parágrafo único, do art.927, do Código Civil

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: haverá obrigação de reparar o dano, **independentemente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. **(Grifo nosso)**

A nossa proposta de pesquisa se baseia na responsabilidade civil pré contratual, com enfoque na responsabilidade civil subjetiva quanto na objetiva, na análise do dever de indenizar, o que na atualidade se mostra bastante promissor.

2.3 CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Quando se cogita do dever de conduta em uma sociedade, temos que o indivíduo deve zelar para não lesar outrem. A prática de ato ilícito, que quase sempre gera dano, promove o dever de indenizar. Quando se viola as normas de condutas impostas o agente violou um dever originário, chamado de primário, gerando um dever jurídico sucessivo, também denominado de secundário, que é o de indenizar. Por exemplo, quando determinada pessoa macula a honra e a dignidade de outrem, gerando dano moral, viola o dever originário que impõe a abstenção de prática ilícita, resultando no dever de indenizar, que se consubstancia em um dever sucessivo.

A noção de responsabilidade civil advém da idéia de obrigação, encargo ou contraprestação. Responsabilidade é, portanto,

o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.⁵²

A distinção entre obrigação e responsabilidade decorre justamente da determinação dos deveres primários e secundários. Obrigação é sempre dever jurídico primário já a responsabilidade, é tido como dever jurídico secundário.

2.4 DA IMPUTABILIDADE

Questão de importante discussão é saber sobre a imputabilidade do agente

⁵² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.2.

causador do dano, com vistas ao que dispõe o artigo 186 do atual Código Civil quando exige a livre determinação da vontade. O agente causador do dano, para ser obrigado a indenizar o dano deve ter o discernimento da sua conduta, ou seja, aquele que não compreende e não quer não incorre em culpa e, portanto não pratica ato ilícito.

O Código Civil de 1916 estampava apenas a regra geral de responsabilização civil, contida no artigo 159 e que resultou em profundas discussões sobre se o amental (louco ou demente) deveria ou não indenizar a vítima do dano. Se o amental não tem o discernimento e por isso é considerado inimputável para o direito, não pode ser responsabilizado.

Entendia a doutrina e a jurisprudência dominante à época, que a conduta do amental era equiparada ao caso fortuito, não vinculando o agente, com eventuais decisões baseadas no princípio da equidade. Se a responsabilidade não pudesse ser imputada ao seu responsável legal, por omissão ao dever de vigilância, a vítima ficava irressarcida, mesmo em casos em que o amental fosse privilegiado de recursos financeiros, entendimento que fere a noção de justiça, ínsita na teoria da responsabilização do dano. Este era o entendimento dominante até antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, atual diploma civil.

O atual Código Civil veio colocar uma pá de cal nas controvérsias existentes quando, inovando, normatizou a responsabilidade do amental, insculpindo-a no art. 928

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único: A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Tal dispositivo apregoa que deve a vítima, inicialmente, buscar o ressarcimento de seus danos em desfavor do responsável legal do incapaz. Caso este não possa arcar com a obrigação, e, o incapaz tendo recursos financeiros, arcará com a indenização, mas tão somente quando não prejudique a si próprio ou as pessoas que dele dependem.

Oportuno comentar que no caput do artigo 928 a expressão “não tiverem

obrigação de fazê-lo”, tornou-se inócua em virtude da redação do artigo 933 do Código Civil que impõe a obrigação de reparação aos responsáveis legais dos incapazes, independente de culpa, ou seja, na modalidade de responsabilidade civil objetiva, fazendo cumprir os postulados da responsabilização civil.

2.5 NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Da leitura da cabeça do artigo 927 do Código Civil se depreende que o legislador criou uma espécie de obrigação, a de indenizar: “Art.927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Partindo-se da análise de que as obrigações podem ser classificadas como voluntárias ou legais, as primeiras decorrem do negócio jurídico, com base na vontade do agente, criadas com o intuito negocial com conteúdo definido, com efeitos queridos. Já as segundas, são impostas pela lei, e os seus efeitos não são queridos pelo agente, razão porque a obrigação de indenizar deve ser vista como obrigação legal, pois é a própria lei que impõe os seus efeitos, como assevera a leitura do supracitado art. 927 do Código Civil.

Portanto, o fundamento da ideia de indenizar, hoje não está mais pautada na ideia de culpa, que influenciou os ordenamentos jurídicos da Europa, de base romanista e da América latina, como o brasileiro.

Todo dano deve ser indenizado, em princípio. Tratar do tema da reparação dos danos tornou-se algo determinante para o direito, com fulcro na necessidade de ordem, paz social e segurança jurídica. Com base neste princípio verificamos hoje que toda a base da responsabilidade civil, sem deixar a culpa de lado, pode ser encontrada no próprio fato da coisa e no exercício de atividades perigosas, desenvolvidas com certa frequência.

2.6 DO ATO ILÍCITO

Na divisão do fato jurídico identificamos o ato ilícito após uma divisão clássica.

Precisamos analisar a partir do fato jurídico. Não é todo fato social que nos interessa, mas sim aqueles que repercutem na órbita do direito, e, que por este

efeito, são denominados de jurídicos.

Os fatos jurídicos são divididos em fatos naturais e fatos voluntários. Os naturais decorrem da própria natureza, independente da ação humana, por exemplo, a morte ou a tempestade. Já o voluntário advém da ação humana, e, quando são praticados geram efeitos queridos ou não pelo agente.

Os lícitos são praticados em conformidade com o ordenamento jurídico, e, se dividem em ato jurídico e negócio jurídico. O Ato jurídico se caracteriza por ter seus efeitos predeterminados pelo ordenamento, bastando que o agente queira fazê-lo, como no caso da adoção. Ao adotar o agente não declara, antecipadamente, por exemplo, que o adotando seria seu sucessor, visto que tal efeito já está determinado na lei. Já no negócio jurídico seus efeitos são todos orientados pela vontade, que pretende criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica, como no contrato ou nas declarações unilaterais de vontade.

Os atos ilícitos são os contrários ao ordenamento jurídico, e neste trabalho é tido como de grande relevância, por tratar-se de fato gerador do dever de indenizar.

O mestre Cavalieri Filho traz uma síntese histórica do ato ilícito, informando

(...) Trata-se de uma conquista do Direito moderno, devida à obra monumental dos pandectistas alemães do século XIX, que criaram a parte geral do Direito Civil e, por conseguinte, deram-nos os fundamentos científicos de toda a teoria da responsabilidade hoje estudada. O Código Civil Alemão – BGB 1897 – foi o primeiro a abandonar a tradicional classificação romanista de delito e quase-delito e, no lugar dessa dicotomia, erigiu um conceito único – o conceito de ato ilícito.

Diniz define o ato ilícito como aquele “praticado culposamente em desacordo com a norma jurídica, destinada a proteger interesses alheios; é o que viola direito subjetivo individual, causando prejuízo a outrem, criando o dever de reparar tal lesão”⁵³. Observa-se que a autora se manifesta no sentido de que a noção de culpa é elementar no conceito de ato ilícito.

Venosa também se manifesta no mesmo sentido

(...) os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento

⁵³ DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 7ª vl. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.45.

jurídico. (...) O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia ou sucessão de atos ilícitos, uma conduta culposa.⁵⁴

Todas as definições dadas de ato ilícito seguem esta mesma linha de raciocínio, ou seja, estabelecem uma íntima ligação entre o seu conceito e o de culpa.

Com a inserção do elemento culpa na concepção do ato ilícito encontramos uma possível contradição. Se o elemento culpa faz parte do ato ilícito como tratar a responsabilidade civil objetiva que não se encontra inserida na concepção de culpa, mas sim na sua ausência, como se depreende na leitura do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, acima transcrito?

A responsabilidade civil objetiva não está pautada na idéia de culpa, e por isso não tem o autor da demanda que provar a culpa do responsável, mas apenas o dano e o nexo causal. Por esta assertiva podemos afirmar, antes mesmo de tratar dos requisitos da responsabilidade civil e por preocupação acadêmica, que a culpa não pode se inserida como um dos pressupostos ou requisitos essenciais da responsabilidade civil. Se assim não fosse poderia ter-se a ideia de que não haveria responsabilidade sem cogitar de culpa.

Mas se a responsabilidade civil objetiva não está fundada na ideia de culpa, está em que? Alguns sustentam que estaria o fato gerador da responsabilidade civil objetiva no princípio da garantia, o que não se sustenta, pois que a responsabilidade civil objetiva, por seus próprios pressupostos não se confunde com garantia, sendo, portanto, autônomo a ele, estando, ademais, consagrada no nosso ordenamento jurídico. Afirmar que o fato gerador da responsabilidade civil objetiva é a garantia é ir contra a evolução e recuar no tempo.

Como ocorre com o primeiro entendimento, o da garantia, este também não se sustenta com uma análise prática. Se o ato ilícito é aquele contrário à lei e em termos de responsabilidade objetiva podemos citar, como exemplo, a do Estado (§ 6º do Art. 37 da CF/88), a dos pais em relação aos atos praticados pelos filhos menores, e, os demais casos listados no artigo 932 do CCB, que são considerados atos lícitos, pois contrariam normas jurídicas, não podem, por antítese absoluta,

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p.23.

serem tidos como lícitos. Portanto, fica excluída a noção de licitude para respaldar a responsabilidade civil objetiva.

Não se pode ignorar que há casos em que a responsabilidade civil atinge o agente que tenha praticado dano mesmo em virtude de ato lícito, que no nosso ordenamento tem caráter excepcional, como é o caso do estado de necessidade e a legítima defesa (art. 188, CCB), dentre outras. Nestes casos não se pode falar em responsabilidade em sentido técnico, mas em mera obrigação legal de indenizar por ato lícito.⁵⁵

Destarte a ideia de culpa não pode ser arredada da noção de responsabilidade civil, visto que o artigo 186 do Código Civil faz alusão à prática de ato ilícito quando o autor do dano tenha agido com “negligência ou imprudência”, mas quanto à sua inserção como único elemento caracterizador do ilícito, deve ser repensada.

Para que se faça claro é necessário analisar o ilícito sob seus aspectos objetivo e subjetivo.

No aspecto objetivo deve-se verificar a conduta ou o fato em si mesmo, sob seus aspectos externos ao indivíduo, ou seja, analisar se está em desconformidade com a norma. A simples análise de que a norma prescreve um dever jurídico que foi violado, por si só configura a ilicitude, sem a necessidade de aferimento da vontade consciente e livre do agente, que caracteriza o aspecto subjetivo. A afronta ao direito leva a análise de que ao criar a norma o legislador, de alguma forma, elaborou juízo de valores social e econômico com a finalidade de assegurar a paz social criando a segurança jurídica. Nós integrantes da sociedade sabemos que estamos “protegidos” da ação danosa de outrem contra a nossa pessoa, patrimônio, valores da personalidade. Caso haja uma violação deste dever, temos conhecimento de que podemos buscar o Estado que utilizará da sanção, *in casu*, pecuniária para nossa proteção, e, especificamente, sem a necessidade de se perscrutar a intimidade do agente, nos seus aspectos subjetivos.

Mas de outro lado o aspecto subjetivo do ato ilícito cobra uma análise diferenciada, o qual o jurista já se acostumou a fazê-lo. É necessário o aferimento da

⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p.9.

conduta do agente, não externamente, mas de ordem interna. Somente será considerado conduta ilícita, neste caso, se o elemento vontade for aferido e identificado no caso concreto, levando-se em consideração que a conduta deve ser objetivamente ilícita (contrária à lei) e também culposa. Quando nos referimos a culposa, falamos da culpa *lato sensu* que engloba tanto a culpa *strito sensu*, negligência, imprudência e imperícia, quando o dolo que é a vontade consciente de praticar o dano.

2.7 DO ATO ILÍCITO E DO DEVER DE INDENIZAR

A prática de ato ilícito traz em si mesma, como raciocínio lógico e obrigatório o dever de indenizar. Mas quando se trata da indenização por ato lícito, inicialmente parece tratar-se de uma contradição, um verdadeiro paradoxo, afirmar que o agente deve reparar o dano. No entanto, a obrigação de indenizar pela prática de ato lícito é excepcional, mas de forma alguma contraditória.

Não poderia ser de outra forma, do contrário a noção que se tem do dever de reparar o dano seria inócua, abrindo espaço para a injustiça e abonando o desequilíbrio econômico nas relações sociais e jurídicas.

Alguns dispositivos do Código Civil devem ser invocados para esta análise, e, em primeiro lugar o art. 188.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único: No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

O artigo 188 não deixa dúvidas quanto a não ser ato ilícito aqueles atos que forem praticados em legítima defesa e no exercício regular de um direito, nem em estado de necessidade.

A legítima defesa e o exercício regular do direito serão tratadas nas hipóteses de causas excludentes de responsabilidade civil no item 1.12.

A análise do estado de necessidade cria contornos diferenciados, que

aparentemente pode gerar dúvidas. Seria o caso de um motorista que, trafegando por uma rua, se depara com uma criança de atravessa na frente de seu veículo. Para evitar o atropelamento e na defesa de um direito maior ou de igual conteúdo, faz uma manobra brusca e abalroa veículo de terceiro que estava estacionado na rua. Podemos citar ainda as hipóteses de desapropriação e de servidão, todas modalidades de ato lícito, que cobram a reparação do dano.

O que é necessário aferir é qual o fundamento da responsabilidade civil por ato lícito, ou seja, porque é necessário indenizar ?

A dúvida quanto à formulação legal não existe, pois o legislador foi extremamente claro ao elaborar a regra, dispondo no art. 929 e 930 do Código Civil, que

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art.188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art.188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

O que intriga é o fato do ato praticado gerar o dever de indenizar. Olhando pelo prisma da vítima do estado de necessidade, deixá-la sem indenização seria o mesmo que transferir a ela um ônus pelo qual não contribuiu nem participou. Em suma, ela é a parte que merece proteção, como de fato está estampado no artigo 929. Se não foi culpada deve ser ressarcida dos seus prejuízos por quem os praticou, que tem ação regressiva contra o responsável pelo dano. Ademais é importante destacar que o ato será legítimo “somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”, o que dispõe o parágrafo único do art. 188 do Código Civil.

A reparação do dano no estado de necessidade, não pode a rigor ser visto sob a ótica da responsabilidade civil porque, o agente não age violando nenhum direito pré-existente, mas pratica um ato amparado pelo direito, sendo, portanto, lícito.

A noção da reparação de dano pela prática de ato lícito deve ser fundada na

noção de equidade, por não ser justo impor ao prejudicado o sacrifício sofrido para amparar o direito do agente que fez uma escolha, protegendo um direito maior que o danificado. Com a afirmativa de que a equidade deve ser vista como fundamento da reparação do dano no estado de necessidade, vejamos a conclusão trazida por Cavalieri Filho ao tema em análise:

Em suma, o que está em causa é uma questão elementar de justiça comutativa, que se resume em saber quem é mais justo que suporte o dano, se o titular da coisa sacrificada ou do direito lesado, ou se aquele que se encontra em estado de necessidade. A lei optou por este último desde o Código de 1916, e neste sentido se firmou a jurisprudência.⁵⁶

2.8 DO ABUSO DO DIREITO

Não causa dano quem age em conformidade com o direito. A título de exemplo, o credor que propõe ação de cobrança o faz em perfeito cumprimento da ordem jurídica, exercitando um direito subjetivo de exigir que o devedor cumpra a sua obrigação; o protesto de um título cambial não adimplido em tempo hábil, também configura o exercício de um direito.

Todavia, a exposição da pessoa do devedor ao ridículo através de uma cobrança pública e vexatória extrapola os limites da norma; bem como o protesto do título cambial antes de vencido, configurando o abuso do direito. O uso nocivo da propriedade, com ofensa aos direito de vizinhança, também pode se usado como exemplo de abuso do direito, dentre vários outros.

Conforme sintetiza Tartuce, com suporte em Renan Lotufo, o conceito de abuso de direito tem suas origens na *aemulatio* do direito Romano, ou seja, no “exercício de um direito, sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem”.⁵⁷

Silvio Rodrigues entende que foi através da concepção de Josserand, segundo o qual os direitos tem conotação social, com um forte apelo coletivo, e na busca de uma finalidade, devendo sob este foco serem concebidos e exercidos, que a teoria do abuso do direito atingiu o seu ponto de desenvolvimento, acrescentando

⁵⁶ Ibidem., p.536 e 537.

⁵⁷ LOTUFO, Renan, apud. TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil. 6ª ed. São Paulo: Método, 2011. p.335.

que o legislador pátrio se orientou neste sentido⁵⁸.

Vejamos a dicção do artigo 5^a, da LINDB (lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), nomenclatura moderna, com precisão jurídica ampla e acertada, visto que as normas tratadas na lei não se limitam ao âmbito do Código Civil. “Art. 5^o. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. O artigo, por si só, confirma a tese do eminente e saudoso jurista, Silvio Rodrigues.

Não há direito absoluto, portanto, o seu exercício deve estar condicionado a valores e limites expostos pela própria norma, de forma explícita ou até mesmo implícita.

Quem exerce o seu direito o faz nos moldes especificados pela norma. Toda norma jurídica tem a sua finalidade, seja econômica, social, impondo limites à conduta do agente através da necessidade de cumprimento dos preceitos da boa-fé e dos bons costumes. Pelo menos é assim no sistema jurídico privado.

O ditame legal insculpido pelo Código Civil Brasileiro afirma que: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Verifica-se que o legislador se preocupou em orientar a norma com preceitos de ordem geral, um conceito aberto, que deverá ser aplicado no caso concreto sob análise do julgador, no sentido de verificar se a conduta do agente encontra-se dentro dos parâmetros tecidos pela norma.

Quatro aspectos devem ser analisados pelo intérprete: fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes. A responsabilidade neste caso é objetiva com um critério de análise finalístico, ou seja, o abuso do direito estará caracterizado quando o agente extrapolar a finalidade pela qual foi criada a norma, sem se cogitar se tenha agido com culpa ou dolo, é o entendimento da I Jornada de Direito Civil realizado pelo Conselho da Justiça Federal, que editou o enunciado nº 37, com a seguinte redação: “Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito

⁵⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil VI.I. 34^a ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.321.

independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.⁵⁹

Não se pode confundir o ato ilícito em si, contrário ao direito, com o abuso do direito que também é tido como ato ilícito pelo legislador, mas que só se configura como demonstrado, quando ocorre a extrapolação dos limites legais, no exercício de um direito subjetivo. Quem explica este aspecto é César Fiuza:

(...) Se tanto no abuso do direito, que é ato ilícito funcional, quanto no ato intrinsecamente ilícito, o agente pratica ato antijurídico, no abuso do direito, há o exercício legítimo de um direito subjetivo, que ultrapassa certos limites, enquanto no ato intrinsecamente ilícito, tal não se dá. Em outras palavras, o ato intrinsecamente ilícito nada tem de exercício legítimo de direito.⁶⁰

Outro aspecto que merece comentário é o fato certo do arbítrio do julgador na análise do que deve ser considerado como situação de abuso do direito. Tal arbítrio não mercê preocupação, pois é apenas aparente. O juiz vai julgar com o enfoque social do seu tempo, sintonizado com o contexto em que vive, com os valores morais e éticos do momento da decisão, e, caso haja algum desvio, deve ser considerado que a sua análise vai ser revista por seus pares, quando a decisão for levada a recurso.

Trataremos da teoria do abuso do direito com profundidade no capítulo seguinte, pois é nele que enfrentaremos grande parte das questões de análise do nosso objeto de pesquisa.

2.9 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Citamos quatro funções da responsabilidade civil, a saber: ressarcitória, compensatória, punitiva e sociopreventiva.

2.9.1 Ressarcitória

A primeira função da responsabilidade é a que mais se releva frente às demais, pois é a expressão da justiça frente à ação nefasta do agente que comete dano. Nos mais mezinhos deveres impostos ao indivíduo na sociedade notamos a excelência da regra de restituir o patrimônio da vítima, que sofreu desequilíbrio, ao *status quo ante*, ou seja, ao estado anterior ao dano.

⁵⁹ TARTUCE, Flávio, op. cit., p.337 e 338.

⁶⁰ FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.258.

Encontra-se fundada no princípio da *restitutio in integrum*, isto é, deve-se sempre ter em mente o retorno na vítima ao estado anterior ao do dano, fixando indenização que tenha relação direta com o dano sofrido.

Neste sentido Arnold Wald, se refere à função ressarcitória, sintetizando-a nos seguintes termos: (...) “a obrigação de ressarcir nada mais é do que a garantia de proteção da propriedade dos bens que compõem o patrimônio de determinado indivíduo, que é considerada uma projeção de sua própria personalidade.”⁶¹

2.9.2 Compensatória

Se há situações de desequilíbrio econômico que permitem à vítima voltar ao estado anterior ao dano, há danos em determinados bens que não permitem esta volta.

No patrimônio ideal do indivíduo há bens de valor econômico, denominados de patrimoniais, e outros que não podem sofrer valoração direta, chamados de extra patrimoniais, mas que por isso não merecem menos proteção que os demais.

Os direitos da personalidade, como a honra, a imagem, o nome, a intimidade, a privacidade, quando violados e com o conseqüente efeito danoso, não permitem que a vítima retorne ao estado anterior. Assim, seria impossível reparar o dano, razão porque, nestes casos deve-se compensar a vítima.

A compensação do dano, na substituição de uma coisa que falta por pecúnia é a forma encontrada pelo ordenamento, para fazer cumprir a função da responsabilidade civil, nos casos de lesão a direitos que não são, diretamente, conversíveis a dinheiro, neutralizando a dor sofrida. É o caso, por exemplo, da mãe que perde seu filho, arrimo de família, atropelado e morto no trânsito, por imprudência do agente, sofrendo uma profunda dor moral, resultante no dano moral. A perda do filho é insuperável, não sendo possível trazê-lo de volta, todavia, recebe uma compensação pela ausência do filho, a indenização pela morte, o que de certa forma ameniza o sentimento da perda, bem como o de impunidade, que as mais das vezes pode se dar com vistas ao ilícito penal, pois no exemplo ocorre repercussão

⁶¹ WALD, Arnoldo e GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito civil: Responsabilidade civil. VI.7. São Paulo: Saraiva, 2011. p.53.

em dois ramos do direito.

2.9.3 Punitiva

A terceira função mencionada e não menos importante é a de punir o agente causador do dano. Esta função tem o condão de impingir ao agente uma punição pecuniária relativamente ao dano por ele praticado. Resulta de uma ação que caracteriza a responsabilidade criminal e que visa efetivamente punir o agente causador de um dano.

No direito criminal as penas tem um sentido de assegurar que o agente sofra, na maioria das vezes, pessoalmente, quando sofre a restrição da liberdade ou a restrição de direitos, a punição esperada pela sociedade. O que não é distinto da função punitiva da responsabilidade civil que pune, mas não diretamente a pessoa do agente, mas indiretamente, quando atinge o seu patrimônio.

O que se questiona é o fato de punir o agente causador do dano quando a espécie de responsabilidade civil não for objetiva, fundada no risco da atividade e não na culpa. Quando se tratar da responsabilidade subjetiva é perfeitamente admissível, mas sem que haja culpa, apenas se justifica se for possível insistir com as pessoas para a necessidade de adoção de medidas preventivas de proteção com o intuito de evitar danos.⁶²

Necessário é ter em mente que as demais funções da responsabilidade civil cumprem um papel de relevância, e podem minimizar o papel da função punitiva, que deve ser tratada com cautela para não fazer da responsabilidade civil uma taboa rasa de crucificação do agente, que tem que ressarcir ou compensar a vítima, e ainda sofrer os efeitos da repercussão sócio-educativa, que em alguns casos pode ser mais dolorido que o desembolso pecuniário.

Noronha recomenda cautela na aplicação desta função, manifestando que (...) “não se deve exagerar na idéia de punição da responsabilidade civil: a função dissuasora desta tem sempre um papel acessório; em princípio, a responsabilidade visa apenas reparar danos”⁶³

⁶² NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.462.

⁶³ Ibidem, mesma página.

2.9.4 Sociopreventiva

Arnoldo Wald, com muita propriedade, elucida o papel da função sociopreventiva:

A função sociopreventiva, como o próprio nome sugere, é pautada pelo princípio da prevenção ou da precaução, o qual estabelece um sistema baseado na prudência, criando assim, um dever geral de segurança, o qual deve servir de leme para a responsabilidade civil.⁶⁴

Educar é mais interessante que punir, não resta dúvida. No entanto, educar o homem não é tarefa fácil, por isso coibir comportamentos está mais em sintonia com esta função da responsabilidade civil.⁶⁵ No âmbito da responsabilidade civil criar uma conduta ideal é uma utopia, mas insistir para que o dano seja evitado é papel de grande importância.

As denominadas punições exemplares demonstram aos indivíduos, envolvidos na prática do dano, quanto os não envolvidos, que devem ter prudência e cautela no lidar com situações que possam levar a causar prejuízos a outrem.

Para isso a imprensa presta um relevante serviço, ao divulgar as condenações pecuniárias vultosas, principalmente quando são condenadas grandes empresas ou pessoas de renome na sociedade, demonstrando aos demais integrantes do quadro social que não pratiquem dano, senão poderão estar amanhã na mesma condição do agente que está sofrendo a sanção econômica. Ou se aprende com os próprios erros ou com os dos outros. Com os dos outros é sempre mais agradável. É essa a mensagem que a função sociopreventiva quer fixar.

2.10 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE

No presente tópico vamos analisar as características de cada uma das modalidades de responsabilidade iniciando com a diferenciação da civil e da penal, com o enfoque na dimensão da repercussão da sanção; verificando as nuances da responsabilidade contratual e da aquiliana; da subjetiva fundada na ideia de culpa e a objetiva na teoria do risco. Por fim traçaremos os contornos da responsabilidade nas relações de consumo.

⁶⁴ WALD, Arnoldo e GIANCOLI, Brunno Pandori, op. cit., p.65

⁶⁵ Ibidem, p.464.

2.10.1 Responsabilidade civil e penal

A responsabilidade civil não difere da penal senão quanto ao grau de intensidade da repercussão da sanção imposta pelo estado, que tem uma postura de punir as condutas humanas mais graves, pela lei penal. Já as menos graves são postas sob a ótica do direito civil, impondo a sanção pecuniária.

A natureza na norma é o que distingue estas duas espécies de responsabilidade. Sob o prisma ontológico não há diferença entre estas duas modalidades de responsabilidade.

No campo prático a responsabilidade civil atinge um campo bem mais vasto de condutas que a responsabilidade penal que, como foi dito, busca sancionar apenas as condutas mais ofensivas. O código penal no seu artigo 475-N vincula a sentença penal condenatória como título executivo judicial, não criando a necessidade de provar no cível as questões já debatidas e provadas no juízo criminal, tendo o magistrado do juízo cível apenas que arbitrar o *quantum debeatur* da indenização. Já a sentença cível não faz coisa julgada no juízo criminal.

A conduta que ofende o campo de atuação da responsabilidade civil se limita a prejudicar um indivíduo ou um grupo, mas a conduta na responsabilidade criminal atinge toda a sociedade. Toda a sociedade sofre quando ocorre a prática de um homicídio, que deve ser a todo custo punido e evitado. O temor atinge todos os integrantes do círculo social, mesmo não estando vinculados diretamente ao fato.

Destaca-se o fato de um mesmo fato repercutir em dois ramos do direito. O homicídio é exemplo disso. O agente infrator deve arcar com a sanção criminal, assim como a de ordem civil, sem que isso implique em *bis in idem*.

2.10.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

A divisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual segue mais uma linha didática do que científica, visto que a análise se dá em face da norma violada.

Se a violação ocorre por força de um dever jurídico preexistente, contido em norma jurídica estaremos diante da responsabilidade civil extracontratual, também

denominada de aquiliana, em virtude da *lex aquilia*, herança do direito romano, oriunda da prática de ato ilícito. Ressalte-se por oportuno que o ilícito pode advir de culpa, abuso do direito ou mesmo de atividade de risco.

Mas se ocorre em virtude de norma contratual, nascida de um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, identificada pelo inadimplemento da obrigação assumida a responsabilidade é contratual.

Podemos mencionar três diferenças básicas entre estas duas espécies de responsabilidade civil: a primeira é que na relação contratual a vítima e o agente já devem ter se aproximado, firmado a obrigação, cuja violação constitui o inadimplemento, já na aquiliana o dever descumprido é a conduta negativa imposta a toda a sociedade por lei, de não violar direito alheio; a segunda consiste no ônus da prova que deve ser provada pela vítima, na responsabilidade civil aquiliana, salvo quando for objetiva (independente de culpa), e, na contratual é presumida, com a inversão do ônus da prova, restando à vítima apenas provar o inadimplemento da obrigação; a terceira diferença está na capacidade para a prática do ato que no caso da contratual só vincula a parte que tenha capacidade civil, ou se estiver devidamente representado, ou ainda se ocultou dolosamente a sua idade, quando menor púbere, o que não ocorre na aquiliana, que vincula o responsável legal do menor que praticou o dano independentemente de haver culpa *in vigilando*.⁶⁶

2.10.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

A ideia de culpa está intimamente ligada à responsabilidade civil subjetiva, sinal que vem de longa data, que se refere à responsabilidade daquele que provocou dano com negligência, imprudência ou imperícia, inclusive se agiu com dolo.

A definição clássica da responsabilidade civil está adstrita à identificação e prova de culpa do agente causador do dano, que deve ser reparado, para fazer valer o lema de que a ninguém se deve lesar.

O Código Civil de 2002 estatuiu a regra subjetiva no artigo 186 ao estabelecer que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.60 e 61.

direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. A presença da culpa *lato sensu* na culpa *strito sensu* (negligência e imprudência) e no dolo, marcam a primeira grande regra de responsabilidade civil no Código.

Por esta modalidade deve a vítima provar a culpa ou o dono do agente, sem o que não logrará êxito na indenização do dano sofrido.

Mas a modalidade objetiva independe de culpa do agente, pois o seu fundamento está cravado na teoria do risco da atividade (parágrafo único do art.927, CCB), consubstanciados no risco da empresa, no risco administrativo e no risco perigo.⁶⁷

O responsável, que nem sempre é quem pratica diretamente o dano, responde pela ação danosa, sem que a vítima tenha que provar a sua culpa, bastando provar a conduta do agente e o nexo de causalidade, para que obtenha a tutela jurisdicional pretendida.

O Código civil traz uma modalidade de culpa presumida, em que o autor não precisa aprovar a culpa do agente, que é bastante parecida com a modalidade objetiva, mas com ela não pode ser confundida. A diferença é simples: na culpa presumida o elemento culpa existe, só não precisa ser provado pela vítima, ocorrendo a inversão do ônus da prova, ou seja, é o réu que deve provar que não teve culpa; quanto à responsabilidade objetiva não há que se cogitar de culpa do agente, ela é irrelevante.

O Código menciona a responsabilidade do dono ou detentor do animal por lesão que cause a terceiro no artigo 936, na modalidade de culpa presumida, com presunção *juris tantum*, invertendo o ônus da prova, para o dono ou detentor do animal, que somente não serão responsabilizados se provarem culpa da vítima ou força maior.

A teoria do risco foi acolhida pelo Código Civil, no parágrafo único do art.927, e busca explicar a responsabilidade civil objetiva. O parágrafo único, do art. 927 elucida as características da teoria: “haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

⁶⁷ NORONHA, Fernando, op. cit., p.509

normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Responde independente de culpa aquele agente inserido em conduta disposta na lei, ou aquele que desenvolve, com certa normalidade, atividade que exponha outrem a risco, obtendo proveito econômico.

Os perigos da vida moderna, o crescente número de acidentes e a grande dificuldade de provar a causa e comumente a culpa do agente, restando irressarcida a vítima, levou ao surgimento da teoria do risco, que dispensa a culpa, facilitando o cumprimento do papel do direito e da justiça.

A responsabilidade objetiva não é novidade do nosso tempo, mas apenas um processo de retorno há uma modalidade de responsabilidade existente no direito Romano, conhecida como da vingança privada, sem se fundar no risco.⁶⁸ O processo de evolução se deu a partir da vingança privada em que não se perquiria da culpa do acusado, para a introdução da culpa como elemento necessário para a caracterização da responsabilidade, chegando à atualidade em que coexistem as duas modalidades de responsabilidade, a subjetiva e a objetiva.

A responsabilidade civil objetiva pode ser subdividida em duas modalidades, a objetiva comum e a agravada. Ambas prescindem da análise de culpa, tendo as mesmas conformações oriundas do risco da atividade, todavia com diferenças neste último critério.

Quem defende a subdivisão da responsabilidade objetiva em comum e agravada é o insigne Fernando Noronha que se expressa:

(...) Na comum exige-se que o dano seja resultante de ação ou omissão do responsável (embora não culposa), ou de ação ou omissão de pessoa a ele ligada, ou ainda de fato de coisa de que ele seja detentor. Na agravada vai-se mais longe e a pessoa fica obrigada a reparar danos não causados pelo responsável, nem por pessoa ou coisa a ele ligadas; trata-se de danos simplesmente acontecidos durante a atividade que a pessoa responsável desenvolve. (...) ⁶⁹

O mesmo autor menciona o fato de que tal modalidade não se encontra expressamente codificada enquanto modalidade de responsabilidade civil e cita

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p.31.

⁶⁹ NORONHA, Fernando, op. cit., p.510.

como exemplo a responsabilidade do transportador de pessoas, por acidente com passageiro, que não é ilidida por culpa de terceiro, encontrada no art. 735 do Código Civil: “Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva” (sic: correto seria “ilidida”).⁷⁰

Nota-se que o campo da responsabilidade civil ainda é muito fértil a sagrar novas modalidades de responsabilidade, como a objetiva agravada.

Citamos como situações descritas pela lei como de natureza objetiva, fazendo jus à primeira hipótese do parágrafo único do art. 927 do CCB: Lei de acidentes do Trabalho; Código Brasileiro de Aeronáutica; Lei 6.453/77 (responsabilidade do operador de instalação nuclear); Decreto Legislativo (responsabilidade civil das estradas de ferro); Lei 6.938/81 (danos ao meio ambiente); Código de Defesa do Consumidor, dentre outras.

2.10.4 Responsabilidade civil nas relações de consumo

O Código de Defesa do Consumidor, Lei. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e que entrou em vigor em março de 1991, veio a lume por ordem constitucional. A CF/88 dispôs no seu artigo 5º XXXII que, o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

O artigo 1º do CDC coloca as suas normas com a marca da ordem pública e com finalidade social de longo alcance: “Art. 1º O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e de interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

O CDC é um micro sistema jurídico com normas que tutelam as relações de consumo, sejam no âmbito público ou privado, contratual ou extracontratual, estabelece normas de direito material e processual, com o objetivo de tutelar os consumidores, ou seja, praticamente dispensa outras legislações, quando a relação jurídica tiver em um de seus pólos a figura do consumidor, que ele mesmo define.

⁷⁰ Ibidem, p.511.

Como o CDC trouxe uma nova ordem de proteção que alcança um contingente razoável de indivíduos, permitimos afirmar que ele trouxe uma nova faceta, ou até mesmo, uma nova área dentro da responsabilidade civil, consubstanciada no dever de segurança, tamanha é a sua aplicação nas relações cotidianas.

Dispensaremos um tópico no próximo capítulo para tratar desta relevante área da responsabilidade, demonstrando que o CDC adotou a responsabilidade objetiva, face aos produtos e serviços ofertados para consumo.

2.11 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Existe muita imprecisão doutrinária quanto a caracterização dos elementos que são essências para a configuração da responsabilidade civil. Uns aparecem mais e outros menos, tendo em vista as várias espécies de responsabilidade civil estudadas. Por este fato adotamos uma classificação que divide os elementos em essenciais e em especiais, por entendermos ser a que mais espelha a realidade do instituto em análise.

2.11.1 Elementos essenciais

Entre os elementos essenciais estão a conduta do agente, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

2.11.1.1 Conduta

A conduta do agente é a forma com que ele se manifesta nas suas relações sociais, e na órbita da responsabilidade civil é vista como o meio de manifestação voluntária do indivíduo quando em análise a prática de um dano, sem se cogitar se agiu com ou sem culpa. A afirmativa de que não se deve analisar a culpa é porque a culpa não é tida como elemento essencial e sim especial, existente apenas na responsabilidade civil subjetiva, que é fundada na culpa do agente.

A conduta do agente que pode levar a prática de dano pode ser a positiva (comissiva) ou a negativa (comissiva), coordenada pela vontade do agente, que promove a prática do dano. A ação é uma forma bastante comum de exteriorização da conduta, pois sob a ordem jurídica todos tem o dever de abstenção em violar

direito alheio. Já a conduta omissiva é aquela em que o agente deveria agir, por dever legal pré existente e não o faz, causando dano. O fazer impediria a causa do dano. É o caso do professor de natação que, distraidamente, deixa o aluno, menor de idade, se afogar.

A voluntariedade é o que caracteriza a conduta humana, formadora da relação de responsabilidade civil. Os fatos da natureza são despidos de voluntariedade, e, por isso, não se pode responsabilizar quem quer que seja por um terremoto que cause danos. A liberdade de escolha que o indivíduo imputável faz com discernimento necessário e que demonstre consciência da sua ação é o que determina a voluntariedade.

Gagliano e Pamplona Filho traz um exemplo extraordinário ao afirmar que não há voluntariedade no fato de alguém, examinando um pergaminho do século III, sofrer uma micro-hemorragia nasal, e involuntariamente, espirar, causando dano ao manuscrito.⁷¹ Se não há voluntariedade, não há ação humana, caracterizadora da responsabilidade civil, apesar de ter havido dano.

Os mestres continuam a brilhante explicação concluindo que

(...) a voluntariedade, que é pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, primeiro elemento da responsabilidade civil, não traduz necessariamente a intenção de causar dano, mas sim, e tão somente, a consciência daquilo que se está fazendo. (...) Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato.⁷²

Destarte, o fato de o agente ser menor absolutamente incapaz, e sem consciência da ilicitude de um ato por si praticado, não exclui a responsabilidade dos pais em indenizar a vítima. A consciência não deve ser do conteúdo jurídico do ato, ou mesmo de seus efeitos, mas sim da conduta em si mesma.

A voluntariedade da conduta pressupõe o controle pela vontade do agente o qual se imputa o fato, de sorte que estarão excluídos aqueles praticados

sob coação absoluta; em estado de inconsciência, sob efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios,

⁷¹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.69.

⁷² Ibid., p.70

navrágios, terremotos, inundações etc.⁷³

2.11.1.2 Dano

O dano é tido como um elemento essencial na da teoria da responsabilidade civil, sem o que não se pode falar no dever de indenizar. Pode a responsabilidade aquiliana ser caracterizada sem a existência da culpa, mas não sem o dano.

Doutrinadores há que afirmam categoricamente que não há responsabilidade civil sem dano, como, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Sérgio Cavalieri Filho, Maria Helena Diniz, mas tal fato não se reveste do rigor por eles tratados.

Todavia, o *caput* do art. 416 do Código Civil traz uma hipótese expressa de indenização sem prejuízo, ou seja, sem a existência de dano. Na obrigação assumida por ocasião da celebração de um contrato, as partes podem inserir uma cláusula penal por mora (atraso), no adimplemento da obrigação. É o caso de quem aluga um veículo e se obriga a entregá-lo em dia certo e a hora certa. Não o fazendo até o momento marcado, o devedor em mora, arca com uma indenização, em favor do credor, independentemente da existência de prejuízo. Estamos diante de uma hipótese de indenização sem a existência de dano, em uma relação contratual, que foge à regra geral de que só há indenização se existir dano.

Com extremada maestria, Cavalieri Filho, demonstra a caracterização do dano quando ensina que

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto assim é que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa. Se o motorista, apesar de ter avançado o sinal, não atropela ninguém, nem bate em outro veículo; se o prédio desmorona por falta de conservação pelo proprietário, mas não atinge nenhuma pessoa ou outros bens, não haverá o que indenizar.⁷⁴

Se determinada pessoa é vitoriosa em uma demanda judicial que não ficou provado o dano, estamos diante de um ato ilícito denominado de enriquecimento

⁷³ DINIZ, Maria Helena, op. cit., p.44

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p.70 e 71.

sem causa. Portanto, o dano é não só o fato constitutivo, mas, a causa determinante do dever de indenizar.

Dano ou prejuízo seria, portanto, “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.⁷⁵

Do conceito se extrai a informação de que o dano pode ferir, não só a esfera do patrimônio material da vítima, como também os valores personalíssimos a que faz *jus*. O patrimônio do indivíduo é formado por bens materiais e bens imateriais. O bom nome, a honra, a imagem merecem proteção jurídica, na compleição do patrimônio *latu sensu*.

A concepção do dano moral, anteriormente refutada na legislação e até mesmo por grande parte da doutrina, tem hoje base constitucional e é cabalmente tutelada pelo nosso ordenamento civil. A pessoa e não o patrimônio é o centro de relevância e de proteção do ordenamento, para fazer gerar a proteção necessária, não com foco no individualismo, mas no social, visto que não há nenhum tipo de dano que não tenha repercussão social. A ofensa a qualquer valor da personalidade ou o prejuízo a um determinado bem material, repercute fora da esfera da vítima, interessando a toda a sociedade, que espera a proteção ao vitimado, na certeza que também obterá a mesma proteção.

O que determina o dano para o fim de ser indenizável são quatro características: a violação há um interesse jurídico patrimonial ou extra patrimonial de uma pessoa, física ou jurídica, a certeza do dano, a subsistência do dano e a sua imediatidade.

Pelo conceito de dano anteriormente citado, verificamos que todo dano pressupõe a ofensa a um bem tutelado, mesmo que seja um bem não patrimonial.

A segunda característica do dano e a sua certeza, que deve ser vista pela ausência de abstração ou hipótese de dano, ou seja, sobre o mesmo não deve pairar nenhuma dúvida, não se confundindo com a atualidade e ao montante do dano. Lesão corporal na face de um modelo fotográfico é certo, ocorrido por um fato atual, mas que gera efeitos para o futuro, é certo e não hipotético.

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.78.

Uma teoria que convém tratar é a perda de uma chance futura, que teve origem na década de 1960 no direito na França, que possibilita a indenização quando houver perda de uma chance futura. Mas não é qualquer perda futura que é indenizável, mas sim aquela que tira do lesado uma chance real e séria de obter a situação esperada no futuro.⁷⁶

A perda da chance é um fato que pode trazer certa dúvida na análise do dano, quando apresentado o caso concreto. Um advogado que não recorreu de uma sentença é que por efeito transitou em julgado, alegando prejuízo o cliente obterá êxito na demanda, ou seja, o dano é neste caso certo? É uma questão que deve ser analisada mediante o mesmo critério de certeza que qualifica o dano. Se a pretensão do autor, respaldada em fato ou em violação de direito, ocorreu de forma clara e cristalina, mas não obteve êxito na sentença por um equívoco do magistrado, estando devidamente corroborado por jurisprudência unânime dos tribunais superiores, é considerado certo, merecendo a devida reparação. Todavia, se não houve a certeza, sendo o fato ou a violação do direito apenas uma probabilidade, certeza não há, não se cogitando do dever de voltar a parte ao *status quo ante*.

Arnold Wald faz uma brilhante alusão ao tema, nos seguintes termos:

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável a terceiro, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Essa probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de relativa certeza.⁷⁷

A perda da chance não está positivada, restando à jurisprudência papel de aplicação, com fulcro nas próprias características que revestem o dano.

A subsistência do dano consiste na existência do dano no momento em que é exigido em juízo a reparação. Se for custeado pela vítima ou por terceiro, no caso o segurador ocorre a subsistência pelo quantum da indenização.

Quanto à quarta característica do dano, a imediatidade se encontra estampada no artigo 403 do Código Civil e consiste na regra que somente se

⁷⁶ WALD, Arnoldo e GIANCOLI, Brunno Pandori, op. cit., p.99.

⁷⁷ Ibid., mesma página.

indeniza o dano que tem por efeito direto e imediato, oriundo da conduta do agente e que pode atingir terceiro de forma excepcional.

Há várias espécies de danos, sob os quais teceremos breves considerações.

O dano patrimonial consiste no prejuízo sofrido pela vítima relativamente aos bens que integram o seu patrimônio, e que são apreciáveis economicamente. Divide-se em dano emergente e lucro cessante. Numa acepção simplificada, o dano emergente é o que a vítima perdeu e o lucro cessante é o que razoavelmente deixou de ganhar, por ocasião do dano sofrido.

O dano moral é outra espécie bastante comentada, mesmo no palco dos acontecimentos que envolvem os leigos em direito, e, muitas vezes é utilizado como instrumento de ameaça, frente a um aborrecimento corriqueiro.

Sérgio Cavaliéri Filho conceitua o dano moral à luz dos princípios constitucionais vigentes sob o aspecto que denomina de *estrito sensu*, consubstanciado no princípio da dignidade humana, destacando que sob este prisma o dano moral não está vinculado a nenhuma reação psíquica da vítima, assinalando que dor, vexame, humilhação e sofrimento podem ser vistas como consequências e não como causas; em sentido amplo o dano moral abrange todas as violações aos direitos da personalidade, com alcance nas ofensas praticadas à pessoa, sob o aspecto individual e social, sem necessariamente ter ofendido a sua dignidade.⁷⁸

Outra espécie de dano que iremos tratar é o dano estético, verificado quando “o agente provoca lesões corporais indeléveis, seja deixando cicatrizes, aleijões ou quaisquer marcas incomuns, que prejudiquem a aparência da pessoa e abalam a sua auto-estima”⁷⁹

Havia uma discussão doutrinária de ampla dimensão, a saber, se o dano estético estava ou não inserido nos limites do dano moral. Se o afeiamento trazia uma dor íntima na vítima e isso lhe trazia forte comoção íntima a dor poderia ser apenas moral sem repercussões outras que não as de ordem psicológica.

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p.80 e 81.

⁷⁹ NADER, Paulo. Curso de direito civil. VI.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.87 e 88.

Situações ocorrem que é possível separar a dor íntima, que fere a dignidade ou os valores da personalidade, como exposto, daquela que impede a vítima de se manifestar conforme era conhecida, como, por exemplo, uma atriz, um modelo fotográfico, que fica exposto por uma marca, aleijão ou qualquer deformidade visível.

Com o intuito de acabar com a polêmica em torno da discussão se o dano estético é ou não uma espécie nova, frente ao dano material e principalmente do moral, o STJ publicou em setembro de 2009 a Súmula 387 que dispõe: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”, consagrando a autonomia do dano estético e definindo que o mesmo é passível de cumulação com o dano moral.

O que difere o dano moral do estético é que o primeiro é o sofrimento mental, a dor da alma, de caráter psíquico, e, o segundo, é demonstrado por alterações morfológicas, que agride a visão, concretizado em deformidades do corpo físico.

Quando os efeitos do ato ilícito atingem pessoa ligada à vítima, titular de uma relação jurídica como esta, que é abalada ou até findada, temos o dano reflexo. Podemos citar o exemplo de vítima de homicídio culposo em acidente automobilístico que, morrendo, deixa esposa e filhos sem o sustento material e o amparo moral. Estes sofrem o dano reflexo, também chamado de ricochete e por alguns indireto.

A dúvida quanto ao dano reflexo é saber se é possível àquele que não sofreu diretamente o dano cobrar do causador seus prejuízos. A dúvida deve ser tirada na análise do nexo de causalidade. O Art. 403 do Código Civil Diz expressamente que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo no disposto em lei processual”. Portanto, se o agente foi a causa direta e imediata do dano, deve indenizar o prejuízo sofrido, por dano reflexo.

Ademais, o inciso II, do artigo 948, do Código Civil corrobora a afirmativa de que há indenização pelo dano causado na modalidade de ricochete e que por sua vez limita as hipóteses de reparação de dano.

Outra modalidade de dano bastante interessante é a que disciplina os danos

coletivos, difusos e os individuais homogêneos, criado com vistas a atender a situações que a tutela individual é insuficiente para o combate de lesões de grande alcance.

Buscamos no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81 a definição do dano coletivo, de acordo com o interesse ou direito violado, com três espécies: difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Apenas destacamos que o critério utilizado pelo legislador para identificar cada espécie de dano coletivo foi o do direito subjetivo que sofreu a violação.

2.11.1.3 Nexos de causalidade

O nexo de causalidade, terceiro elemento aqui estudado, tem por função ligar a conduta do agente ao dano. Antes de se perquirir se o agente agiu com culpa ou dolo, se a responsabilidade depende ou não da análise de culpa, deve-se questionar se o agente ou o responsável deu causa ao resultado. O nexo de causalidade aparenta ser de fácil tratamento, no entanto há situações que no caso concreto requer atenção e domínio da teoria.

Não é necessário apenas que o agente tenha praticado algum ato ilícito e que tenha praticado dano, ou mesmo que o dano venha de um ato lícito, como já foi tratado, é imprescindível que a conduta do agente tenha ligação com o dano sofrido pela vítima. Assim verificamos a importância do nexo de causalidade, ou seja, sem análise de causa e efeito vinculados não há que se falar em responsabilidade.

Tomamos a artigo 13 do Código Penal Brasileiro para ilustrar a relação do nexo de causalidade que, diga-se de passagem, muito bem expresso: “O resultado

de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”. A responsabilidade civil é imputável ao responsável. Assim nos expressamos visto que, em alguns casos, ocorre que a sua prática tenha sido efetiva por um incapaz, que não pode responder por seus efeitos, ressalvada a hipótese legal do art. 928 do Código Civil.

Quanto ao Código Civil, o art. 403 expõe que: “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”, gerando dúvidas ao invés de elucidar.

Quando um resultado ocorre em função de um fato de fácil análise, ou melhor, um único fato, a responsabilidade é bastante fácil se ser verificada, mas tal assertiva não é verdadeira quando advém de um fato múltiplo, com inúmeras variáveis (causas), momento que devemos nos ater à análise e identificação de qual delas é a causa. Para isso buscamos nas várias teorias a solução para essa problemática.

Antes citamos a definição de nexos de causalidade de Arnaldo Wald e Brunno Pandori Giancoli, que justifica ser a expressão processo mais adequada ao estágio contemporâneo que cerca o direito obrigacional. Para estes eminentes juristas a relação causal pode ser vista como

um processo equacionado num determinado espaço de tempo que une um comportamento a um evento atribuindo-lhe responsabilidade. Em suma, o nexo causal é um elemento de ligação entre uma conduta ou uma situação determinada, e o resultado, através do qual é possível concluir quem é o indivíduo responsável pelo dano, ou seja, aquele do qual se imputa o dever de indenizar.⁸⁰

A primeira teoria que vamos tratar é a da equivalência dos antecedentes. Para aqueles que defendem esta teoria, causa seria todo antecedente que participou dos fatos que culminaram no resultado. Esta teoria é adotada no direito penal brasileiro (art.13 CP), e não reflete um critério justo de causa no Direito Civil. A título de exemplo, em um homicídio por disparo de arma de fogo, teríamos várias causas. Seria responsável quem atirou, o empresário vendedor da arma, o fabricante da arma, e, até mesmo o inventor da pólvora. A crítica que se faz a esta teoria é a de

⁸⁰ WALD, Arnaldo e GIANCOLI, Brunno Pandori, op. cit., p.106

que haveria um número acentuado de causas autônomas, resultando em um número infinito de responsáveis pelo dano.

Para os defensores da teoria segunda teoria, da causalidade adequada, causa não poderia ser todo evento anterior que concorreu para o resultado, mas apenas aquele que, mediante um juízo de probabilidade fosse capaz de produzir o efeito danoso. Causa seria a mais apropriada para a produção do efeito, numa análise em abstrato do fato que gerou o dano.

Sérgio Cavalieri Filho traz uma valiosa contribuição:

Diferentemente da teoria anterior, esta faz distinção entre causa e condição, entre os antecedentes que tiveram maior ou menor relevância. Estabelecido que várias condições concorreram para o resultado, e isso é feito através do mesmo processo mental hipotético (até aqui as teorias seguem o mesmo caminho), é necessário agora verificar qual foi a mais adequada. Causa será apenas aquela que foi mais determinante, desconsiderando-se as demais.⁸¹

A crítica que esta teoria sofre é no sentido de que não há um critério objetivo que possibilite estabelecer entre as várias condições qual foi a mais adequada, oferecendo ao julgador, um amplo poder discricionário, que pode gerar muitas incongruências, distanciando do propósito de buscar uma reparação justa.

A teoria da casualidade direta e imediata, acolhida pelo atual Código Civil, art.403, é mais precisa que as demais, quando, objetivamente, remete o intérprete do caso concreto, à análise de que a causa do dano deve ser aquela que direta e imediatamente gerou o dano.

A teoria da causalidade direta e imediata também conhecida como teoria da interrupção do nexa causal ou teoria da causalidade necessária, foi desenvolvida no Brasil por Agostinho Alvim, e aponta o que seria causa como “apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”.⁸²

A título de exemplificação, se Médrio desferiu um golpe de faca em Murdinho, que imediatamente foi transportado por seu amigo Petrônio ao hospital. No trajeto o veículo dirigido por Petrônio capota e Murdinho morre por traumatismo craniano.

⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit., p.48.

⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.132.

Ora, não pode Médrio ser responsável pela morte da vítima. A morte da vítima se deu por uma causa, o capotamento, que foi direta e imediata a causa de sua morte. Médrio poderia apenas responder por lesões corporais, pelo que deu causa direta e imediata.

Nota-se que a causa da morte da vítima, o capotamento, teve o condão de romper o nexo de causalidade da conduta perpetrada por Médrio, razão da denominação da teoria da causalidade direta e imediata em teoria da interrupção do nexo causal, ou, em teoria da causalidade necessária.

Arnold Wald e Brunno Pandori Giancoli citam ainda mais três teorias que resumimos em breves linhas: a) teoria da causa próxima, que apregoa que a responsabilidade do agente estaria ligada à causa mais próxima do efeito, levando-se em consideração o aspecto cronológico, e, concluem que isto leva a soluções injustas; b) teorias da causa eficiente e da causa preponderante, que levam em consideração o acontecimento que resultou a relação de causa de maior grau de eficiência face ao resultado, o que traz dúvidas vultosas sobre a matéria; e, c) teoria do escopo da norma jurídica violada, desenvolvida especialmente por Antunes Varela, toma por base o princípio de que “não é possível individualizar um critério válido para se aferir o nexo causal em todas as hipóteses de responsabilidade civil.” Tal teoria não encontra respaldo no âmbito do direito civil, e de forma tímida na responsabilidade civil ambiental.⁸³

2.11.2 Elementos especiais

Os elementos especiais são assim denominados por serem aplicados em hipóteses específicas de responsabilidade civil, a saber: a culpa e o risco.

2.11.2.1 Culpa

A culpa é tida como um elemento de aplicação específica, visto que somente é analisada e aplicada nas hipóteses de responsabilidade civil subjetiva, que tem toda a sua fundamentação centrada na ideia de culpa, conforme já foi tratado.

2.11.2.2 O risco

⁸³ WALD, Arnoldo e GIANCOLI, Brunno Pandori, op. cit., p.113 e 114.

O risco também tem sua aplicação específica na responsabilidade civil objetiva. Na seara da teoria da responsabilidade civil há várias modalidades dentro da teoria do risco, como: teoria do risco administrativo, aplicada nos casos de responsabilidade civil do Estado, com fundamento constitucional no art. 37, § 6º, da CF/88; a teoria do risco criado, no caso do risco criado pelo agente em decorrência de outra pessoa ou outra coisa (art. 938 CCB); teoria do risco da atividade ou risco profissional, fundada no § único do art. 927, se dá quando a atividade desempenhada gera riscos a terceiros, ou de direito de outrem; teoria do risco proveito, quando ao agente desenvolve uma atividade lucrativa obtém vantagem econômica expondo a risco outras pessoa, como é o caso do risco do produto na relações de consumo, regidas pelo CDC; teoria do risco integral, em que o responsável arca com a indenização, sem poder utilizar em seu favor quaisquer das excludentes de responsabilidade civil existentes.⁸⁴

2.12 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Para se ter um entendimento acerca da responsabilidade civil é necessário a análise de seus pressupostos, como já foi feito, juntamente com as excludentes de responsabilidade civil que tem caráter genérico, com objetivo de excluir a responsabilidade civil atacando um de seus elementos essenciais, rompendo o nexo de causalidade e impedindo qualquer êxito indenizatório.

2.12.1 Estado de necessidade

Tratada no item 1.7 (Do ato lícito e do dever de indenizar), apenas destacamos algumas particularidades.

Esta excludente encontra-se inculpada no inciso II, do art.188, do Código Civil, que no seu parágrafo único menciona a característica de que “o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedente os limites do necessário para a remoção do perigo”.

Age em estado de necessidade o indivíduo que agride um direito alheio, quando não houver alternativa senão esta. A legitimidade do ato se encerra nos limites do necessário para a remoção do perigo, mesmo que isto acarrete a morte de

⁸⁴ TARTUCE, Flávio, op. cit., p.476 e 477.

alguém, ou até mesmo a destruição de coisa alheia. O agente atua no sentido de subtrair um direito seu ou de outrem, de um perigo efetivo, e que tem valoração igual ou superior ao direito atacado.

De sorte que se alguém se encontra com outrem em um barco que somente suporta uma pessoa, age em estado de necessidade salvando-se e deixando que o outro pereça. O direito à vida de ambos tem o mesmo conteúdo, portanto, passível de atuação com base no estado de necessidade.

2.12.2 Legítima defesa

A legítima defesa é bem conhecida do direito criminal, e se divide em real e putativa. A real é a reação proporcional do ofendido, em face de uma injusta, atual ou iminente agressão, utilizando-se moderadamente de meios de defesa postos à sua disposição, o que difere da putativa pelo aspecto de que esta é caracterizada por uma suposta ou imaginária agressão.⁸⁵

O direito não manda que o ofendido fuja, podendo reagir contra o mal que lhe é feito diretamente ou a terceiro. Caso cometa dano em legítima defesa real a sua ação é tida como uma excludente de responsabilidade civil, imputando ao ofensor toda a responsabilidade pelo dano. Se agindo com base na legítima defesa, pratica dano a terceiro inocente, deverá indenizá-lo, com direito de cobrar, em ação regressiva do agente causador da injusta e iminente agressão.

Todavia, caso a hipótese seja de legítima defesa putativa, considerada conduta ilícita, não haverá exclusão de responsabilidade civil. O agente que sofre agressão direta ou a terceiro, e causa dano, deverá indenizar a vítima, visto tratar-se de uma agressão ilusória.⁸⁶

Outro elemento que deve ser levado em consideração é que os meios de reação devem ser moderados, restando proibidos os excessos que configuram o abuso do direito, que, por sua vez, gera o dever de indenizar, de acordo com o critério objetivo-finalístico exposto pela norma.

2.12.3 Exercício regular de um direito e estrito cumprimento do dever legal

⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.146.

⁸⁶ Ibidem., p.147

No Código Civil anterior não havia norma expressa que tratava do exercício regular de um direito, como a encontrada no atual Código, figurando no artigo 188, I, primeira parte. Esta é inevitavelmente uma dirimente de responsabilidade civil, pois quem age de acordo como direito não pode agir em desconformidade com ela, são antíteses absolutas. Desde que o agente o faça em harmonia com o que permite o ordenamento jurídico, não comete ato ilícito.

O exercício de um direito deve ser considerado sob o âmbito legal, restando excluídas as obrigações morais, religiosas e até sociais, que não se confundem com as jurídicas. Quem age no exercício regular de um direito e extrapola os limites da norma, comete abuso do direito, que é ato ilícito, fugindo do amparo da excludente em análise.

Visceralmente ligado ao exercício regular do direito, o estrito cumprimento do dever legal exige que haja dever jurídico anteriormente imposto por lei. Citamos como exemplo, a ação de um oficial de justiça que, cumprindo ordem judicial de despejo provoca dano ao inquilino. A sua ação, escudada no cumprimento do seu dever jurídico não é tida como prática de ato ilícito, quando a sua atuação se circunscreve ao cumprimento de seu dever, imposto por lei. Estamos diante de uma excludente de responsabilidade civil, pela prática de ato lícito, que deve ser analisada dentro de certos limites, visto que escudado pela excludente, não pode, dado o exemplo, o oficial de justiça humilhar o inquilino, ou até mesmo provocar danos aos móveis que estão sendo retirados, o que configuraria o ilícito, passível de indenização.

2.12.4 Caso fortuito e força maior

O caso fortuito e a força maior são excludentes de responsabilidade civil que mais trazem confusão doutrinária. Não há unanimidade na doutrina que possibilite uma definição e acertamento de critérios definidores de cada uma delas individualmente, chegando ao ponto da afirmação categórica de Silvio de Salvo Venosa de que não há importância prática na distinção entre as duas excludentes⁸⁷.

Da leitura do art. 393 do Código Civil, nota-se claramente que o legislador não fez distinção entre as duas, limitando as inseri-las genericamente como excludentes

⁸⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. VI.II. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2088. p. 312.

de responsabilidade civil.

“Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único: O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”

Todavia, em que pese a falta de autonomia entre as excludente, e a falta de unanimidade nos conceitos doutrinários, mencionamos o critério adotado Pablo Stolze Glagliano e Rodolfo Pamplona Filho por nos parecer lúcido, nos seguintes termos:

Sem pretender pôr fim à controvérsia, pois seria inadmissível a pretensão, entendemos, como já dissemos alhures, que “a característica básica da força maior é a sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto pelos cientistas); ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem sua nota distintiva na sua imprevisibilidade, segundo os parâmetros do homem médio. Nessa última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo).⁸⁸

2.12.5 Culpa exclusiva da vítima e culpa exclusiva de terceiro

Também denominada pela doutrina de culpa ou fato exclusivo da vítima e de culpa ou fato exclusivo de terceiro, no sentido de também utilizar essas excludentes no âmbito da responsabilidade objetiva que independe de culpa, a sua ocorrência rompe o nexo de causalidade, exonerando o réu. Vê-se que comumente é utilizada como matéria de defesa em medidas judiciais.

Pode a vítima concorrer exclusivamente para a prática do dano, sem que haja nenhuma responsabilidade de quem se imputa o fato. Uma pessoa que pretende suicidar e se joga embaixo de um veículo, tem culpa exclusiva, exonerando o motorista que dirigia o veículo. Em qualquer caso, e longe do exemplo mencionado, se ocorrer a participação de ambos, agente e vítima, no resultado danoso, não se pode falar em culpa exclusiva da vítima, mas em culpa concorrente.

A culpa concorrente não exonera o agente, mas propicia um tratamento de equidade, devendo cada um responder proporcionalmente pelo dano que praticou.

A atuação de terceiro, distinto do agente e da vítima, também pode configurar

⁸⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.152.

a exclusão da responsabilidade daquele, ao qual, se está imputando responsabilidade. É o caso de alguém que trafegando com seu veículo por uma via, ao fazer uma ultrapassagem em um veículo pesado, este, para desviar de um buraco na pista, efetua uma manobra brusca e arremessa o veículo particular para a pista de contramão, que colide com outro veículo. O responsável direito pelo dano é o veículo arremessado, que praticou o dano em função do fato de terceiro, o caminhão que fez a manobra brusca. O veículo arremessado serviu apenas de instrumento para a prática do dano, não podendo ser-lhe imputado responsabilidade.

Todavia, em muitas vezes não se admite a aplicação da excludente, com vistas a beneficiar a vítima, devendo aquele que responder pela indenização ingressar com uma ação em desfavor do terceiro, com base nos artigos 929 e 930 do CCB.

Em que pese a lucidez do exemplo, o fato de terceiro é deveres conflituoso, quando se apresenta no caso concreto. Neste sentido invocamos a docência de mestre Sílvio de Salvo Venosa:

A questão é tormentosa na jurisprudência, e o juiz, por vezes, vê-se perante uma questão de difícil solução. Não temos um texto expresso de lei que nos conduza a um entendimento pacífico. Na maioria das vezes, os magistrados decidem por equidade, embora não o digam.⁸⁹

Na análise de qualquer fato que envolva a culpa ou fato de terceiro é necessário, antes de mais nada, verificar se a responsabilidade é toda do terceiro, sem o que não caracteriza integralmente a excludente. A tendência jurisprudencial é no sentido de admitir somente em situações excepcionais a aplicação da excludente, como se vê na Súmula 187 do STF: “A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tenha ação regressiva”. (SIC: ilidida e não elidida).

2.12.6 Cláusula de não indenizar

A cláusula de não indenizar está adstrita à responsabilidade contratual, e mediante acordo de vontades, a responsabilidade por indenizar o dano que possa vir a ocorrer é transferida para a vítima, mediante a declaração da outra parte de não indenizar.

⁸⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit., p. 59.

A cláusula de não indenizar gera na doutrina uma discussão profunda sobre a sua validade. Pode ser considerada nula se analisada sob os auspícios da função social dos contratos, que tem prevalência sobre interesses individuais, por ser de ordem coletiva.

Se analisada sob a ótica do direito do consumidor é nula de pleno direito, não com base na principiologia, mas em ditame legal, art. 51, I, CDC, que normatiza:

“São nulos de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor-pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis. (...)”

Da leitura do inciso I, do art.51, CDC, nota-se que o diploma consumerista não admite que haja qualquer tipo de cláusula, na relação de consumo, que impeça o exercício de um direito potestativo do consumidor, que ficará nula de pleno direito caso venha a figurar em contrato.

Por outro lado, na disciplina dos contratos sob ordem individual, regida pelo Código Civil, desde que o contrato seja paritário e não ofenda valores de ordem sociais, não vemos nenhum obstáculo para que a cláusula de não indenizar seja acordada de forma válida. As partes, com base na autonomia privada de suas vontades, podem exonerar a responsabilidade de uma delas, sem que haja qualquer ofensa legal nem principiologica. Se não há proibição, nem tampouco ofensa às normas gerais do direito de contratar, a vontade das partes deve prosperar.

Mas mesmo sob a ótica do direito civil, caso o contrato seja por adesão, é preferível evitar. O contrato por adesão, por si só, já nasce com desequilíbrio entre as partes, somando a isso o desequilíbrio fomentado por este tipo de cláusula, termos uma profunda cisão nos postulados básicos do direito contratual, podendo ofender de início a função social dos contratos, bem como a boa-fé objetiva que deve nortear toda espécie de contratos (arts. 421 e 422, ambos do CCB).

Assim, com vistas ao atingimento dos objetivos da presente pesquisa encerramos o capítulo, que serve de base para a análise da temática em andamento, com as seguintes conclusões.

No âmbito do direito brasileiro coexistem duas espécies de responsabilidade civil: a subjetiva, fundada na idéia de culpa, e a objetiva com base na teoria do risco. Para a análise da responsabilidade civil pré-contratual é necessário a análise do elemento culpa do agente, sem o que não se cogita de responsabilidade.

É possível aferir da existência de dano patrimonial, nas modalidades de dano emergente e lucros cessantes, bem como de dano moral, na fase que antecede a celebração dos contratos.

Quando se levantou a premissa da prática de ato ilícito que gera o dever de indenizar, foi analisado o abuso do direito como modalidade de ato ilícito, restando demonstrado que o critério de sua aplicação é o objetivo-finalístico.

A responsabilidade civil pode ser aplicada não só nas relações jurídicas regidas pelo CCB, mas no âmbito das relações de consumo, e acrescentamos, que também, nas relações de trabalho, o que será devidamente demonstrado no capítulo seguinte.

Para se chegar a conclusão da admissibilidade e aplicabilidade da responsabilidade civil pré-contratual, não se pode prescindir da análise dos contratos feita no primeiro capítulo, nem dos pressupostos da responsabilidade civil aqui explanada.

As excludentes de responsabilidade civil devem ser aplicadas ao caso concreto, com o intuito de exonerar o agente que, mesmo quando tiver dado causa ao dano, o fez movido por uma excludente.

Com o que foi exposto passamos a focar o objeto da pesquisa no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 3

RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

No presente capítulo abordaremos especificamente o objeto de estudo da presente dissertação, buscando sustentação doutrinária e legal nos institutos jurídicos que serão tratados ao longo da exposição.

Será abordado o tema com enfoque no direito civil, sem deixar de lado a responsabilidade nas relações de trabalho e de consumo.

Verificar a admissibilidade da responsabilidade pré-contratual juntamente com a sua aplicabilidade no direito brasileiro é nosso objetivo.

3.1 FASE DE PONTUAÇÃO

Os contratos podem ser analisados sob três pontos de vista, ou melhor, sob três fases, já vistos, a saber: existência, validade e eficácia. A primeira é verificada em consideração a três elementos: a manifestação da vontade, a existência de sujeitos para declará-la, o objeto e a forma. A segunda, da validade, visto que os contratos são espécies do gênero negócio jurídico, em análise ao disposto no artigo 104 do CCB. A terceira se encerra na verificação posterior à da existência e da validade, ou seja, se o contrato surtiu ou não seus efeitos esperados.

A manifestação de vontade das partes é da própria essência de um contrato, sem o que, não se poderá entender que ele exista. Além da manifestação da vontade das partes que pode ser expressa ou tácita, suas vontades devem ser coincidentes em relação à natureza do contrato, de seu objeto e às suas cláusulas. Por mais óbvio que pareça não se pode cogitar da existência de um contrato sem que haja duas partes, e, portanto, a declaração de vontade de ambas. Ressalte-se que as partes não se contam pelo número de pessoas existentes, mas sim pelo centro de interesse existente, que pode ser formado por mais de uma pessoa.⁹⁰ Partes no contrato, enquanto negócio jurídico bilateral, são apenas duas, o credor e o devedor.

Lembramos o contrato consigo mesmo, caracterizado pela manifestação de

⁹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil. VI.II. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.421

vontade feita pela mesma pessoa. Mesmo que no contrato consigo mesmo as duas manifestações de vontades sejam feitas pela mesma pessoa, uma diretamente enquanto parte e a outra como representante legal da outra parte ausente, mediante um instrumento de procuração, o centro de interesse sempre será dois, o do credor e o do devedor.

Todo contrato tem um objeto, verificado mediante a análise de qual obrigação foi assumida no momento da celebração, resultando na prestação devida (dar, fazer ou não fazer), ou no bem posto em circulação.

A forma que aqui se verifica não é o aspecto de validade insculpido no inciso III, do artigo 104, do CCB, visto pelo prisma legal da forma obrigatória imposta pelo legislador em casos que tenciona dar maior segurança jurídica ao negócio, mas sim, pela verificação se a manifestação de vontade se exteriorizou de forma adequada, pela escrita, pelo verbo, ou tácita e não ficou retida no plano mental.

Quanto à validade dos contratos estes devem cumprir as exigências do artigo 104 do CCB que dispõe:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I – agente capaz;
II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III – forma prescrita ou não defesa em lei.

De fato o que é comum no plano contratual é que se existente e válido, o contrato passe a surtir os efeitos esperados pelas partes, imediatamente.

No entanto, é possível que as partes insiram elementos acidentais que limitam a produção imediata de seus efeitos ou mesmo que façam cessá-los, se ocorrerem fatos preestabelecidos. Os referidos elementos acidentais são: o termo, a condição e o modo ou encargo, ambos dispostos nos artigos 121 a 137 do CCB.

Na análise da fase contratual, em que se verifica a existência, a validade e a sua eficácia, não se vislumbra uma fase que antecede aos contratos propriamente ditos e que tem um profundo valor de investigação: a denominada fase de pontuação, tratativas ou negociações preliminares.

Antes de celebrar o contrato as partes encontram-se com seus interesses

contrários ente si. Uma quer vender por um preço alto enquanto a outra tenciona adquiri-lo por um menor. Enquanto não houver conformação de suas vontades face ao preço, neste exemplo, não haverá contrato. Antes da celebração as partes estão discutindo os aspectos relevantes do contrato que se espera celebrar. Temos aí o *iter* de formação do contrato muito bem sintetizado pelo ilustre Clóvis Beviláqua:

Eu sinto-me inclinado a comprar um objecto, que vi e do qual me convém ser proprietário. Resisto ou cedo logo ao impulso do desejo, que me arrasta para o objeto, discuto as vantagens e desvantagens da obtenção, e, afinal, minha vontade, cedendo à solicitação dos motivos mais fortes, vae a traduzir-se em acto. Supponho que venceu o desejo de possuir o objeto em questão, começo a externar a minha volição, propondo, a alguém que possui o que eu ambiciono, que se resolva a m'ó ceder. Na mente desse alguém, suscitará a minha proposta as mesmas fases da elaboração psychica, porque o pensamento passou em meu espírito, até que sua vontade convirja ou não para o ponto em que estacionou a minha. Se convergir, será nossos interesses, ou o que nos afigura tal, realizarem seu encontro harmônico, acham-se em congruência actual. Para mim era mais útil, no momento, possuir o objecto em questão do que a somma a desembolsar ou o serviço a prestar; para o possuidor do objeto, era mais vantajoso do possui-lo receber o que eu lhe oferecia. Com a manifestação em divergência de nossa vontade inicia-se o contracto⁹¹ (*sic*).

A fase que antecede à celebração dos contratos encontra-se, conforme o renomado jurista, caracterizada pela desconformidade da vontade dos contratantes, que se voltando ao interesse em contratar se harmoniza gerando o contrato.

Analisando o *iter* de formação do contrato, especificamente na fase que antecede à sua celebração é que nos debruçaremos nas linhas a seguir preenchidas.

Um contrato pode surgir imediatamente, sem que haja uma fase pré-contratual, bastando que se tenha uma proposta séria, completa, clara e precisa acompanhada de uma aceitação pura, que é a que tem o condão de aperfeiçoar o contrato.

Mas em alguns casos a celebração de um contrato pode ser precedida por verificações, estudos e análises do objeto, das vantagens e das desvantagens da celebração de um contrato futuro. As parte buscam neste momento a contratação futura, sem se vincularem na obrigatoriedade de efetivar a avença.

⁹¹ BEVILÁQUA, Clóvis, apud, GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. VI.IV, tomo I. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.128.

Maria Helena Diniz define a fase de negociações preliminares ou de pontuação como sendo “convenções prévias, sondagens e estudos sobre os interesses de cada contratante, tendo em vista o contrato futuro, sem que haja qualquer vinculação jurídica entre os participantes”.⁹²

No momento em que buscam a contratação futura as partes podem ainda passar à minuta contratual, redigindo os pontos que já entraram em consenso, inserindo cláusulas que demonstrem que houve compatibilidade de vontades, ensejando um modelo de contrato que restará concluído tão logo todos os detalhes estejam discutidos e acordados. Mesmo que as partes passem à fase da minuta contratual, ainda se encontram em sede de negociações preliminares, não ensejando vinculação e obrigatoriedade do cumprimento do que já foi acordado. Quando todos os elementos essenciais do contrato estiverem debatidos e redigidos é que será formada a relação contratual, caracterizada pela obrigatoriedade de cumprimento, em face do *pacta sunt servanda*.

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, por uma questão acadêmica, fazemos a distinção entre dois institutos que, vistos rapidamente podem ser confundidos, dada a proximidade de suas denominações: negociações preliminares e contrato preliminar.

A fase de negociações preliminares, devidamente conceituada, não é fase contratual, não gerando vínculo entre as partes. Já o contrato preliminar, como o próprio nome já diz é contrato, podendo ou não ser precedido por negociações preliminares.

Contrato preliminar ou *pacto de contrahendo*, segundo Ricardo Fiuza é aquele que

como convenção provisória, contendo os requisitos do art. 104 do NCC, e os elementos essenciais ao contrato (*res, pretium e consensum*), tem por objeto concretizar um contrato futuro e definitivo, assegurando pelo começo de ajuste a possibilidade de ultimá-lo no tempo oportuno.(...) ⁹³

Como visto o contrato preliminar deve obedecer aos mesmos requisitos dos demais contratos, salvo quanto à forma (art. 462 CCB), não se confundindo com a

⁹² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. VI. 3, 24^o ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.42.

⁹³ FIUZA, Ricardo, organizador. Novo código civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2003. p.410.

fase de negociações preliminares.

Se na fase de negociações preliminares as partes apenas fazem sondagens, orçamentos, pesquisas e não estão obrigadas a celebrar o contrato, o recuo deliberado, sem justo motivo, que gere prejuízo à outra parte recebe da ordem jurídica a devida tutela no sentido de ressarcir a vítima dos danos que sofreu, ou não há norma que garanta a proteção, restando à vítima irressarcida? É o que vamos analisar a seguir.

No momento das negociações preliminares uma parte pode criar na outra uma expectativa de contratação, que pode levar a vítima a efetuar despesas, a deixar de contratar com outra pessoa ou até mesmo alterar seus planos de atividade, sofrendo prejuízos, ocorrendo o rompimento unilateral imotivado.

Na ruptura unilateral, sem motivação justa devemos analisar da responsabilidade do rompimento, o que não ocorre se o rompimento for bilateral, quando ocorre um desentendimento mútuo entre as partes, cabendo a cada um arcar com o ônus da sua conduta.

A responsabilidade civil aquiliana, também denominada de responsabilidade extracontratual, decorre, assim como a contratual, de um dever jurídico preexistente.

O homem que vive em sociedade não deve lesar o direito alheio, existindo uma obrigação negativa, de não agir contra os direitos e bens de outrem, ou seja, de não praticar dano.

Arnoldo Wald e Brunno Pandori Giancoli, após afirmarem que na responsabilidade contratual, existe entre o agente responsável e a vítima, uma relação oriunda de um negócio jurídico obrigacional, e, que o seu inadimplemento é a origem e a fonte do dever de indenizar, sintetizam a relação jurídica extracontratual, nas seguintes palavras:

Já na responsabilidade extracontratual, a violação é da própria norma, pois não há entre o agente causador do dano e a vítima nenhuma relação jurídica preestabelecida. Mesmo assim existe, na eventualidade de prática danosa, o dever de indenizar. Justamente porque o responsável violou um dever geral de conduta de não lesar, concretizado na fórmula latina do *neminem laedere*, que a todos se impõe. Nesta espécie de responsabilidade, o agente causador do dano agiu contra os fins da própria

ordem jurídica.⁹⁴

Diante de um dever jurídico preexistente, compete às partes, numa relação pré-contratual se comportarem de forma a não causar nenhum dano à outra, tendo em vista que o dever de não lesar é inerente a um padrão de conduta esperado por aquele que integra o quadro social.

O princípio de que a ninguém se deve lesar, se contrariado, acarreta o ato ilícito, normatizado de forma genérica nos artigos 186 e 187 do CCB, combinado com o caput do Art. 927, que manda reparar o dano praticado, quando o responsável age sem observância do disposto nos artigos referidos. Vejamos a dicção dos artigos mencionados.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: **omisso**

Mediante o regramento exposto e diante da proposta de analisar os institutos que permeiam a seara da responsabilidade civil, que orientam o tema da pesquisa, nos debruçaremos sobre as particularidades e contornos doutrinários que nos facultará a abordagem do tema em debate.

3.2 REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL QUE GERA O DEVER DE INDENIZAR

O primeiro ponto a ser analisado diz respeito aos requisitos para a configuração do dever de indenizar, quando o dano ocorre na fase pré-contratual.

Como já foi dito, a fase pré-contratual não gera vinculação entre as partes, pois o momento é de pesquisas, orçamentos e aproximação entre as partes. A obrigação de contratar está afastada, visto que não há dever jurídico pré estabelecido que obrigue quem tenciona contratar, mas, deixa de fazê-lo, e, não se vincula à outra parte via contrato.

⁹⁴ WALD, Arnaldo e GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito Civil. VI. 7. São Paulo: Saraiva, 2011. p.167.

Ressalte-se que se houver proposta ou policitação a situação muda. Esta tem uma característica diferente, é negócio jurídico unilateral e tem força vinculante⁹⁵, salvo as exceções legais. É o que se verifica da redação do Art. 427, CCB. “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

Diante de uma proposta feita, e verificada que a aceitação se deu em tempo e mediante seus termos, as partes se vinculam num liame contratual, que se não cumprido, gera os efeitos do inadimplemento contratual.

Mas, se não houver proposta e as partes estiverem apenas buscando contratar, pode ocorrer que uma parte sofra prejuízos em decorrência de ato da outra, violando regra jurídica preestabelecida.

Como tratado no capítulo dois, o dano é um elemento essencial para caracterizar a responsabilidade civil, juntamente com a conduta e o nexos causal. Portanto, deve ser analisado e verificado no caso concreto, sem o que, no presente caso, não se pode cogitar de reparação.

No momento das tratativas espera-se que as partes devam agir com probidade e boa-fé, mediante um vínculo de confiança estabelecido entre elas, o que se depreende da interpretação extensiva do disposto no art. 422, do CCB, que mesmo não estando expresso se estende à fase de negociação.⁹⁶

Ricardo Fiuza é concitado a fazer uma sugestão legislativa para clarear os limites que efetivamente quis o legislador inserir quando adotou a boa-fé nas relações contratuais, alterando o disposto no artigo 422; vejamos:

Atual dispositivo. Art.422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Sugestão legislativa: Art.422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”.⁹⁷

Para que configure a responsabilidade, e o dever de indenizar é necessário a

⁹⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito civil. VI.3. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.70 e 71.

⁹⁶ PEREIRA, Cáo Mário da Silva. Instituições de direito civil. VI.III. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p.20.

⁹⁷ FIUZA, Ricardo. Coordenação. Novo código civil comentado. São Paulo: Saraiva, 2003. p.374.

ocorrência conjunta de dois requisitos: a) gastos efetuados por uma das partes com a intenção de celebrar o contrato; e, b) retirada unilateral injustificada por uma das partes, gerando dano à outra.⁹⁸

Um primeiro ponto é necessário evidenciar: se entre as partes, na fase de pontuação for convencionado que não haverá indenização por gastos efetuados por qualquer delas, no decorrer das negociações impera a autonomia privada das partes, não se cogitando de responsabilidade por danos.

Mas criar na outra uma expectativa de contratação, ensejando que a parte poderia fazer gastos, com a certeza que vai celebrar o contrato, e, não celebrá-lo é faltar com a boa-fé, estando obrigado a indenizar o dano.

A expectativa que uma parte cria na outra de que o contrato vai ser celebrado se dá em face da confiança gerada e deve ser observada por quem encontra-se em vistas de contratar e até mesmo após ter contratado, como corolário da boa-fé objetiva. A confiança criada na outra parte gera a aparência de que o contato vai ser celebrado e é considerada o próprio fundamento do pedido de indenização.⁹⁹

Na análise do dano sofrido devemos fazer uma distinção entre gastos feitos de forma espontânea e gastos provocados. Os primeiros não são passíveis de serem ressarcidos, visto não terem como causa a expectativa quebrada de celebração do contrato. Os segundos são aqueles feitos em decorrência da expectativa criada, a certeza de que o contrato vai ser realizado. Neste sentido as palavras de Hugo Rosende que define os gastos provocados, como sendo aqueles:

(...) que realiza una persona em vista a la celebración de un contrato o de una serie de contratos, sin contar para ello com el asentimiento de la persona com la que va a contratar (...) son aquellos que requieren del consentimiento em tratar y, además que exista una manifestación de voluntad que mueva a efectuarlos o cree la apariencia de que son indispensables para proseguir las conversaciones. (...) son los necesarios para la preparación del proyecto de contrato como los viajes, ensayos, trabajos, etc., que se realicen para llevarlo a cabo y que, además, aparezcan justificados por la aquiescencia de la otra parte y dentro de los limites de la autorización.

Iñigo de La Maza Gazmuri e Carlos Pizarro Wilson afirmam, com fundamento

⁹⁸ GAZMURI, Iñigo de La Maza e WILSON, Carlos Pizarro. Responsabilidad civil: casos prácticos. 6ª ed. Santiago: Legal Publishinh Chile, 2010. p.51.

⁹⁹ GAZMURI, Iñigo de La Maza e WILSON, Carlos Pizarro, op.cit., p.52.

em Asúa González, que excepcionalmente se deve admitir gastos efetuados sem que a outra parte tenha consentido, na medida em que tenham como causa a aparência da celebração do negócio, criada pela outra parte.¹⁰⁰

Quanto ao segundo requisito, o de retirada unilateral, este deve ser visto, não sob a ótica de uma simples retirada unilateral, que estará presente em várias situações desta natureza, mas de uma retirada unilateral imotivada, após ter criado na outra parte a expectativa da contratação.

Se a parte se retirou sem o consentimento da outra, mas com justo motivo, não se cogita da sua responsabilidade, visto que a retirada se deu em virtude de ato praticado pela parte contrária ou até mesmo por motivação externa às partes, como o caso fortuito e a força maior. Seria o caso, por exemplo, do vendedor que criou uma expectativa da venda de um veículo em outra pessoa, que por sua vez se desfaz de seu veículo por um preço reduzido e quando vai celebrar o contrato de compra e venda não é mais possível, visto que o veículo sofreu perda total, em virtude de uma inundação.

O que se deve levar em conta para caracterizar a responsabilidade é a falta de motivo justo para romper as tratativas e não contratar.

Os denominados “*motivos de conveniencia*” (sic), que levam a não contratar, são situações novas ocorridas durante as tratativas e que levam uma parte a optar por deixar de celebrar o contrato com a outra, alegando que recebeu uma proposta melhor, por exemplo. Neste caso não há solução uniforme no direito comparado. No direito Italiano se requer o uso da boa-fé, exigindo que a parte não inicie ou que não continue as tratativas, sabendo que não poderá ultimá-la; no direito alemão, parte da doutrina entende que somente seja justificada a retirada unilateral em casos de falta de culpa da parte em não celebrar o contrato.¹⁰¹

Lembramos o exposto no capítulo dois relativamente à teoria da causalidade direta ou imediata, pela qual causa seria (...) “o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como

¹⁰⁰ GONZÁLEZ, Asúa, apud, GAZMURI, Iñigo de La Maza e WILSON, Carlos Pizzaro, op.cit., p.53.

¹⁰¹ Ibidem., p.54 e 55.

uma consequência sua, direta e imediata”,¹⁰² teoria adotada pelo CCB atual¹⁰³. Assim estará amparada a vítima que sofreu dano, não apenas na espécie patrimonial, mas, em quaisquer de suas espécies, bastando que a retirada unilateral, ou os “*motivos de conveniencia*” (sic), sejam admitidos como causa do dano.

O fundamento legal do CCB que apóia a teoria da causalidade direta ou imediata, encontra-se exposto no art. 403: “Art.403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

O que deve o intérprete ater-se na análise do caso concreto, no caso da retirada imotivada, e dos “*motivos de conveniencia*” (sic), no momento das tratativas encontra-se na análise dos elementos essenciais da responsabilidade civil: conduta, nexos causal e dano, questionando, ainda, se o agente também não abusou do direito em não contratar.

Não ocorrendo os requisitos acima mencionados a conclusão a que se chega é bem simples: não haverá o que indenizar.

3.3 DO ABUSO DO DIREITO

Outro ponto de extrema relevância para a presente dissertação é a análise da responsabilidade civil buscando descortinar a sua natureza jurídica. Enquanto modalidade de ato ilícito em seus aspectos gerais, a responsabilidade por danos causados na fase de punção merece ser analisada sob a ótica do abuso do direito, modalidade especial de ato ilícito.

Como visto no capítulo II, a doutrina não se acerta quanto ao surgimento exato da teoria do abuso do direito, alguns afirmando que a sua gênese se deu através dos atos emulativos, na idade média, que teria o embrião dos atos de reprovação quando do exercício irregular de direitos. Apesar de se encontrar vestígios da teoria no direito Romano, numa primeira análise se afirma que lá não existiu, mas pode-se afirmar que o espírito do abuso do direito marcou passagem

¹⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op. cit., p.132.

¹⁰³ Ibidem., p.135.

naquele tempo. Mas foi efetivamente no direito de propriedade, através da jurisprudência que inicialmente se aplicou a teoria do abuso do direito, na França, na segunda metade do século XIX.¹⁰⁴

O adágio Romano de que *neminem laedit qui suo jure utitur*, revela o entendimento de que não causa dano aquele que age de acordo com o direito. Embora com aparência de correto o presente adágio encerra uma inverdade. Os direitos são postos para que sejam utilizados de maneira justa, equitativa, legítima e não de forma arbitrária e sem critérios. Toda norma jurídica contém uma finalidade econômica e social que deve ser obedecida e não esquecida ou extrapolada. Hodiernamente nosso CCB faz menção normativa expressa no art. 187, retro mencionado e transcrito.

O conhecido caso Clement Bayard, julgado por um tribunal Francês, foi um marco jurisprudencial de caracterização do abuso de direito de propriedade, quando aquele teria construído hastes pontiagudas em sua propriedade com o fito de prejudicar o vôo de aeronaves no terreno vizinho. É um caso típico, em que, no exercício do direito de propriedade, ocorre um excesso, demarcando claramente o limite imposto pela norma ao exercício de seu direito. Construir em sua propriedade é um seu direito, mas prejudicar o vizinho, extrapolando o limite do razoável, caracterizou o excesso, motivando a prática de um ilícito, na modalidade de abuso do direito.

A título de exemplos podemos citar alguns que facilite o entendimento da matéria aqui tratada, como: no direito de família, o excesso do poder correicional que os pais detêm em relação aos filhos menores; o exercício abusivo de greve no direito do trabalho, quando assim declarado por decisão judicial, mormente naqueles casos em que o serviço de utilidade pública é paralisado sem que o mínimo legal seja cumprido; a negativa injustificada de contratar por uma das partes, após ter criado uma expectativa na outra, no momento das tratativas; e, a utilização da propriedade com desrespeito à política de defesa do meio ambiente.

Para compreender as particularidades doutrinárias do abuso do direito devemos buscar nas diversas teorias que tratam da matéria seus contornos para a

¹⁰⁴ JOSSERAND, Apud RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. VI.1. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p.319

devida aplicação ao caso concreto. Ademais, é necessário verificar se os atos abusivos são da mesma espécie dos atos ilícitos em geral, ou se tratam de uma nova espécie de atos que são contrários ao direito.

3.4 TEORIAS SOBRE O ABUSO DO DIREITO

3.4.1 Teorias Negativistas

3.4.1.1 Anti-subjetiva

Para a teoria negativista anti-subjetiva o conceito de abuso do direito é negado assim como o de direito subjetivo, visto a associação entre ambos. Tal corrente é encabeçada por Léon Duguit, que afirma que esta teoria é explicada pelas circunstâncias, substituindo o conceito de direito subjetivo pelo de situação jurídica ativa.¹⁰⁵

A crítica feita a esta teoria é a de que mudam-se as palavras, direito subjetivo e situação fática, sem solucionar o problema, resultante da lacuna que ainda existe entre o ato permitido e o proibido, restando necessário a imposição de limites à atuação humana.

3.4.1.2 Abuso como conceito metajurídico

Para esta corrente o abuso do direito é concebido como um dado de fato e não como conceito jurídico. Qualificado como fenômeno sociológico, sua noção é incompatível com o ordenamento jurídico, servindo de foco para o legislador que deve tratar a norma com o intuito de sempre tutelar as relações que fogem ao controle do direito. Chega tal teoria ao impasse reconhecendo a existência do abuso do direito como fenômeno sociológico e, nega a figura no direito, afirmando a necessidade de modificação da lei.¹⁰⁶

3.4.1.3 Absolutividade do direito subjetivo

Formulada por Marcel Planiol, sua argumentação foi sintetizada na máxima “o direito cessa onde começa o abuso”, significando que não pode haver uma conduta que seja ao mesmo tempo fundada no direito e contrária a ele. Para Planiol a

¹⁰⁵ CARPENA, Heloísa. Abuso do direito nos contratos de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.41.

¹⁰⁶ Ibidem, p.42 e 43.

expressão “abuso do direito” é uma logomaquia, ou seja, uma luta de palavras.¹⁰⁷ Todo abuso de direito sendo ilícito não é distinto da categoria dos atos ilícito em geral. Acerta Planiol quando afirma que o abuso não pode ser tido como ato lícito, no entanto não se pode admitir que sempre a inconformidade com o direito seja sempre o ilícito, *lato sensu*.¹⁰⁸

3.4.2 Teorias afirmativas

3.4.2.1 Abuso como princípio interpretativo

As doutrinas afirmativas admitem a existência e autonomia do instituto do abuso do direito.

Trata a presente, do abuso do direito como princípio de interpretação das normas jurídicas, decorrente do caráter geral e abstrato das normas, com o fito de impedir o desvirtuamento da lei, por um comportamento não querido pelo legislador, fixando limites para a atuação do agente. Haveria uma norma instituidora do abuso do direito, conjugada com a norma que institui o direito. O abuso do direito seria verificado quando houvesse a extrapolação do conteúdo negativo da norma, o que torna profundamente dificultosa a sua aplicação como instituto autônomo e mais imprecisos os contornos do conceito.¹⁰⁹

3.4.2.2 Abuso caracterizado pela anormalidade do dano

Para esta teoria haverá o abuso do direito sempre que, ocorrerem danos anormais, em comparação ao que usualmente acontece, quando a conduta do agente estiver sendo exercida nos limites da lei. Danos anormais são tidos como aqueles que são evidenciados através de uma análise dos costumes. Afirma a doutrina que a presente teoria tem em René Savatier seu criador, asseverando que

(...) a legitimidade do dano seria aferida pela medida das necessidades perseguidas pelo titular, fixando-se os limites dos direitos, casuisticamente, pela equidade. Em síntese, o abuso revelar-se-ia, como categoria jurídica autônoma, sempre que o comportamento do sujeito, embora dentro dos limites legais do direito, fosse caracterizado pela negligência em evitar um dano anormal para outrem.¹¹⁰

¹⁰⁷ PLANIOL, Marcel, apud, CARPENA, Heloísa, op.cit. p.44.

¹⁰⁸ Ibidem., p.45.

¹⁰⁹ Ibidem., p.46 e 47.

¹¹⁰ Ibidem., p.48.

A teoria sofre a crítica de se voltar apenas para o efeito produzido. O fato de não produzir dano não é o que deve ser visto para a verificação da licitude, ou seja, por não causar dano não pode ser considerado lícito. A análise deve ser pautada sob o prisma de que, o ato ilegítimo gera o dano ilegítimo, passível de punição.

3.4.2.3 Abuso por violação do dever moral

O ponto de sustentação desta doutrina se dá na afirmativa de que o sujeito abusaria do direito quando, mesmo no exercício normal e habitual do seu direito, fosse movido pelo desejo de causar dano a outrem, pela intenção do agente em prejudicar, resultando em conflito do direito com a moral, no momento em que o agente, ignora os ditames da moral, na utilização do seu direito.¹¹¹

3.4.2.4 Violação ao espírito do direito ou ao seu fim social

A procura do ápice do abuso do direito no próprio direito subjetivo, postulando que o abuso do direito encontra-se fundado no resultado de uma contradição com uns dos elementos valorativos do direito, foi o que orientou os doutrinadores na criação desta corrente.

Josserand, se manifesta externando as particularidades da teoria, nos seguintes termos:

Devemos admitir a existência de um espírito dos direitos, inerente a toda prerrogativa subjetiva, isoladamente considerada e que, tal como a lei, não poderia ser aplicada contra o seu próprio espírito e, tal como um rio não poderia modificar o curso natural se suas águas, nosso direito não pode se realizar a torto e a direito, contra sua missão social e desprezando-a: concebe-se que o fim possa justificar os meios desde que estes sejam legítimos em si mesmos; mas seria intolerável que os meios, mesmo intrinsecamente incensuráveis, pudessem justificar todos os fins, sendo eles odiosos e inconcebíveis. (grifou-se)¹¹²

O critério do abuso do direito se revela não apenas na intenção em causar dano, mas sim no desvirtuamento da sua finalidade ou de sua função social, o que se revela atual.

3.4.2.5 Causalistas

Esta teoria identifica o abuso do direito na sua causa maior, ou seja, na lei.

¹¹¹ Ibidem., p.49.

¹¹² JOSSERAND, apud, CARPENA, Heloísa, op.cit. p.52 e 53.

Para seus expositores o parâmetro para averiguar a vontade do legislador não reside no âmbito psicológico, mas sim no normativo, consistindo, as opções legislativas, em fatores da vida social. “O ilícito seria um excesso de direito ou um ilícito comum”¹¹³.

3.4.2.6 Delimitação do direito subjetivo pelo elemento valorativo

Todas as doutrinas que tratam da afirmação do abuso do direito, e, aqui tratadas, se baseiam no campo interno do direito.

Para a presente doutrina, o exercício de um direito se baseia não apenas na composição de sua estrutura formal, mas no cumprimento do valor da norma em si. O valor da norma passa a ser um limite ao direito subjetivo, e, quando extrapola estes limites comete o agente o abuso do direito.

Fernando Cunha nos traz preciosa lição:

(...) o abuso do direito não pode ser encarado em termos formalistas, pois em certa e determinada situação podemos descobrir concordância com a estrutura formal de um dado direito subjetivo e, simultaneamente, discordância, desvio, oposição, ao próprio valor jurídico que daquele comportamento faz um direito subjetivo. Neste encobrir, consciente ou inconscientemente, a violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo direito é que reside o cerne do abuso do direito.¹¹⁴

Conclui com brilhantismo Heloisa Carpena que o critério essencial do abuso do direito é interno e estrutural e, que, a análise da juridicidade deve ser feita com vistas a partir da ideia de valor.¹¹⁵

As teorias que tratam do abuso do direito pelo prisma subjetivista, afirmam que haverá abuso do direito quando o indivíduo, ao agir, o faz com a intenção de prejudicar alguém, estando escudado pelo direito. Mas as objetivas se pautam pela análise da conduta do indivíduo, não pela ótica interna da intenção de praticar um dano, mas apenas visto pelo uso anormal do direito, destacando a existência de um conflito entre a finalidade do direito e da ação do indivíduo na prática.

Em que pese toda a construção doutrinária e o esforço de elucidar os

¹¹³ CARPENA, Heloísa, op. cite., p. 55.

¹¹⁴ Apud., CARPENA, Heloísa, op. cit.p.57.

¹¹⁵ Op. cit. p.57.

parâmetros pelos quais o abuso do direito deve ser visto, analisado e aplicado, hodiernamente devemos nos atear a aplicação da teoria objetivista, patrocinada por Saleilles, o qual se filiou o CCB 2002. Portanto, não se requer para o aferimento do abuso do direito que o agente tenha consciência de estar lesando outrem, mas tão somente que a sua conduta exceda os limites impostos pelo fim social, econômico, os bons costumes e da boa-fé, constantes na norma jurídica a qual se infere a conduta do agente.¹¹⁶

Aliás, a Jornada de Direito Civil promovida pelo CECJF, realizada em setembro de 2002, publicou o enunciado de nº 37 que elucida o caráter e a natureza jurídica do abuso do direito. “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Assim, na análise do caso concreto deve o operador do direito ater-se a análise da finalidade da norma jurídica, sem preocupação com os aspectos relativos à consciência do agente, mas sim com o fato, advindo de uma conduta, que rompeu os limites por ela imposta.

A doutrina é assente em afirmar a autonomia da teoria do abuso do direito em relação à do ato ilícito *latu sensu*, mesmo que o Art. 187, do CCB, tenha dito expressamente que o abuso do direito é também ato ilícito. Neste sentido Sérgio Cavalieri Filho¹¹⁷ e Heloisa Carpena¹¹⁸.

O Ilícito considerado *latu sensu*, é a afronta a um direito alheio, violando norma anteriormente constituída, mas o ilícito *stricto sensu*, o abuso do direito, é verificado através do exercício anormal do direito. Ressalte-se que no abuso do direito a conduta do agente tem apoio em lei, mas afronta o seu espírito.

Antunes Varela, citado por Sérgio Cavalieri Filho dá um desfecho espetacular, afirmando que no abuso do direito, o agente

(...) embora observando a estrutura formal do poder que a lei lhe confere, excede os limites que lhe cumpre observar, em função dos interesses que legitimam a concessão desse poder. Há uma contradição entre o modo ou o fim com que o titular exerce o direito e o interesse a que o poder nele

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.p.152.

¹¹⁷ Ibidem, p.153

¹¹⁸ Ibidem, p.60.

consubstanciado se encontra adstrito.¹¹⁹

Da leitura do artigo 186 e 187 do CCB ainda se destaca uma análise que difere o ilícito comum do abuso do direito.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O artigo 186 faz menção ao dano, ou seja, comete ato ilícito o agente que “violar direito e causar dano”, o que não se repete no artigo 187 que trata do abuso do direito. Mediante a omissão da expressão “dano” no artigo 187, conclui-se que pode haver abuso de direito sem que o agente pratique dano a terceiro. Isso não significa afirmar que não haverá sanção, pelo contrário, esta é quase sempre certa, todavia, não na modalidade de sanção pecuniária, mas a nulidade de um ato, a perda de um direito processual, dentre outros que o sistema impõe.

A aplicação do abuso do direito não se limita à esfera do direito obrigacional, ou até mesmo ao direito civil, visto que foi erigido a princípio geral, alcançando todas as áreas do direito. No âmbito do direito do trabalho o abuso do direito já é aplicado, resultando em sanções a quem viola tal princípio, o que se verá mais adiante; no direito empresarial a desconsideração da pessoa jurídica, prevista no art.50 do CCB, também serve como exemplo. Enfim, trata-se de um princípio que começa a desbravar um vasto território de aplicabilidade, na busca de cumprir o seu papel.

Na sua aplicação enquanto princípio compete ao julgador utilizar da razoabilidade, da proporcionalidade e da ponderação, na análise do caso proposto, o que lhe dá um poder discricionário amplo.

Destarte, o poder discricionário conferido ao juiz não pode ser compreendido como obstáculo a aplicação do princípio do abuso do direito. O atual Código dá o suporte necessário à sua aplicação, visto a existência de grande número de cláusulas, que tem o condão de dar liberdade ao julgador, a exemplo do que ocorre nos artigos 113, 421 e 422 do CCB, dentre vários outros.

O próprio texto da lei, art. 187, CCB, já traz orientação ao julgador, quando

¹¹⁹ Apud., CAVALIERI FILHO, Sérgio, op.cit. p. 153.

exige a ocorrência de manifesto excesso por parte do agente para configurar o abuso do direito, que deve ser, em todos os casos, identificado pelo julgador e devidamente exposto na decisão, exigindo que o excesso se dê na violação dos limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

3.5 ANÁLISE DOS CARACTERES DO ART. 187 DO CCB

O art. 187 faz menção expressa aos limites que devem ser observados para a aplicação do abuso do direito, o que vai ser devidamente analisado a seguir.

3.5.1 Fim econômico ou social

A definição de fim econômico é dada com enfoque no proveito material ou vantagem que o titular de um direito pode dele auferir, bem como se perdeu alguma coisa porque não o utilizou. Neste sentido a doutrina se manifesta: “Entende-se por fim econômico o proveito material ou vantagem que o exercício do direito trará para o seu titular, ou a perda que suportará pelo seu não-exercício”.¹²⁰

O contrato, por exemplo, tem como elemento preponderante um fim econômico. No seu próprio conceito é necessário a inserção do elemento econômico patrimonial, vez que apenas os bens que podem ser valorados economicamente podem ser objeto de contrato, estando descartado do âmbito de seu objeto os bens extrapatrimoniais. Contrato é pois o “acordo de vontades que visa à produção de efeitos jurídicos de conteúdo patrimonial”.¹²¹

Quando a norma fala em limite imposto pelo seu fim econômico ou social, o fez com grande acerto, visto que se ficasse adstrita a apenas o fim econômico limitaria a aplicação do abuso do direito ao campo do direito das obrigações, que lida com ganhos e perdas econômicas, excluindo da sua seara de incidência situações legais, como as do direito de família, que não tem conteúdo econômico.

A finalidade social inserida no dispositivo deu uma ampliada no seu campo de incidência. Confeccionar um rol condutas que podem ser tidas como abusivas é tarefa inócua, visto que a cada momento e cada fato são revestidos de detalhes que se depara com uma nova situação jurídica que caracteriza o abuso do direito. Daí a

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio, op.cit., p.156.

¹²¹ NADER, Paulo. Curso de direito civil. VI.3. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.8.

afirmativa de que o abuso do direito deve ser visto como princípio de direito e não como uma norma estanque dentro do arcabouço do direito.

Ninguém contesta o avanço social consagrado pelo CCB 2002, que deixou o seu antecessor, de característica individual, por influência do Código Civil Francês, e por isto ultrapassado, para fazer valer os direitos sociais, principalmente no direito obrigacional. O Art. 421, primeiro artigo que trata dos contratos já assinala a regra pela qual devem os contratos seguir. Dispõe o citado artigo que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social dos contratos”.

Ademais, a LINDB, traça regra ao julgador no sentido de exigir que a aplicação da lei se dê no sentido de atender aos fins sociais e ao bem comum: “Art. 5.º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

A própria CF/88 traz como um de seus fundamentos a promoção da dignidade da pessoa humana (Art.1º, inciso II). Aliás convém lembrar o art. 3º, que trata dos objetivos fundamentais da república, dentre eles “erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III). Como promover a pessoa humana, na busca da paz, nivelando diferenças, se a norma não estiver sintonizada com a sua finalidade social?

Por tudo isso, sábias são as palavras de San Tiago Dantas, citado por Sérgio Cavalieri Filho

Pode-se dizer que, hoje, mais do que um direito subjetivo, o que se concede ao indivíduo é uma proteção jurídica, ou pelo menos um direito subjetivo que não tem no arbítrio do titular a sua única medida, pois não poderá, em caso algum, ser exercido contra a finalidade social que a lei teve em mira quando o reconheceu e protegeu. Valer-se do direito para colimar resultados contrários à sua instituição, eis o abuso do direito.¹²²

3.5.2 Boa-fé

A boa-fé tem origem num passado remoto no Império Romano, com caracteres extrajurídicos. O culto à deusa *fides* na celebração dos negócios, para que abençoasse o seu bom êxito, protegendo os bons cumpridores de suas obrigações, gerou a expressão fidelidade, com forte apelo ético. À expressão *fides*

¹²² Apud., op. cit. p.159.

foi acrescentado o substantivo *bona*, gerando a expressão boa-fé, no sentido de orientar a conduta das partes.¹²³

O Código Civil Brasileiro de 1916 não normatizou expressamente o princípio da boa-fé, como cláusula geral, e por isso sofreu críticas, visto que os seus antecessores o fizeram, como o Código civil Francês e o alemão.¹²⁴

A tarefa de aplicar a boa-fé nos contratos sob a égide do Código Civil de 1916 coube à doutrina e à jurisprudência, que nortearam a aplicação deste verdadeiro princípio de direito no diploma civil atual.

Ressalte-se por oportuno, que o Código Civil de 2002 não foi o primeiro diploma a tratar expressamente da boa-fé objetiva. Esta foi incorporada expressamente, num primeiro momento, no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, principalmente nos artigos 4º, III e 51, IV, como também de forma implícita em outros artigos esparsos em seu texto.

O Código Civil trata da boa-fé objetiva ou normativa, aplicada no âmbito do direito das obrigações, com especial atenção ao campo contratual, que não se caracteriza pela intenção, desconhecimento, ou ignorância de vícios que caracteriza a boa-fé subjetiva, mas pelo dever de conduta, que independe da consciência, e, que, deve ser cumprido mediante a exteriorização dos deveres de lealdade e confiança,¹²⁵ aventando-se ainda a necessidade de colaboração¹²⁶ entre os contraentes.

Espera-se que o homem inserido na sociedade tenha uma conduta reta, no sentido de viver sem causar danos a outrem. Na seara contratual, e porque não na extracontratual, as partes tem o seu interesse subordinado ao interesse social.

Quando se fala na obrigatoriedade de utilização da boa-fé nas lides do direito obrigacional, aplicada na análise da conduta das partes, assentou o legislador uma relevante coluna do grande edifício do direito contratual em base sólida, visto que sob a ótica objetiva, longe das dificuldades trazidas pela boa-fé subjetiva do campo

¹²³ MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. O Erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança. São Paulo: Atlas, 2011. p.81.

¹²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. VI.III. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.20.

¹²⁵ GOMES, Orlando. Contratos. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.42

¹²⁶ DEMOGUE, apud. GOMES, Orlando, op.cit. mesma página.

psicológico, tem mais condições de cumprir o papel do direito, na aplicação da justiça comutativa, com a sua característica fundada na ética. Neste sentido as palavras de Alípio Silveira.¹²⁷

No Código Civil atual encontramos a boa-fé em diversos de seus artigos, com destaque para a boa-fé objetiva, a rigor, nos artigos 113, 187 e 422.

Com foco nos artigos mencionados podemos destacar três funções para a boa-fé: a) função interpretativa; b) função de controle; c) função integrativa.

3.5.2.1 Função interpretativa da boa-fé

No primeiro dispositivo, art. 113, o legislador estabeleceu sua primeira função, a de interpretação do negócio jurídico segundo as regras da boa-fé além dos usos e dos costumes. Vejamos: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

A função interpretativa da boa-fé se revela na obrigatoriedade do jurista em utilizar do princípio ético da boa-fé, para extrair da norma, “o sentido moralmente mais recomendável e socialmente mais útil”.¹²⁸

Nesta função o intérprete deve, sempre que for analisar não só os contratos, mas todo e qualquer negócio jurídico, visto que a norma não limita a atuação do operador do direito a eles, extrair da norma o sentido moral e social mais recomendável, na busca da vontade real do declarante, mediante o concurso da razoabilidade apontado pela boa-fé.¹²⁹ O exposto no art. 5ª, da LINDB, que manda o juiz aplicar a lei em atenção aos fins sociais e ao bem comum que é direcionada, justifica a atuação do intérprete neste mesmo diapasão.

3.5.2.2 Função integrativa da boa-fé

A segunda função, a integrativa, é fonte de criação de deveres anexos ou de proteção dos contratos. São eles: lealdade e confiança recíprocas; assistência; informação, sigilo ou confidencialidade.

¹²⁷ SILVEIRA, Alípio. A boa-fé no código civil: doutrina e jurisprudência. VI.1º. São Paulo, 1972.p. 7 e 8.

¹²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil.vl.IV, tomo 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.105.

¹²⁹ FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p.411.

Estampada no artigo 422, momento em que legislador estabeleceu a regra *mater* da contratação no âmbito do direito civil, o da aplicação da boa-fé no momento da celebração e na fase de cumprimento. Vejamos: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.

Lembramos a análise feita anteriormente em relação à aplicabilidade da boa-fé na fase de negociações preliminares, contida no item 3.2, quanto foi tratado os requisitos da responsabilidade pré-contratual que gera o dever de indenizar.

Todavia, ressalte-se que o legislador não agiu bem quando deixou de inserir de forma expressa a aplicação da boa-fé na fase que antecede aos contratos, ou seja, na fase de negociações preliminares. No entanto, em que pese à omissão legislativa, não deve o intérprete excluir da fase de negociações preliminares a aplicação da boa-fé, visto tratar-se verdadeiro princípio de direito, incidindo, inclusive, na fase pós-contratual.¹³⁰

3.5.2.3 Função de controle da boa-fé

A função de controle limita o exercício de direitos subjetivos. Da leitura do art. 187, trouxe a boa-fé o suporte para a análise do abuso do direito, quando enfoca a prática de ato ilícito: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A orientação do artigo citado visa impor ao agente uma conduta limitada pela norma, estando obrigado a fazê-lo dentro de certos limites traçados por sua finalidade econômica, social, pelos princípios da boa-fé e da probidade.

Acertou bem o legislador quando incorporou na análise de uma conduta ilícita, a boa-fé. No artigo em tela presume o legislador que o titular de um direito, ao exercê-lo, o faz com boa-fé. No entanto, se exceder seus limites comete ato ilícito.

O critério de análise do ato ilícito, pelo abuso do direito, mencionado no artigo 187 é o objetivo-finalístico, conforme exposto anteriormente, ou seja, toda norma

¹³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, op.cit. p.113.

jurídica tem sua finalidade, devendo o agente exercer seu direito dentro destes limites, incluindo o uso da boa-fé, que é a objetiva, sem a necessidade de análise da consciência do excesso.¹³¹

Sob o prisma da doutrina há relevante distinção entre as duas espécies de boa-fé existentes.

A boa-fé subjetiva, presente no Código Civil anterior e atual está consubstanciada, segundo Stolze e Gagliano, 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”.¹³² Ressaltam ainda os renomados doutrinadores que “esse estado subjetivo deriva do reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância”¹³³.

Quanto à boa-fé objetiva, diferentemente da subjetiva que diz respeito ao estado mental do indivíduo, trata do comportamento do agente em determinada relação jurídica. O que se destaca na boa-fé objetiva é o padrão de conduta, que varia de acordo com a relação jurídica entre as partes.¹³⁴

Verifica-se na conceituação das duas espécies de boa-fé que, o Juiz deve verificar a boa-fé através da análise da conduta do indivíduo no caso concreto, não buscando a sua intenção em agir com boa-fé, mas identificando se houve cooperação, lealdade, fidelidade, honestidade e informação, entre as partes, deveres correlatos à boa-fé.¹³⁵

A regra de conduta ética cunhada pela boa-fé objetiva, nos pressupostos éticos por ela emanados, fornece ao intérprete a noção exata da conduta que se espera da parte, e, desde que uma delas a negligencie, resultando em prejuízo à outra, tem-se uma das hipóteses em que a intervenção estatal se torna obrigatória.

3.5.3 Bons costumes

¹³¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.p.152.

¹³² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil.vl.IV, tomo 1. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.100 e 101.

¹³³ Ibidem, p.101.

¹³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. VI.III. 12ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007. p.20

¹³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. VI.III. 12ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007. p.21

Quanto aos costumes nos valemos do conceito formulado por Coviello e citado por André Franco Montoro, pelo qual costume é “a norma jurídica que resulta de uma prática geral constante e prolongada, observada com a convicção de que é juridicamente obrigatória”.¹³⁶

É cediço que no âmbito do direito civil os costumes com caráter de norma jurídica não são tão comuns.¹³⁷

Mesmo que não sejam comuns a sua ocorrência, não se pode desprezar uma regra que veio para sanar deficiências ou suprir lacunas, que a norma jurídica porventura traga. Encontra-se na LINDB, art.4º, o respaldo necessário para que o julgador não se afaste da aplicação dos costumes: “Art.4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”

Miguel Reale faz uma referência que nos dá uma diretriz relativa ao papel dos costumes no direito:

O costume continua desempenhando função relevante na experiência jurídica de nossos dias, não sendo, porém, igual o seu papel em todas as disciplinas. Verificamos uma força maior do direito costumeiro em certos ramos ou para a solução de determinados problemas, como é o caso do Direito Comercial e do Direito Internacional.¹³⁸

Carregado de uma carga ética, os bons costumes vinculam a conduta do indivíduo, obrigando-o a ser honesto, probo, leal, com vistas à conduta do homem médio da sociedade.

3.6 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Na relação de trabalho regida pela CLT é possível analisar da admissibilidade e aplicação da responsabilidade civil pré contratual, visto que o tema, responsabilidade civil, com seus princípios e requisitos é tido como base para aplicação em outros ramos do direito. O Código Civil Brasileiro é aplicado subsidiariamente à CLT, portanto é perfeitamente cabível a análise da

¹³⁶ COVIELLO, apud, MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 25ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.347.

¹³⁷ Ibidem. p.351.

¹³⁸ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª ed. Saraiva: São Paulo, 2002. p.159 e 160.

responsabilidade neste importante ramo do direito.

Convém ressaltar, como já exposto, que a fase de negociações preliminares (*trattative, tractatus, pourparles*) é demarcada pela não vinculação entre as partes, que tem em mente a celebração do contrato, tendo, portanto, a liberdade de não contratar.¹³⁹

Além da não vinculação das partes, convém lembrar que para configurar responsabilidade em indenizar, em termos gerais, é necessário o dano e o nexo causal que liga a conduta ao dano.

Mauricio Godinho Delgado afirma que ocorrendo frustração concreta e culposa de um contrato proposto de forma clara, sem que se aplique as hipóteses de perda da força vinculativa da proposta feitas pelo CCB, gera o dever de indenizar a vítima, com fulcro no artigo 186 do CCB, quando devidamente aceita, regra esta aplicada ao direito do trabalho por analogia.¹⁴⁰

Ultrapassada a análise de proposta e aceitação, analisada com maestria pelo ilustre autor mencionado, fica o questionamento frente a existência ou não da responsabilidade de indenizar, quando as partes encontram-se fora do âmbito da proposta e da aceitação do contrato, na fase que as antecede.

É o caso de se verificar numa relação jurídica preliminar em que um futuro patrão analisa o perfil de um profissional com o intuito de contratá-lo ou não, pode gerar o dever de indenização por danos que este venha a sofrer por não ter sido contratado? É o que vamos analisar.

Na seara contratual destacam-se, tal qual na cível, elementos genéricos da responsabilidade pré-contratual como: o consentimento face às negociações travadas; o dano; a relação de causa e efeito e a inobservância ao princípio da boa-fé, e como específicos: a confiança na seriedade das negociações preliminares e a enganiosidade das informações obtidas.¹⁴¹

¹³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: contratos. VL.III. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.37.

¹⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 921 e 922.

¹⁴¹ CAPPELARI, Récio Eduardo, apud, BARROS, Maria Alice de. Curso de direito do trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTR, 2009. p.515.

A seriedade nas negociações merece atenção mais acurada, visto que os demais requisitos já foram abundantemente tratados. As partes têm o dever de agir com o dever de boa-fé, agindo com lealdade e confiança na relação entabulada, sem criar falsas expectativas na outra, que possa levá-la a efetuar despesas como, mudança do local de residência para o bom desempenho do trabalho em vista, gastos com viagens, estadias em local distante de sua residência e até mesmo o desligamento voluntário de vínculo contratual que esteja em curso, em função da contratação que se espera.

A criação de expectativa na outra parte que a contratação vai ser efetuada, juntamente com as despesas que esta efetua, ou prejuízos daí advindos é que gera o dever de indenizar o dano sofrido, violando a regra do dever de não gerar danos a outrem.

Neste diapasão Ana Prata, citada por Maria Alice de Barros:

A seriedade nas negociações preliminares cria uma confiança entre as partes e autoriza a responsabilidade pré-contratual daquele cujo comportamento injustificado, ou seja, desistência da concretização do negócio, ensejou na contraparte uma convicção razoável no cumprimento do negócio frustrado. Essa confiança não é aquela que a parte, por suas características psicológicas, depositou no outro sujeito, mas é aferida por meio de uma apreciação objetiva no quadro do ambiente econômico-social que os contratos pré-negociais ocorreram.¹⁴²

O convite para contratação feito diretamente a uma pessoa, diferentemente de um anúncio feito em jornal ou por meio eletrônico dirigido a um sem número de pessoas, bem como a respeitabilidade da pessoa que desencadeia as negociações, cria uma expectativa positiva de contratação na outra parte que o recebe, ensejando, caso não seja cumprida, o dever de indenizar.¹⁴³

Importante ressaltar que, se a parte que alega dano derivado da não efetivação do contrato de trabalho, não merece proteção jurídica, pois estaremos em sede de uma das excludentes de responsabilidade civil, já tratada, denominada de culpa exclusiva da vítima, como por exemplo, a não aprovação no exame admissional.

Trazemos à baila a teoria do abuso do direito tão explanada neste trabalho,

¹⁴² PRATA, Ana, apud. BARROS, Maria Alice de, op.cit., p.516.

¹⁴³ BARROS, Maria Alice de, op.cit., p.516.

como fundamento desta espécie de responsabilidade pré-contratual, apesar de a doutrina informar que há outras correntes que se ligam à vedação do enriquecimento ilícito.¹⁴⁴

Afonso Dallegrave Neto traz notável afirmação no sentido de confirmar a tese do abuso do direito nas relações de trabalho, se expressando da seguinte forma:

“Não se pode negar a relevância do abuso do direito na órbita trabalhista, máxime nas situações em que o empregador extrapola o seu direito de comando. O *jus variandi* patronal quando exercido de forma ilegítima e divorciado da real necessidade de serviço ou mesmo em confronto com os limites sociais e éticos do contrato caracteriza abuso de direito reparável mediante ação trabalhista”.¹⁴⁵

Se o CCB, em seu artigo 187, diz textualmente que “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, razões não faltam para se afirmar que a natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual nas relações de trabalho tem por fundamento o abuso do direito.

Neste sentido citamos julgados que demonstram e corroboram a afirmativa acima:

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROMESSA DE EMPREGO. Caso em que a reclamada submeteu o reclamante ao processo de seleção, realizou exames médicos, reteve sua CTPS e o convidou para participar do evento de integração, atos que indicam o ânimo de contratar o trabalhador. Desse modo, a promessa de emprego, ainda que no processo seletivo, fere o princípio da boa-fé, impondo-se a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso provido. (TRT 4ª REGIAO – 9ª TURMA – PROCESSO R.O. 0000318-59.2010.5.04.0401 – RELATOR JUIZ CONVOCADO MARÇAL HENRI DOS SANTOS FIGUEIREDO).¹⁴⁶

PRÉ-CONTRATO. PROMESSA FRUSTRADA. DANO MORAL. A promessa de contratação frustrada por parte do empregador caracteriza afronta à boa-fé que norteia os contratos, gerando a obrigação de indenizar o empregado pela falsa expectativa criada. (TRT 4ª REGIÃO – 4ª TURMA – PROCESSO R.O. 0000123-50.2011.5.04.0333 – RELATOR DES. JOÃO PEDRO SILVESTRIN)¹⁴⁷

Para fechar a verificação do dever de indenizar na fase que antecede à celebração do contrato de trabalho, Maurício Godinho Delgado, afirma que “não se

¹⁴⁴ Ibidem., p.517.

¹⁴⁵ NETO, Afonso Dallegrave, apud., TARTUCE, Flávio. Direito Civil. 6ª ed. VI.2. São Paulo: Método, 2011. p.347.

¹⁴⁶ http://www.nucleomascaro.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=117&catid=60:jurisprudencia&Itemid=131. Acesso em: 18/02/2012.

¹⁴⁷ <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17%2cMI148531%2c11049promessa+de+contratacao+frustrada+gera+indenizacao+a+trabalhadora>. Acesso em: 18/02/2012.

pode exagerar a possibilidade de ocorrência dessas situações de possibilidade indenizatória envolvidas ao pré-contato”, e, com suporte em Caio Mário da Silva Pereira conclui que

(...) um mínimo de expectativa das partes naturalmente surge quando elas se aproximam para iniciar ou desenvolver concertações em direção a uma proposta contratual. Portanto, é da própria natureza desse tipo de fase a geração razoável – e regular – de certo nível de expectativas e frustrações entre as partes.¹⁴⁸

Do exposto se conclui que é possível aplicar a responsabilidade civil nas relações de trabalho, mesmo que rara, por analogia, quando se verifica a ocorrência dos pressupostos da responsabilidade *aquiliana*.

3.7 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O CDC foi o primeiro diploma a tratar do abuso do direito em nosso ordenamento jurídico. Em diversos dispositivos encontramos a expressão *abusiva*, que lembra o tema em análise.

No artigo 6º, inciso IV, verificamos a proteção do CDC ao consumidor em vista da propaganda enganosa, que este possa sofrer por ato do fornecedor de serviços ou de produtos, caracterizando o abuso do direito:

Art. 6.º São direitos básicos do consumidor:

I – (...)

II – (...)

III – (...)

IV – a proteção conta a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – (...)

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII – (...)

VIII – (...)

IX – (...)

X – (...)

V – (...)

Os artigos 67 e 68 do CDC tipificam a conduta de quem atua de forma a enganar ou abusar do consumidor:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade enganosa que sabe ou que deveria saber enganosa ou abusiva.

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

¹⁴⁸ PEREIRA, Cáo Mário da Silva, apud, DELGADO, Mauricio Godinho, op.cit. p. 923.

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança.

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Se a possibilidade de fazer publicidade de seus produtos é conduta lícita amparada pelo direito, a enganosidade ou abusividade é vedada pela norma consumerista, encerrando conteúdo lícito com efeitos ilícitos, como bem salientado por Flávio Tartuce quando conceitua o abuso do direito, salientando, antes, que a ilicitude do abuso do direito está presente na execução do ato:

Resumindo essa construção, pode-se chegar à conclusão de que o abuso do direito é um ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo.¹⁴⁹

A ementa abaixo transcrita de alçada do TJSP, traz um exemplo claro de propaganda enganosa que ofende os direitos do consumidor, resultando na necessidade de indenização dos danos, quando da sua ocorrência, pelo agente ofensor, que exercitando o seu direito, extrapola os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes. Vejamos:

Ação civil pública – Publicidade abusiva – Propaganda de tênis veiculada pela TV _ Utilização da empatia da apresentadora – Induzimento das crianças a adotarem o comportamento da apresentadora destruindo tênis usados para que seus pais comprassem novos, da marca sugerida – Ofensa ao art. 37, § 2.º, do CDC – Sentença condenatória proibindo a veiculação e impondo encargo de contrapropaganda e multa pelo descumprimento da condenação – Contrapropaganda que se tornou inócua ante o tempo já decorrido desde a suspensão da mensagem – Recurso provido parcialmente (TJSP, Apelação Cível 241.337-1-São Paulo – 3ª Câmara de Direito Público – Relator: Ribeiro Machado – 30.04.1996 – v.u.)

Outro dispositivo que merece ser citado é o artigo 39 do CDC que trata das práticas abusivas que são vedadas pelo fornecedor de produtos e serviços e que encontram-se em momento que antecede a celebração do contrato:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I – condicionar o fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II – recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III – enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

¹⁴⁹ TARTUCE, Flávio, op.cit. p.337.

IV – prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI – executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII – repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII – colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – CONMETRO;

IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;

X – elevar sem justa causa o preço de bens ou serviços;

XI – aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido;

XII – deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;

Parágrafo único: Os serviços e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

No disposto no art. 39 do CDC, verificamos a vedação da prática de ato ilícito na melhor de sua expressão, contrário à norma. Todavia, se bem analisado o que verifica-se é o abuso do direito. O que a norma não veda é permitido, e o que é permitido tem na norma a fixação de seus limites, e, portando, quem os extrapola comete abuso do direito.

Trazemos as conclusões de Flávio Tartuce, em sintonia com a matéria tratada, que fazendo referências ao ilícito civil e penal, opina pela boa hermenêutica em favor da aplicação do abuso do direito ao disposto no art. 39 do CDC, e diante da afirmativa de alguns que o conteúdo do artigo seria apenas do ilícito puro (*latu sensu*), se manifesta:

Concorda-se com tal conclusão, mas antes devem ser feitas algumas ressalvas. A primeira é de que os elementos do ilícito civil são diferentes daqueles do ilícito penal, conclusão que pode ser retirada da leitura do art. 935 do CC, que traz regra pela qual a responsabilidade civil independe da criminal. A segunda é que, dentro dessa linha de raciocínio, argumentos surgirão de que o ilícito civil não estará presente, o que afastaria o dever de reparar. O contra-ataque é fácil, no sentido de que o ilícito não está presente no conteúdo, mas sim pelas conseqüências, eis que as hipóteses do art.39 do CDC abarcam o abuso de direito consumerista, que também gera a responsabilidade civil do agente.¹⁵⁰

Claudia Lima Marques comentando o art. 39 do CDC, retro mencionado, o

¹⁵⁰ Op.cit., p.344.

divide em quatro grupos: o primeiro trata da proibição da prevalência econômica do fornecedor na determinação de condições desfavoráveis ao consumidor (incisos I, V e XII); no segundo grupo encontra-se a vedação de utilização de práticas que se prevaleçam da vulnerabilidade social ou cultural do consumidor (incisos IV, VII); no terceiro grupo trata da vedação de vendas ou modificações contratuais sem a manifestação prévia do consumidor (incisos III, X e XI); e, por fim, no quarto grupo, comenta a polêmica trazida pelo CDC e contida no inciso II, e que pela primeira vez o CDC trata de usos e costumes na fase pré-contratual, que instituiu uma verdadeira obrigação de contratar.¹⁵¹

O artigo 37 do CDC proíbe a prática de publicidade enganosa e abusiva, portanto, inserida na órbita dos atos ilícitos que merecem repúdio do ordenamento jurídico, e no caso deste estudo, normalmente encontrada na fase de negociações preliminares, momento em que o consumidor faz suas pesquisas, sondagens e orçamentos, e pode ser vítima de dano que merece reparação. A boa-fé objetiva, consubstanciada na regra ética da lealdade, deve nortear as relações no direito do consumidor. Neste sentido as palavras da abalizada consumerista Cláudia Lima Marques.

A publicidade é um meio lícito de promover, de estimular o consumo de bens e serviços, mas deve pautar-se pelos princípios básicos que guiam as relações entre fornecedores e consumidores, especialmente o da boa-fé. As relações de consumo, mesmo em suas fases pré-contratual ou como preferem alguns, extracontratual, devem guiar-se pela lealdade e pelo respeito entre fornecedor e consumidor.¹⁵²

Nota-se claramente a importância em destaque da boa-fé no âmbito das relações de consumo. O legislador, ao criar o CDC, tratou da boa-fé objetiva em dois de seus artigos: primeiro ao cuidar dos princípios que regem a Política Nacional das Relações de consumo (Art. 4º, III) e ao tratar das cláusulas abusivas (art.51, IV).

Art. 4º A política Nacional das Relações de consumo tem por objetivo (...), atendidos os seguintes princípios:

(...)

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art.170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre

¹⁵¹ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de defesa do consumidor. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 686 a 688.

¹⁵² Ibidem, p.675.

consumidores e fornecedores.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

III – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Verificamos que o CDC trata da boa-fé como princípio e como cláusula geral. Enquanto princípio trata-se de “norma programática que, no entanto, não se encontra despida de eficácia, direcionando a interpretação das disposições do Código, as quais devem ser obrigatoriamente aplicadas segundo as diretrizes, estabelecidas na própria lei”.¹⁵³

Como cláusula geral a sua aplicação é deveras interessante, quando possibilita a flexibilização da norma, sem, no entanto, retirar-lhe a eficácia. Judith Martins-Costa comenta suas nuances.

(...) todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para esta concreção porquanto são elas elaboradas através da formulação de hipótese legal que em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Por esta via, idéias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística – como os da boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos do tráfico jurídico e outros similares, que só produzem frutos quando animados por problemas reais, passam a funcionar como pontos de partida para a formação concreta das normas jurídicas. (Sic)¹⁵⁴

Heloísa Carpena define a cláusula geral como “um tipo especial de norma jurídica que, por sua natureza, encontra-se carente do preenchimento de seu conteúdo, a ser efetuado por meio de valorações provenientes de seu aplicador”.¹⁵⁵

O CCB e o CDC andam de mãos dadas, fazendo o mesmo tratamento em relação à aplicação da boa-fé enquanto princípio e cláusula geral, tanto na fase contratual quanto na fase de punição.

Verifica-se que na fase de negociações preliminares regidas pelo CDC, a matéria tratada no início deste capítulo, especificamente em face ao abuso do direito, a boa-fé, e aos bons costumes, bem como a análise do fim econômico e social da norma jurídica, são devidamente aplicáveis no âmbito do micro sistema

¹⁵³ CARPENA, Heloísa, op.cit. p.91 e 92.

¹⁵⁴ COSTA, Judith Martins, apud, CARPENA, Heloísa, op.cit. p.93 e 94.

¹⁵⁵ Ibidem. p.93.

jurídico regido pelo CDC.

No presente capítulo buscou-se o aprofundamento do objeto do presente trabalho, analisando responsabilidade civil pré-contratual no direito brasileiro, com enfoque no direito civil, bem como nas relações de trabalho, regidas pela CLT, e nas de consumo com fulcro no CDC.

Chego-se ao final fixando os contornos da relação jurídica contratual, permeados pelos pressupostos da responsabilidade civil, o que facultou a averiguação particular da responsabilidade civil pré-contratual, na sua aplicabilidade e admissibilidade no direito brasileiro, pelo que passamos às considerações finais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema proposto foi desafiador, assim como desafiadores foram os objetivos propostos. A problemática levantada foi elaborada mediante uma reflexão teórico-prática, com vistas a elucidar as questões mais importantes que envolvem a responsabilidade civil, mormente quando seu objeto de análise se volta para a fase das negociações preliminares.

A primeira análise foi relativa à existência de uma responsabilidade civil em um momento em que as partes, que buscam celebrar um contrato, e ainda situadas num momento que antecede a sua vinculação oriunda da convenção, frente à existência de dano, pode ser obrigada a sua reparação. Constatou-se que não se deve cogitar de responsabilidade civil contratual, pois o liame contratual ainda não se encontra configurado, mas se deve aplicar os postulados da responsabilidade civil *aquilliana*, também denominada de extracontratual.

A natureza jurídica da responsabilidade civil *aquilliana* no momento das tratativas, com sua conformação legal e doutrinária, trata em âmbito geral o ato ilícito, denominado *latu sensu*, o que pode ensejar confusão doutrinária, mereceu reflexões. A concepção generalista de que a responsabilidade pré-contratual está estribada no ato ilícito não satisfaz e pede aplicação específica. Neste diapasão quando devidamente analisada sob a ótica do abuso do direito, frente à sua autonomia, apesar de ser considerado ato ilícito pela própria legislação, deve ser tido como ato ilícito especial. Ao abusar do direito, o agente não o faz contrariamente ao direito, mas age com ele, extrapolando os limites impostos pela norma, razão porque deve ser tido como ato ilícito *stricto sensu*, em relação à conduta *lato sensu* contrário ao direito.

O legislador pátrio não ofereceu a tutela legal expressa para a aplicação da responsabilidade civil na fase de negociações preliminares, correspondendo a mais um problema que forjou a presente pesquisa. A disposição legal civilista, que remete o intérprete a iniciar suas reflexões doutrinárias em torno do tema estudado, não foi capaz de atender com amplitude ao problema de aplicação da responsabilização do agente na fase que antecede a celebração dos contratos, nem tampouco após a sua fase de execução. Mas não é por isso que se deve deixar de aplicar os postulados

relativos à responsabilidade civil na fase das tratativas.

O fato da fase da fase das tratativa não vincular as partes e não gerar obrigatoriedade da contratação futura não as isenta de agir com boa-fé contratual, sem observância dos bons costumes, e sem os limites impostos pela finalidade social e econômica, que a liberdade de não contratar lhes possibilita.

O estudo e análise da boa-fé objetiva trouxe um profundo ganho para a pesquisa, possibilitando concluir que o aplicador da norma, ao interpretá-la, não deve descurar deste importante dever contratual, aplicável às tratativas. Não se pautando pela ignorância ou desconhecimento de vícios ou máculas que podem invalidar a relação jurídica, mas em uma conduta fundada em um dever ético de lealdade, honestidade, de cooperação e de informação, verificada com base no homem médio da sociedade, a boa-fé cumpre definitivamente o seu papel, dentre as várias funções demonstradas.

A função social dos contratos, hoje erigida a norma de ordem pública, por disposição constitucional e infraconstitucional, forja o interesse social e coletivo dos contratos, aplicável às tratativas. O contrato não interessa apenas às partes mas a toda a coletividade. Nenhuma convenção poderá manter-se se ofender à função social dos contratos, portanto, a fase das tratativas é campo fértil para a aplicação de seus ditames, com vistas a uma interpretação extensiva dos postulados legais existentes.

A responsabilidade civil pré-contratual não se restringe ao campo normativo das relações regidas pelo CCB, atingindo outros ramos do direito. Tais regras aplicam-se às relações regidas pelo CDC. A teoria do abuso do direito se conforma perfeitamente a ser aplicada como forma de responsabilizar o agente, criando o dever de indenizar, quando gerou uma expectativa de contratação, levando a outra parte a sofrer prejuízos, inclusive de ordem moral.

Quanto à responsabilidade pré-contratual no âmbito do direito do trabalho, apesar de aplicação tímida, verificou-se que há decisões judiciais, tutelando o direito daquele que pleiteia a celebração de um contrato de trabalho, e não logra êxito, sofrendo algum tipo de prejuízo, mormente quando se gera uma real expectativa de contratação iminente, convergindo a doutrina para a responsabilização do agente

causador do dano.

Os nossos objetivos foram devidamente cumpridos. Analisamos a responsabilidade civil com foco na fase pré-contratual, apresentamos os antecedentes históricos dos institutos que servem de base para a aplicação e admissibilidade no direito brasileiro, trouxemos a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, apresentamos a boa-fé com suas diversas nuances, servimo-nos da doutrina para encontrar a autonomia do abuso do direito, como forma de oferecer a tutela àqueles que sofrem dano, na mencionada fase preliminar.

A pretensão de esgotar o estudo que cerca o tema, que é deveras instigante e desafiador, não foi cogitada, mas buscou-se calorosamente enfrentar com rigor científico a proposta abraçada.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARVALHO, Diógenes Faria. *Do princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo*. Goiânia, PUC/GO, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. XI ed. Revisada, atualizada e ampliada de acordo com o Código Civil de 2002 por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. VI.3. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. VI.7. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2009

FIUZA, César. *Direito Civil, Curso Completo*. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, Ricardo, organizador. *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vl.III. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Novo Curso de Direito Civil: contratos em espécie*. VI.IV. ed.4ª. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAZMURI, Iñigo de La Maza e WILSON, Carlos Pizzaro. *Responsabilidade Civil: casos práticos*. 6ª ed. Santiago: Legal Publishinh Chile, 2010.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 24ª ed. Rio de Janeiro: forense, 2001.

_____. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. VI.IV, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito*. Coleção Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUIMARÃES, Octávio Moreira. *Da boa-fé no direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O Erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. VI.3. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Curso de direito civil*. VI.7. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Nelci Silvério. *Introdução ao estudo do direito*. Goiânia: AB editora, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. VI.III. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIMER, Ivoni Richter. *Trabalhos acadêmicos: como fazer*. 2ª ed. Goiânia, UCG, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. VI.I. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direito civil*. VI.3. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVEIRA, Alípio. *A boa-fé no código civil: doutrina e jurisprudência*. VI.1º. São Paulo, 1972.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. VI.II. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. VI.IV. 8ª.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnoldo e GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: Responsabilidade civil*. VI.7. São Paulo: Saraiva, 2011.

http://www.nucleomascaro.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=117&catid=60:jurisprudencia&Itemid=131. Acesso em: 18/02/2012.

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17%2cMI148531%2c11049promessa+de+contratacao+frustrada+ gera+indenizacao+a+trabalhadora>. Acesso em: 18/02/2012.

ANEXOS

ANEXO 01
Julgamento inteiro teor da 4ª Turma, TRT 4ª Região

DESEMBARGADOR JOÃO PEDRO SILVESTRIN

Órgão Julgador: 4ª Turma

Processo: 0000123-50.2011.5.04.0333 (RO)

Recorrente: C.M.G.C. - Adv. Zulma Santos Fiori

Recorrente: LUPATECH S.A. - Adv. Cláudio Roberto de Moraes Garcez

Recorrido: OS MESMOS

Origem: 3ª Vara do Trabalho de São Leopoldo

Prolator da Sentença: JUIZ ANDRÉ VASCONCELLOS VIEIRA

E M E N T A

PRÉ-CONTRATO. PROMESSA FRUSTRADA. DANO MORAL. A promessa de contratação frustrada por parte do empregador caracteriza afronta à boa-fé que norteia os contratos, gerando a obrigação de indenizar o empregado pela falsa expectativa criada.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM os Magistrados integrantes da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região: preliminarmente, por unanimidade, NÃO CONHECER do recurso ordinário da reclamada, por deserto. No mérito, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso da reclamante para majorar o valor da indenização por dano moral para R\$ 3.000,00.

Intime-se.

Porto Alegre, 10 de novembro de 2011 (quinta-feira).

R E L A T Ó R I O

As partes interpõem recurso ordinário contra a sentença que julgou procedente em parte a reclamação trabalhista.

A reclamante objetiva majorar a indenização por danos morais deferida, bem como acrescer honorários assistenciais à condenação.

Por sua vez, a reclamada busca eximir-se da condenação imposta.

Contra-arrazoados os recursos, sobem os autos a este Tribunal Regional do Trabalho.

É o relatório.

V O T O

DESEMBARGADOR JOÃO PEDRO SILVESTRIN (RELATOR):

CONHECIMENTO.

Os recursos são tempestivos (fls. 98, 103 e 106) e a representação dos recorrentes é regular (fls. 9 e 30). Foram recolhidas as custas processuais (fl. 107) e efetuado o depósito recursal (fl. 108). Estando preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso da reclamante tão somente.

Os documentos acostados ao processo pela reclamada com o intuito de demonstrar a realização do preparo revelam que o depósito recursal não foi efetuado por meio da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, mas, sim, mediante Guia de Depósito Judicial - documento que não se presta para tanto. Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial dominante, que restou pacificado com a edição da Súmula 426 do TST, que refere:

"DEPÓSITO RECURSAL. UTILIZAÇÃO DA GUIA GFIP. OBRIGATORIEDADE. Nos dissídios individuais, o depósito recursal será efetivado mediante a utilização da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 899 da CLT, admitido o depósito judicial, realizado na sede do juízo e à disposição deste, na hipótese de relação de trabalho não submetida ao regime do FGTS."

Assim, deixo de conhecer do recurso ordinário da reclamada.

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA.

DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

A reclamante sustenta que o valor fixado a título de indenização por danos morais está aquém dos valores reconhecidos pela jurisprudência em situação semelhante. Argumenta que para uma pessoa com deficiência, a frustração pela perda de uma chance de trabalho é sabidamente mais traumática do que para as demais pessoas. Colaciona jurisprudência favorável. Postula a majoração da indenização em questão.

Examino.

A sentença, em conformidade com a prova dos autos, considerou que a reclamante, após processo seletivo, teve sua contratação aprovada pela reclamada. Realizou exame admissional (fl. 22) e, a seguir, participou de um processo de integração. Todavia, não foi contratada sob a alegação de que isso decorreu de questões de ordem econômica, situação não comprovada nos autos. Diante desse contexto, o juízo de Primeiro Grau concluiu o seguinte:

[...] o procedimento da demandada trouxe, para a autora, uma grande frustração. No momento em que a ré reconsiderou sua decisão de contratá-la, não mais havia um processo seletivo. Esta fase já estava superada. Além da expectativa, portanto, existia a certeza da contratação, que não se consumou por uma atitude injustificada da empresa.

Em decorrência, com base no disposto nos artigos 186, 422 e 927 do Código Civil e em jurisprudência deste Tribunal Regional do Trabalho, reconheceu que a reclamada ao agir dessa forma violou o dever de boa-fé que norteia os contratos, dando ensejo à obrigação de indenizar a reclamante.

Por isso, condenou a reclamada a efetuar o pagamento de indenização por danos morais, na razão de R\$ 1.600,00.

No entanto, como bem ponderado pela recorrente, a indenização fixada não está consentânea como os valores fixados para situações semelhantes por esta Turma Julgadora (Processos nº s 0000305-60.2010.5.04.0304, Rel. Exmo. Des. Hugo Carlos Sheuermann, julgado em 28/10/2010; 0021000-69.2009.5.04.0013, Rel. Exmo. Des. Ricardo Tavares Gehling, julgado em 11/06/2010) razão pela qual entendo que a indenização deve ser majorada, o que o faço fixando-a em R\$ 3.000,00.

Nesse sentido, destaco decisão de minha relatoria, cuja ementa tem o seguinte teor:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E DANOS MATERIAIS. PROMESSA DE EMPREGO. POLICITAÇÃO. Configurados prejuízos ocasionados pela reclamada ao demandante na fase de pré-contrato, devida a reparação por danos morais e a indenização por danos materiais decorrentes, em valores reduzidos por este grau de jurisdição conforme as circunstâncias do caso concreto. (TRT da 4ª Região, 4a. Turma, 0000874-79.2010.5.04.0104 RO, em 21/07/2011, Desembargador João Pedro Silvestrin - Relator. Participaram do julgamento: Desembargador Fabiano de Castilhos Bertolucci, Desembargador Ricardo Tavares Gehling)

Diante disso, dou parcial provimento ao recurso, para majorar a indenização por danos morais para R\$ 3.000,00.

HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS.

Na Justiça do Trabalho, são devidos honorários de Assistência Judiciária desde que preenchidos os requisitos dos arts. 14 a 16 da Lei 5.584/70.

Nesse sentido, aliás, o entendimento consubstanciado nas Súmulas 219 e 329 do TST.

Na hipótese em análise, os requisitos legais não estão atendidos. Embora declare, o reclamante, situação de miserabilidade jurídica, não está assistido por procurador credenciado junto ao sindicato da categoria.

Nego provimento.

PARTICIPARAM DO JULGAMENTO:

DESEMBARGADOR JOÃO PEDRO SILVESTRIN (RELATOR)

DESEMBARGADOR RICARDO TAVARES GEHLING

DESEMBARGADOR FABIANO DE CASTILHOS BERTOLUCCI

ANEXO 02

Julgamento inteiro teor TST

Agravante: **SERVIÇO NACIONAL DE APRENDIZAGEM COMERCIAL – SENAC**
PROCESSO Nº TST-AIRR-21000-69.2009.5.04.0013

Advogado : Dr. Cláudio Teixeira Damilano

Agravado : **EZEQUIEL BORGES DA SILVA**

Advogado : Dr. Roberto Gomes Vogel

GMWOC/bs/dbs/af

DECISÃO

Contra a decisão, mediante a qual se denegou seguimento ao recurso de revista, o reclamado interpõe agravo de instrumento.

Não foi apresentada a contraminuta ao agravo de instrumento, tampouco as contrarrazões ao recurso de revista.(SIC)

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, em face do disposto no art. 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade quanto à tempestividade e regularidade de representação.

Cumpram-se destacar que serão examinadas apenas as matérias expressamente devolvidas à apreciação no presente agravo de instrumento, incidindo a preclusão sobre os dispositivos tidos como violados nas razões do recurso de revista, mas que não foram renovados na fundamentação do agravo de instrumento. Precedentes: AIRR - 81840-31.2008.5.06.0011, Rel. Min. Barros Levenhagen, 4ª Turma, DEJT 07/05/2010, AIRR - 73541-46.2005.5.08.0001, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 21/05/2010, AIRR - 133140-80.2004.5.01.0053, Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, DEJT 24/10/2008, ED-AIRR - 34900-21.2002.5.17.0008, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, DJ 12/09/2008, AIRR - 162240-19.2004.5.02.0032, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DJ 14/12/2007, AIRR - 94040-88.2004.5.01.0063, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, 6ª Turma, DEJT 19/12/2008, AIRR - 82040-58.2006.5.05.0036, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 23/04/2010, AIRR - 186041-73.2004.5.02.0028, Rel. Min. Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT 18/12/2009.

A Vice-Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região negou seguimento ao recurso de revista interposto pelo reclamado, nos seguintes termos:

Responsabilidade Civil do Empregador / Indenização por Dano Moral

Alegação(ões):

- divergência jurisprudencial.

A 4ª Turma deu provimento ao recurso do autor para condenar o reclamado ao pagamento de indenização por dano moral fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos seguintes termos: O recorrente insurge-se contra o indeferimento do pedido de indenização por danos morais. Assevera que o reclamado o induziu em erro ao fornecer-lhe documento no qual consignado que havia sido contratado, bem como ante a determinação de abertura de conta bancária. Salaria que restou comprovado ter havido muito mais que a mera expectativa de obtenção de emprego. Salaria, inicialmente, que o pedido de reforma da sentença está limitado -ao dano moral causado ao obreiro-. Na petição inicial o reclamante alegou que -realizou entrevista para colocação de emprego no SENAC, e foi aprovado para iniciar em 03 de novembro de 2.008, no cargo de Monitor I, com salário de R\$ 707,73/mês, conforme comprova a declaração do SENAC-. Sustentou que, confiando na declaração fornecida pelo recorrido que, inclusive, determinou a abertura de conta corrente, iniciou tratativas para rescindir o contrato de trabalho vigente à época. Esclareceu que, -em relação ao emprego anterior, o SENAC oferece vários benefícios para o obreiro e sua família, tais como, o plano de saúde, ticket alimentação, o salário que é 40% superior ao que vinha recebendo, que levaram o obreiro a pedir demissão tendo em vista as últimas promessas que ficaria para janeiro sua admissão-. O reclamado, na defesa, alegou que o autor não foi contratado em face de ter sido reputado inapto para o trabalho, porquanto o exame médico atestou que possuía alteração na contagem de suas plaquetas. Tampouco refutou as alegações do autor no sentido de que teria se desligado do emprego para prestar-lhe serviços. Conquanto não exista propriamente, na hipótese em apreço, a figura do empregado ou do empregador, tampouco relação de emprego, porquanto não houve contratação, mas somente uma promessa de contratar, ela pode gerar direitos e obrigações para ambas as partes. A questão colocada consiste em definir a responsabilidade do tomador dos serviços antes da efetiva contratação do empregado. Trata-se da responsabilidade pré-contratual. Sustenta Délio Maranhão que: -... não pode ser confundida a fase pré-contratual com a proposta do contrato, visto que, feita esta e havendo aceitação, o contrato se forma e vincula o proponente, nos termos do artigo 427 do atual CCB. Adverte, contudo, que embora

as conversações não obriguem a concluir o contrato, em alguns casos geram efeitos jurídicos. Isto ocorre quando os entendimentos preliminares conduzem à presunção de que o contrato seria celebrado e uma das partes os rompe sem motivo justo e razoável (culpa in contrahendo). A outra terá o direito ao ressarcimento do dano causado por esse rompimento (interesse contratual negativo), quando possa provar que, confiando na previsível conclusão do contrato, fez despesas em virtude de tais entendimentos, ou deixou de aceitar outra oferta tanto ou mais vantajosa. Segundo Alice Monteiro de Barros: -A doutrina estrangeira também assevera que não há inconveniente em se aplicar os princípios da responsabilidade pré-contratual elaborados pelo Direito Civil para os casos em que, em virtude da atitude de uma das partes, configuradora de um claro **abuso de direito**, (**GRIFO NOSSO**) se produza um dano com a frustração do contrato de trabalho. Dá-se na hipótese - abuso da liberdade de não contratar-, que constitui abuso de direito. Apesar de o contrato ainda não ter sido concluído, durante a negociação as partes devem agir com lealdade e boa-fé. A infringência desses deveres implica ressarcimento do dano emergente (gastos realizados) como também do lucro cessante que poderia ser obtido em outra contratação que não se concretizou, dada a frustração da negociação anterior, sem prejuízo da compensação pelo dano moral acaso verificado-. O principal fundamento da responsabilidade pré-contratual é o princípio da boa-fé, o qual atribui às partes que pretendem celebrar o pacto uma série de deveres alusivos à fase pré-negocial. Esses deveres já não pertencem ao simples convívio social, mas se situam no campo das obrigações. A objeção mais frequente ao reconhecimento da responsabilidade pré-contratual é a de que tolheria uma das liberdades dos contratantes, que é a de retirar-se das negociações. Todavia, como ensina Antônio Chaves, "ainda quanto a este particular não há como negar razão a Fagella quando argüi que ninguém contesta este direito, que apenas se esgota com a retirada, o que não quer dizer que o retirante não deva suportar as conseqüências desse exercício, que prejudica e diminui o patrimônio alheio. Não pode o exercício do direito de recesso justificar a aniquilação de um legítimo valor, anteriormente incorporado ao patrimônio alheio, ou a produção de um prejuízo-. Comprovada a existência de prejuízo originário de culpa ou dolo de uma das partes, ao prejudicado sempre caberá o ressarcimento equivalente, não importando tenha o fato ocorrido em uma fase preliminar do contrato. No caso dos autos, restou incontroverso que houve o contato inicial entre as partes e que o reclamado efetuou declaração no

sentido de que o reclamante iniciaria a prestação de serviços -a partir de 03 de novembro de 2008, exercendo o cargo de Monitor I, com salário de R\$ 707,73/mês-. (fl.14) A divergência reside na culpa pela não finalização do contrato, que a reclamada atribui ao autor, já que ele foi considerado inapto no exame médico admissional. Ocorre que a reclamada não provou ter dado ciência ao reclamante de que somente seria contratado se o exame médico estivesse sem alterações. Ao contrário, leitura do depoimento do reclamado esclarece que não foi estipulada tal condição previamente (fl.83): -o anúncio de vaga se faz pela instituição que seleciona o pessoal (FACAD/FATEC), normalmente por meio de publicação em jornais; que o candidato se apresenta com a documentação necessária e faz uma entrevista; que em relação ao Reclamante, especificamente, cuja vaga era para monitor, havia necessidade de contratação imediata, tanto que em aproximadamente uma semana já havia sido encaminhada a documentação; que somente não houve a contratação porque não teria ' passado' no exame médico; que no anúncio normalmente não há especificações relacionadas a condições médicas, sexo, cor, ou qualquer outra referência dessa natureza; que na situação específica do Reclamante, a entrega da declaração de folha 14 ocorreu antes da realização do exame médico em face da urgência para a contratação; normalmente, tal declaração só se faz após o exame médico, destinada à abertura de conta salário; que uma semana após o resultado do exame médico teria havido contato com o Reclamante para comunicar-lhe a não admissão-. Consta do depoimento do autor (fl.83) que: -efetivamente foi contatado por Marcelo Rodrigues após realização do exame médico; que Marcelo teria lhe falado para realizar um tratamento médico para superar o problema verificado para possibilitar posterior contratação; que o reclamante realizou o tratamento médico junto ao Centro Clínico Gaúcho; que o depoente estava trabalhando à época na empresa Soul, com quem teria tentado a despedida para que pudesse trabalhar junto à reclamada (...) que o último contato com a Reclamada ocorreu em janeiro de 2009, ainda com Marcelo, quando este teria dito que não havia previsão para a contratação-. Consoante atestado médico (fl. 11), não impugnado pela reclamada, o autor, provavelmente, é portador de - púrpura crônica-, com exames de investigação normais, estando liberado para trabalhar como monitor de frentista. A negligência do reclamado está evidenciada, na medida em que, embora considerasse a aptidão física imprescindível à contratação, agiu de forma displicente, fixando a data em que teria início o contrato

de trabalho, o valor do salário a ser pago e a função a ser exercida, sem condicionar ao resultado do exame médico. Verifica-se que a hipótese não trata de mera expectativa de direito, estampada nas situações em que a pessoa disputa um posto de trabalho, inerente aos processos seletivos de um modo geral. A situação que ora se analisa não é dessa ordem. Primeiro, porque o reclamado não expôs os critérios por ele estabelecidas para que fosse celebrado o contrato de trabalho, cuja transparência se mostra essencial para a exata compreensão dos objetivos que deveriam ser atingidos pelo futuro empregado. Segundo, porque não há prova de que a moléstia (púrpura crônica) do autor constitua óbice ao desempenho das atribuições para as quais seria contratado. Destaco que, justamente porque considerou ter ingressado nos quadros do reclamado - na medida em que a conduta empresarial assim o fez presumir -, o reclamante pleiteou a rescisão do contrato de trabalho que mantinha com outra empresa. A caracterização do dano moral, bem como do dano material, em regra, está ligada à ação culposa ou dolosa do agente, à intenção de prejudicar, imputando-se a responsabilidade civil quando configurada a hipótese do artigo 927 do Código Civil vigente, que dispõe: -Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo-. Pode-se caracterizar o dano e a obrigação de repará-lo, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, conforme estabelece o parágrafo único do citado dispositivo legal. Considero que há obrigação de indenizar, porquanto comprovado o dano e demonstrado o nexo de causalidade entre este e o comportamento do reclamado, que não atendeu aos princípios da boa-fé e da lealdade que devem reger as relações interpessoais. As atitudes do reclamado revelam que a fase inicial estava encerrada e o contrato se encaminhava rapidamente para a celebração. Nesse sentido o pedido de abertura de conta corrente para percepção de salários, declaração da data em que teria início o contrato de trabalho, função a ser exercida, valor do salário a ser pago e a realização de exame admissional. Evidentemente que não se faz tais declarações quando não há certeza de que o contrato será celebrado. O pedido de desligamento da empresa na qual prestava serviços, bem como a frustração por não ter sido contratado, evidentemente originou sofrimento e constrangimento, caracterizando abuso de direito suficiente a ensejar o deferimento da indenização pleiteada. Quanto ao valor da indenização, com fulcro no princípio da razoabilidade, e tomando por

base os valores praticados nessa Justiça em casos semelhantes, considero que R\$ 5.000,00 é quantia que garante a função pedagógica da indenização. (Grifei - Relator: Ricardo Tavares Gehling).

À luz da Súmula 296 do TST, aresto que não revela identidade fática com a situação descrita nos autos ou que não dissente do posicionamento adotado não serve para impulsionar recurso de revista.

Na minuta do agravo de instrumento, o agravante não consegue infirmar os fundamentos da decisão agravada e, conseqüentemente, demonstrar divergência jurisprudencial com os arestos indicados para confronto de teses, nos moldes do art. 896, *a*, da CLT.

Deve, pois, ser confirmada a decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, não desconstituídos pelo agravante.

Cumpra destacar que a adoção dos fundamentos constantes da decisão agravada como expressa razão de decidir atende à exigência legal e constitucional da motivação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário (fundamentos *per relationem*), conforme entendimento sedimentado pelo STF no MS-27350/DF, Relator Min. Celso de Mello, DJ de 04/06/08.

Ante o exposto, com amparo no art. 557, *caput* e § 2º, do CPC, por ser manifestamente inadmissível o recurso de revista, **NEGO SEGUIMENTO** ao agravo de instrumento.

Publique-se.

Brasília, 26 de abril de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

Walmir Oliveira da Costa

Ministro Relator