

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”

A EFICIÊNCIA DA INFORMAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL: a
responsabilidade civil por dano de confiança decorrente da violação do dever
de boa-fé

UBERLÂNDIA/MG

2018

GABRIELA DE CARVALHO ALMANÇA LOPES

A EFICIÊNCIA DA INFORMAÇÃO NA FASE PRÉ-CONTRATUAL: a
responsabilidade civil por dano de confiança decorrente da violação do dever
de boa-fé

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito “Professor Jacy de Assis”, *campus* de Uberlândia.

Orientadora: Profa. Dra. Luciana Zacharias Gomes Ferreira Coelho.

UBERLÂNDIA/MG

2018

RESUMO

Os indivíduos, buscando reduzir a sua escassez e maximizar seus ganhos, têm se comportado de modo cada vez mais individualista e oportunista, manipulando o conteúdo informacional apresentado à contraparte nas negociações, criando um problema de assimetria informacional. Sendo a informação determinante para a formação da vontade, a assimetria e o oportunismo consistem em descumprimento do dever de boa-fé, cooperação, lealdade e informação. Partindo da premissa de que a obrigação é um processo, o dever de informar se impõe mesmo quando o contrato ainda não se formou. O abuso do direito subjetivo da autonomia da vontade gera danos à confiança da contraparte, pelo rompimento das legítimas expectativas. Os prejuízos decorrentes desse exercício abusivo de direito que vem se destacando com o aprofundamento da racionalidade econômica no capitalismo, não se limitam às partes envolvidas, mas trazem prejuízos à sociedade como um todo e deturpam a função social do contrato. Através de estudos doutrinários e jurisprudenciais, o presente trabalho busca compreender quais os impactos da racionalidade econômica no comportamento humano que interfere nas informações trocadas entre as partes na fase pré-contratual, gerando danos. Diante disso, indaga-se se a responsabilidade civil fundamentada no dever de boa-fé é capaz de minimizar os danos de confiança nas negociações preliminares, perquirindo-se acerca da sua aplicabilidade nesses casos.

Palavras-chave: Fase pré-contratual – Informação – Boa-fé – Confiança – Responsabilidade Civil

ABSTRACT

Individuals, seeking to reduce their scarcity and maximize their gains, have behaved in an increasingly individualistic and opportunistic way, manipulating the informational content presented to the counterpart in the negotiations, creating a problem of informational asymmetry. Being the information determining for the formation of the will, the asymmetry and the opportunism consist in noncompliance with the duty of good faith, cooperation, loyalty and information. Starting from the premise that the obligation is a process, the duty to inform imposes itself even when the contract has not yet been formed. The abuse of the subjective right to autonomy of the will creates damage to the confidence of the counterparty's trust, by breaking legitimate expectations. The losses resulting from this abusive exercise of law, which has been highlighted by the deepening of economic rationality in capitalism, are not limited to the parties involved, but they harm society as a whole and distort the social function of the contract. By means of doctrinal and jurisprudential studies, the present work seeks to understand the impacts of economic rationality on human behavior that interferes with the information exchanged between the parties in the pre-contractual phase, generating damages. In view of this, it is questioned whether the civil responsibility based on good faith is capable of minimizing the damage of confidence in the preliminary negotiations, wondering about its applicability in these cases.

Key-words: Pre-contractual phase - Information - Good faith - Trust - Civil liability

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 A RACIONALIDADE ECONÔMICA NAS NEGOCIAÇÕES: UMA ANÁLISE DE DIREITO E ECONOMIA.....	10
2.1 A FASE PRÉ-CONTRATUAL: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES.....	19
3 INFORMAÇÃO E EXPECTATIVA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL	22
3.1 A RELEVÂNCIA DA INFORMAÇÃO NAS NEGOCIAÇÕES	22
3.2 ASSIMETRIA INFORMACIONAL E O COMPORTAMENTO OPORTUNISTA: VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA	26
4 A PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO ADEQUADA COMO DECORRÊNCIA DO DEVER DE BOA-FÉ	31
4.1 A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ À FASE PRÉ-CONTRATUAL.....	34
5 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE BOA-FÉ NAS TRATATIVAS	39
6 CONCLUSÃO	54
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1 INTRODUÇÃO

Considerando o avanço do poder econômico, o enraizamento da sociedade de consumo e o aprofundamento da racionalidade econômica, as relações interpessoais têm sido transportadas cada vez mais para o plano material, afastando-se de seu aspecto existencial.

Uma vasta quantidade de autores tem buscado atribuir uma nova definição para os preceitos constitucionais e para os institutos de Direito Civil, objetivando o resgate e a manutenção de valores éticos, humanos e sociais nas relações obrigacionais e contratuais.

Clóvis Couto e Silva¹ foi pioneiro na atribuição de novos significados ao vínculo obrigacional e buscou expandir a sua compreensão para melhor adequação ao seu objetivo social, introduzindo, entre tantas, a ideia de “obrigação como processo”. Segundo ele, “com a expressão ‘a obrigação como processo’, tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”. O próprio autor conclui que nesta ótica é colocada em primeiro plano a finalidade das relações obrigacionais no meio social.

Contribui para este resgate a evolução da aplicação do princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Um longo caminho científico se percorreu para que houvesse uma modificação legislativa no sentido de se atribuir maior concretude à boa-fé. Antes, um princípio geral pouco aplicável, dotado de carga de subjetiva, agora parâmetro que permite uma verdadeira limitação da posição das partes e verificação de eventuais abusos dos direitos subjetivos, principalmente da liberdade contratual.²

É o que propõe Aguiar Júnior³, quando aduz que a aproximação da boa-fé a ordem econômica indica que esta não é apenas um conceito ético, mas

¹ SILVA, C. C. *A obrigação como processo*. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

² MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. Ed. São Paulo: RT, 2000, p. 273

³ AGUIAR JÚNIOR. A boa-fé na relação de consumo. *Revista do Direito do Consumidor* n. 14. São Paulo: RT, abr-jun, 1995, p. 21

também econômico diretamente relacionado à finalidade econômico-social do contrato.

A boa-fé passa a constituir um patamar de comportamento médio, limitando a liberdade contratual, para que o outro seja visto como parceiro contratual e não como fonte ilimitada de obtenção de vantagens.⁴ Destaca-se a tese de Cláudia Lima Marques⁵ de que “o contrato não só envolve a obrigação de prestar, mas envolve também deveres anexos.”

Neste âmbito despontaram pesquisas acerca das negociações na fase pré-contratual e da sua abordagem jurídico-econômica. Afinal, se a obrigação é um processo, é na fase pré-contratual que se constitui o elemento volitivo da obrigação, sendo o momento no qual as partes estabelecem, consensual e racionalmente os moldes da prestação.

Todavia, até o presente momento, os pesquisadores direcionaram seus esforços à uma compreensão da fase pré-contratual voltada à questão do consumidor e da publicidade e propaganda.

Necessária se faz a expansão dessa compreensão da relação negocial e da boa-fé, considerando que, para além da publicidade, a racionalidade econômica e o individualismo têm se acentuado nas tratativas, manifestando-se através da assimetria informacional, em um comportamento oportunista.

A assimetria informacional, que já era comum às relações negociais, tem sido manejada intencionalmente pelas partes, guiadas pela racionalidade econômica, a fim de atingir seus objetivos pessoais. Os indivíduos, guiados por

⁴ SILVA, L. V. C. *A boa-fé objetiva na fase pré-contratual como instrumento de prevenção ao superendividamento do consumidor*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2010, p. 13.

⁵ MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: novo regime das relações contratuais*. 4.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004, p. 183.

essa racionalidade, intencionalmente, distorcem e/ou omitem informações essenciais à formação do consentimento.⁶

No mesmo sentido ROSTRO⁷, destaca que a ausência de regras específicas no plano jurídico para o processo negocial, submete seu resultado e finalidade a interesses pessoais, sendo que estes, estão intimamente ligados ao contexto econômico presenciado pelas partes, gerando danos ao outro e rompendo com os deveres decorrentes da boa-fé e da solidariedade social. Logo, tem impactos negativos contrários à função social do contrato, que se pretende proteger através do direito.

Inexistem rigidez e regramento específico no processo negocial, estando seu desenvolvimento submetido aos interesses e às pretensões de cada um dos negociantes, e o seu resultado varia de acordo com o tipo de negociação, as estratégias adotadas e o poder de barganha individual. [...] Além disso, em virtude de as negociações serem norteadas pela autonomia de vontade e liberdade contratual, sem deveres de vinculação, os atos de exercício destes direitos devem ser medidos para que não produzam lesões ao patrimônio jurídico dos demais envolvidos nas tratativas. Tal controle é exercido pela incidência da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, a qual impõe deveres de conduta aos particulares durante as negociações. Também é a regra da boa-fé o supedâneo da responsabilidade civil para recomposição dos prejuízos advindos de situações que malfiram a confiança gerada ao longo das tratativas, daí que o conteúdo da indenização nestas hipóteses deve considerar as justas expectativas criadas pelas partes e ser balizado para que o lesado não acabe em situação melhor do que estaria se o eventual contrato tivesse sido concluído e integralmente cumprido.⁸

A presente monografia possui o objetivo geral de pesquisar a relevância e eficiência da informação na fase pré-contratual, principalmente no que tange ao comportamento das partes, e apresentar reflexões acerca dos impactos do individualismo e da racionalidade econômica neste contexto.

Partindo da proposição de que a obrigação é um processo, serão discutidos os impactos dessa racionalidade econômica na fase das tratativas

⁶ SABADIN, M. G. *Autonomia privada e licença para mentir – uma investigação sobre a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade por dolo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2015, p. 10

⁷⁷ ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 05.

⁸ Idem, p. 06

contratuais, através de uma análise de direito e economia, para melhor compreender como se comportam as partes nessa etapa. Busca-se observar como as motivações individuais que guiam o comportamento têm interferido na troca de informações nas negociações preliminares.

Diante desses impactos, que refletem principalmente a assimetria informacional, será estudada a relevância da informação na fase pré-contratual como fator moderador da eficácia dos contratos, bem como a sua relação com o princípio da confiança. Posteriormente, será realizada uma abordagem do dever de boa-fé, como obrigação de prestação de informação adequada na fase das tratativas como decorrência da solidariedade social e da boa-fé nos contratos.

Por fim, verificar-se-á a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil por dano de confiança decorrente da violação do dever de boa-fé para redução desses impactos econômicos nas tratativas.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo pois a presente investigação enfoca a compreensão da relação entre as premissas e a conclusão, e não apenas uma abordagem das premissas em si.⁹ A investigação tem como característica a revisão da bibliografia, para obtenção de informações e aprofundamento através de livros, dissertações, artigos, sites e meios de informação em geral, associada à observação do objeto de estudo na sociedade, possibilitando uma conclusão lógica.

O que tem sido proposto por novos autores, assim como nessa pesquisa, é confrontar a relevância da informação com os reflexos da racionalidade econômica na fase das tratativas, e verificar a aplicabilidade do conteúdo e funções da boa-fé como meio de reverter ou minimizar os impactos do oportunismo no contexto da sociedade de consumo. O que se pretende, por fim, é verificar a aptidão do princípio da boa-fé como parâmetro concreto para a

⁹ MARCONI, M. A. LAKATONS, E. M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 22.ed. Atlas: São Paulo, 2007.

responsabilização no Direito Civil de quem se utiliza da autonomia privada como uma verdadeira licença para mentir.¹⁰

¹⁰ SABADIN, M. G. *Autonomia privada e licença para mentir – uma investigação sobre a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade por dolo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2015, p. 90.

2 A RACIONALIDADE ECONÔMICA NAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES: UMA ANÁLISE DE DIREITO E ECONOMIA

Para melhor entendimento da relevância da análise econômica para o estudo do direito, será necessário, preliminarmente, estabelecer uma compreensão do conceito de economia, para que se possa definir o ponto de intersecção entre as ciências.¹¹

Tradicionalmente a concepção de economia é relacionada com ideias de dinheiro, inflação, câmbio e juros. Entretanto, o objeto da ciência econômica não se restringe a esses elementos. Conforme ensina Arenhart, a macroeconomia é o ramo que se volta ao estudo de tais elementos, importando para ela o crescimento econômico, o desemprego, questões de política fiscal e monetária e relações externas de economia. Por outro lado, chama-se microeconomia o ramo que se dedica a analisar a relação entre os fatores econômicos, tratando das decisões tomadas por indivíduos e pequenos grupos.¹²

Lionel Robbins¹³ definiu a economia, em uma concepção clássica, “como uma ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre necessidades ilimitadas e recursos escassos que possuem usos alternativos”, sendo possível concluir que seu objetivo principal é analisar escolhas. Partindo-se desse entendimento, o objeto da economia seria então idêntico ao do direito, no entanto, divergindo-se as perspectivas dessas ciências.

¹¹ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 92

¹² COOPER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & economia*, 2010, p. 35. - In ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 93

¹³ Originalmente: “Economics is the science which studies human behavior as a relationship given ends and scarce means which have alternative uses”. ROBBINS, Lionel. An Assay on the nature and significance of economic Science, 1035, p. 16 – In: ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 93

O aprofundamento dos estudos acerca da interação entre economia e direito, se deu inicialmente com Ronald Coase, que em 1960 publicou o artigo “*The problem of social cost*” (“O problema do custo social”), onde esse introduz a ideia de “*custos da transação*”. Posteriormente, em 1961 Guido Calabresi escreveu o artigo “*Some thoughts on risk-distribution and the law of torts*”, dirigindo-se à responsabilidade civil como sistema indutor do nível adequado de cuidado em atividades potencialmente prejudiciais a terceiros. Calabresi, contribui ao evidenciar o poder de alguns simples princípios de economia para racionalizar a lei e, com isso, como se pode desenvolver uma base coerente para o seu aperfeiçoamento. Por fim, destaca-se como marco fundamental desses estudos a publicação, em 1973, do livro “*Economic Analysis of Law*”, de Richard Posner.¹⁴

O movimento de Direito e Economia não se resume a uma única linha de pensamento, nem mesmo quanto à nomenclatura utilizada para designar essa relação. Mercuro e Medema distinguem, por exemplo, cinco grupos de correntes de pensamento, quais sejam: a Escola de Chicago, a Teoria das Escolhas Públicas, o Direito e Economia Institucional, a Nova Economia Institucional, e a Escola de New Haven (Yale).¹⁵ Ocorre que, apesar de suas diferenças, todas têm em comum a aplicação da teoria econômica para análise das normas e instituições jurídicas.¹⁶

Para o presente estudo, não será necessário definir a escola de pensamento a que se filia, vez que a abordagem pretendida possui instrumental

¹⁴ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 94

¹⁵ MERCURO, Nicholas. MEDEM, Steven G. Economics and the law, 1997, p. 3 – In ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 95

¹⁶ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 95

comum a todas¹⁷ (individualismo metodológico e o racionalismo instrumental, ideia de eficiência alocativa, importância dos mecanismos de incentivos).

O direito na contemporaneidade não pode se distanciar de uma análise interdisciplinar, considerando que para a sociedade com toda a sua complexidade, é indispensável uma compreensão mais profunda do comportamento humano, bem como das consequências decorrentes de normas e regras jurídicas em um determinado contexto. Feitas as considerações necessárias, a partir deste momento, abordar-se-á, especificamente, o tratamento que a economia dá para o direito obrigacional-contratual, explorando como a relação entre fundamentos jurídicos e econômicos se convergem para promover uma proposta de perspectiva interdisciplinar da boa-fé contratual.

Embora tenha sido identificado que o objeto de análise do direito e da economia é o comportamento humano, o olhar da ciência econômica é, por sua própria definição, vinculado à ideia de eficiência, decorrente do problema central de alocação de recursos escassos.¹⁸

Segundo Schafer e Ott a análise econômica do direito é a aplicação dessa perspectiva de eficiência às normas jurídicas.¹⁹ Lorenzetti posiciona a análise econômica do direito como instrumento teórico a ser utilizado para subsidiar um exame mais eficiente das decisões judiciais, e ainda como um instrumento de controle, tendo em conta que estas criam para a sociedade regras de conduta, devendo ser objeto de estudo quais tipos de regras estão sendo criados e como serão observadas pelos indivíduos no futuro.²⁰

¹⁷ Idem, p. 95

¹⁸ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 96

¹⁹ SCHAFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. The economic analysis of civil law, 2004, p. 3 – In ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 97

²⁰ LORENZETTI, R. L. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem. Notas: Cláudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 186

Sob o ponto de vista jurídico, busca-se determinar o conteúdo e o alcance das normas que compõem o ordenamento, enquanto que, do ponto de vista econômico, busca-se identificar os custos e benefícios estabelecidos pelas normas, analisando as consequências das normas na conduta aos agentes, irrelevante, no entanto, o caráter normativo das mesmas. Conforme ensina Arenhart²¹, “do princípio da escassez decorre a necessidade de uma análise consequencialista e a preocupação com a eficiência social”.

A escassez é elemento sem o qual os problemas econômicos sequer existiriam, ocasião em que seria prescindível direito para amenizá-lo. A escassez impõe à sociedade alternativas “*possíveis e excludentes*”, sendo que a opção entre elas pressupõe um custo, chamado pela ciência econômica de “*custo de oportunidade*”.²²

Portanto, importa para a análise econômica do direito a premissa de que os indivíduos agem motivados pelo elemento utilidade, qualquer que seja a finalidade pretendida. Diante de várias motivações, as pessoas estão sempre buscando um benefício individual, a redução da sua própria escassez, mesmo que derivado de um benefício coletivo.²³

Pode-se afirmar que o comportamento humano resulta da sua integração em comunidade, não sendo nem puramente racional, nem puramente emocional.

Pinho²⁴ trabalha a ideia de que, em princípio, o comportamento econômico é orientado (elemento utilidade), e em cada contexto, o indivíduo poderá se guiar por fatores como “*neutralidade afetiva, o universalismo, o agir, a especificidade e o egocentrismo*”. A mesma pessoa, em diferentes contextos,

²¹ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 97

²² Idem, p. 98

²³ Idem p. 100

²⁴ PINHO, B. D. *A Racionalidade Econômica – Abordagem histórica*. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/download/78556/82611/>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

a depender da sua escassez se comportará de acordo com o fator que melhor lhe convir, tendendo-se mais à racionalidade ou à afetividade.

Contudo, todos os atos econômicos (destacando-se, para este trabalho, os contratos) tendem para a racionalidade, que se manifesta em diversos graus conforme a cultura e o contexto em que se inserem. Pinho²⁵ explica que “o comportamento econômico constitui uma projeção de atos para os quais a racionalidade é o valor dominante, sobretudo quando considerado nas modernas sociedades tecnológicas.”. Chama-se esse fenômeno de racionalidade econômica.

Ainda segundo a autora, os estudos de comportamento e racionalidade econômica se direcionam, tanto à análise da racionalidade intencional, buscada pelos agentes econômicos, para atingir os fins a que se propõem, como à análise da racionalidade não-intencional, refletidas pelos próprios e diferentes sistemas econômicos, na medida em que estes procuram assegurar o aumento dos meios de produção, o bem-estar social, etc.

É possível concluir que a racionalidade dos indivíduos (inseridos em um sistema econômico) será sempre maximizadora. Lorenzetti resume a questão da seguinte forma:

“O pressuposto básico é que os indivíduos são os que melhor conhecem o valor que têm os bens, e tratam racionalmente de maximizar seu bem-estar. Ao perseguir este propósito, cada sujeito organiza as suas preferências, deixa algumas de lado porque compara os custos da ação tomada e atua. Cada indivíduo está condenado a escolher, porque os bens são escassos, e não há possibilidade de satisfazer todas as preferências. As preferências são estáveis, no sentido de que, examinadas probabilisticamente, são suficientemente renunciáveis, ainda que em alguns casos existam exceções. Isso ocorre porque a estrutura dos custos de oportunidade e de transação orienta as condutas em sentidos estáveis. Essa racionalidade inspira regras fundamentais dos contratos, a propriedade e a responsabilidade civil.”²⁶

²⁵ PINHO, B. D. *A Racionalidade Econômica – Abordagem histórica*. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/download/78556/82611/>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

²⁶ LORENZETTI, R. L. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem. Notas: Cláudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 273

Notadamente, a racionalidade do sistema capitalista, decorre, geralmente, de comportamentos qualificados de eficazes, eficientes, rentáveis, produtivos ou que conduzem à minimização dos custos, maximização dos lucros, ótimo econômico, progresso da empresa, desenvolvimento harmonioso da economia nacional, etc, não havendo tanta preocupação com a maximização do bem-estar social e da cooperação.

E, por isso, pode-se dizer que há neste sistema há um aprofundamento da racionalidade econômica, em que as pessoas têm deixado de lado aspectos sociais e de colaboração. Buscam maximizar seus ganhos particulares, tornando-se cada vez mais individualistas.

Marietta Auer²⁷ explica que o individualismo é também princípio basilar do direito privado na tradição intelectual ocidental, vez que o direito contratual foi construído sob o postulado da autonomia da vontade, o qual consiste em decorrência lógica desse individualismo.

Rostro, tratando da *Law and Economics* (análise econômica do Direito), expõe que busca-se na negociação um contrato que gere ganhos para ambas as partes (ganho de Pareto²⁸), vez que todos os envolvidos visam melhorar seu bem-estar inicial. O contrato será ineficiente (um Pareto fraco), quando os

²⁷ “A essência do individualismo é a afirmação que, uma vez que cada indivíduo é o melhor juiz de suas próprias necessidades e preferências, o mais desejável estado da sociedade é aquele no qual a liberdade individual para perseguir unicamente os próprios interesses é máxima, e somente restringida pelas regras necessárias a garantir a coexistência com outros atores individuais.” AUER, Marietta. *The Structure of Good Faith: a comparative study of good Faith arguments*, 2006, p. 49-50. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=945594>>. Acesso em 28 out 2018.

²⁸ Para melhor compreensão do ganho de Pareto ou ótimo de Pareto, vejamos: “O contrato deve gerar ganhos para as duas partes (ganho de Pareto). Por isso, não deve ser celebrado enquanto uma das partes não tiverem alcançado na negociação para poderem modelar um arranjo em que cada uma entende ou considera ter atingido seu escopo. O arranjo entre as partes, é o final de um processo de tentativa e erro, ou de discussão (tomando emprestada a terminologia dos juristas) mais ou menos elaborado, segundo as circunstâncias”. MCKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 447 – In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 38

ganhos forem somente de uma das partes, caso em que pode ter havido uma má projeção dos resultados na fase negocial, ocasionada por uma assimetria informacional, conduta oportunista, ou até mesmo uma falta de habilidade negocial.²⁹

A eficiência no resultado da negociação caracteriza a alocação de recursos de maior utilidade social, gerando benefícios mútuos em uma barganha integrativa. Ocorre que o acúmulo de poder confere vantagens a uma parte em relação à outra, desequilibrando a barganha, vez que normalmente esse poder é utilizado para garantir que os resultados sejam mais positivos ao seu interesse íntimo e pessoal, contudo, levando a contraparte a concordar com o desfecho que, para ela, é desfavorável.³⁰

Segundo Cooter e Ulen³¹, para atingir o nível ótimo do poder de barganha é necessário tornar as informações privadas da parte que acumula o poder em informações públicas. Assim, obtendo a maior quantidade possível de informações acerca dos interesses do outro negociante, será possível tomar decisões com maior precisão quanto as consequências de suas próprias concessões.

Logo, mesmo que a negociação não se limite à questão da informação, a quantidade de dados conhecidos funciona como mecanismo maximizador do poder de barganha, conferindo vantagens no diálogo sobre os aspectos técnicos e jurídicos do contrato projetado.³²

²⁹ ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 38

³⁰ LEWICKI, R.; SAUNDERS, D; BARRY, B. *Fundamentos da negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 75 – In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 22

³¹ COOTER, R. ULEN, T. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 213 – In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 41

³² ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 42

[...] Os teóricos dos jogos dizem que as informações são “públicas” em negociações quando cada parte conhece esses valores. (Eles designam essas negociações como situação de “conhecimento comum”). Inversamente, a informação é “privada” quando uma das partes conhece os valores de ameaça e a solução cooperativa, elas podem calcular condições razoáveis para a cooperação. Em geral, as informações públicas facilitam o acordo possibilitando que as partes calculem condições razoáveis para cooperação. Conseqüentemente, as negociações tendem a ser simples e fáceis quando as informações sobre os valores de ameaça e solução cooperativa são públicas. Para ilustrar: as negociações para a venda de uma melancia são simples porque não há muito que se tenha de conhecer a respeito dela.³³

Em virtude da evidente relevância da informação, concedê-la de modo eficaz no desenvolver da relação caracteriza a construção da confiança recíproca, criando expectativa de conforto e segurança.

“Muito embora a racionalidade dos agentes seja fundamental para a análise econômica, cada vez mais a economia vem trabalhando com o conceito mitigado de racionalidade. A moderna análise econômica, ciente da limitação cognoscitiva dos indivíduos (impossibilidade de um cálculo perfeito de todos os ganhos possíveis e suas probabilidades atreladas), trabalha com uma hipótese de racionalidade limitada, devendo-se tal limitação principalmente ao fato da informação raramente ser completa e da existência de custos não previstos, especialmente em razão da existência de custos na obtenção de informações.”³⁴

Analisando suas conseqüências, cada indivíduo aloca seus recursos escassos buscando atingir a resolução de sua vontade individual. Ocorre que, em decorrência do egoísmo racional, principalmente no contexto e lógica capitalistas pós século XX, as escolhas individuais nem sempre são desejáveis do ponto de vista social e coletivo (e até mesmo interno; individual).

A observação das condutas individuais pode, inclusive, justificar a intervenção na relação contratual, com vistas a evitar determinadas escolhas que, consideradas coletivamente, resultem em perda de bem-estar social. Desde

³³ COOTER, R. ULEN, T. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 213 – In: In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 41, p. 90

³⁴ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 102

1739, David Hume já apresentava a lei como um conjunto de convenções que os seres humanos haviam aprendido para tornar possível a cooperação em um mundo de escassez.³⁵

Assim, a análise (econômica) consequencialista está diretamente ligada a ideia de que o direito constitui um sistema de incentivos (positivos ou negativos), que influencia, em maior ou menor grau, as ações e escolhas individuais. Conforme explica Miguel Patrício³⁶, a “análise de custos-benefícios” é a apreciação do que condiciona as escolhas feitas, uma reflexão dos incentivos existentes em determinada situação de tomada de decisão. É daí que surge a lógica de prescrição de consequências negativas para o descumprimento de normas de conduta.

Conclui Arenhart³⁷ que “como meio social de regulação do comportamento humano, há necessariamente um comprometimento do direito com suas efetivas consequências, sendo a análise econômica um instrumento descritivo fundamental para monitorar sua eficiência.”

Embora racionalmente a eficiência (puramente dita) e a justiça possam ser antagônicas, a eficiência não deve ser desconsiderada como um dos fatores para o alcance do bem-estar social, já que justiça e desequilíbrio (e até mesmo desperdício) também não são congruentes. Assim, a análise econômica pode contribuir para identificação do injusto e para descrever as consequências de cada arranjo normativo (inclusive das regras de conduta introduzidas pelas decisões judiciais), viabilizando uma ponderação entre as opções dadas.³⁸

2.1 A FASE PRÉ-CONTRATUAL: CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES

³⁵ HUME, David. *Tratado da natureza humana*. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2009, p. 32

³⁶ PATRÍCIO, Miguel C. T. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 15.

³⁷ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 106

³⁸ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 109

A negociação pré-contratual consiste em uma interação social³⁹, antecedente à formação do contrato, sem regras pré-estabelecidas, em que partes interessadas, discutem o conteúdo e os elementos de uma futura contratação⁴⁰.

Para Mario Júlio de Almeida Costa⁴¹, esta fase pré-contratual compõe o processo de formação contratual, precedendo a fase decisória, e é marcada por atos preparatórios sem intenção vinculante, qualificada pelo diálogo entre indivíduos, até a proposta definitiva.

Bruno Montanari Rostro⁴², por sua vez, define esse momento como um complexo processo de interação social, pelo qual duas ou mais partes interagem com o objetivo de compatibilizar diferentes interesses, viabilizando a tomada de decisões mais adequadas para maximização de seu bem-estar.

Em complementaridade, Fradera enfoca a fase pré-negocial como o momento de análise de oportunidade e conveniência de uma futura contratação, *in verbis*:

“As negociações preliminares são a fase na qual os interessados debatem e discutem o conteúdo do futuro contrato com a finalidade de formar o juízo de conveniência do negócio, ou seja, concluir se vale a pena para ambos celebrar o contrato, ou não, quando, então põem fim às conversações.”⁴³

³⁹ ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 16

⁴⁰ FRADERA, Vera Jocab de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continente europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de informação legislativa*. Brasília. Ano 34, n. 136, out/dez, 1997, p. 172 e 173.

⁴¹ ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p.45.

⁴² ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 15

⁴³ FRADERA, Vera Jocab de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continente europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de informação legislativa*. Brasília. Ano 34, n. 136, out/dez, 1997, p. 172 e 173.

Destaca-se que as negociações não se confundem com a “oferta e aceitação” reguladas nos artigos 427 e seguintes do Código Civil vigente, visto que os atos da fase negocial ainda não caracterizam atos contratuais em si.

Apesar de comporem o processo obrigacional como um todo, as negociações, conforme ensina Clóvis Couto e Silva⁴⁴, não são dotadas de caráter obrigatório para a conclusão do contrato. No entanto, são determinantes para o ingresso da parte no negócio, vez que, após toda a combinação de interesses esta “entrada” estará condicionada ao fato de crer que, com as informações angariadas, obterá os resultados esperados⁴⁵.

Como visto, a fase pré-negocial não é uma regra ou uma obrigatoriedade. Surge da vontade de partes com interesses conflitantes de colaborarem entre si quando não há regramento específico que possa compatibilizá-los⁴⁶. Trata-se de instrumento útil, sob a perspectiva econômica, para alcançar a maximização do bem-estar social⁴⁷.

Segundo Macagnan⁴⁸, que trata a negociação como um jogo, é por meio dessa que os “*players*” têm a oportunidade de alcançar uma proposta em que ambos tenham seus interesses contemplados e se sintam comprometidos.

Finalmente, Maristela Basso⁴⁹ leciona que a fase pré-negocial tem fim, quando atingido o momento em que as partes não modificam mais seus pontos

⁴⁴ SILVA, C. C. *A obrigação como processo*. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

⁴⁵ Rostro, reporta-se aos autores italianos Guido Alpa e Mario Bessone (1997), segundo os quais não será considerada oferta, como elemento formador do contrato, somente aquela que for seguida da aceitação de seus exatos termos. Destaca que, no Brasil, Arnaldo Rizzardo (2009) segue esta linha de entendimento. - ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 18

⁴⁶ ZANETTI, C. S. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 10.

⁴⁷ ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 18

⁴⁸ MACAGNAN, C. B. *Jogo contratual e jogo da negociação*. In: MACAGNAN, C. B. (coord.) *Compras. Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços*. Porto Alegre: Entremeios, 2010, p. 27.

⁴⁹ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão e prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 144

de vista, chegando à proposta final, que poderá ser aceita ou rejeitada, formando o contrato ou encerrando as negociações.

3 INFORMAÇÃO E EXPECTATIVA NA FASE PRÉ-CONTRATUAL

3.1 A RELEVÂNCIA DA INFORMAÇÃO NAS NEGOCIAÇÕES

A cooperação natural entre as partes não sofre interferências somente pela existência de um compromisso verossímil, mas também pela quantidade e qualidade das informações que as partes possuem sobre o negócio em questão. Se a informação transmitida for incompleta e/ou imperfeita, o prognóstico das partes quanto às consequências do negociado, de cada uma das alternativas que lhe são postas, não é preciso, aumentando o risco relacionado à sua decisão.⁵⁰

A relevância da informação mede-se pela sua influência na formação do juízo de conveniência e oportunidade do negócio a ser celebrado, sendo que, com tal informação, ou as partes não chegam à conclusão do contrato ou o fazem sob diversas condições.⁵¹

É certo que no processo negocial a informação pode ser concedida ou obtida de duas maneiras: direta ou indiretamente. Rostro⁵² leciona que as informações diretas são apresentadas pelo próprio detentor ao público ou à contraparte, enquanto que as informações indiretas dependem da diligência desse público/contraparte em outros meios, tais como consulta de documentos, publicações e especialistas.

Logo, “[...] não são apenas o conteúdo e o modo como este é comunicado que importam: as informações adicionais, veladas ou mais profundas, que se pretende transmitir ou que são percebidas também tem relevância”.⁵³

⁵⁰ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 121

⁵¹ FRITZ, K. N. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 227.

⁵² ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 92

⁵³ Ainda segundo os autores: “No contexto de uma negociação, talvez as informações sejam a maior fonte de poder. [...] Os negociadores também podem usar as informações como ferramentas para desafiar as posições da outra parte, alterar os resultados desejados ou afetar

Tratando dos aspectos atinentes à relevância da informação na fase negocial, diversos autores como Fernando Araújo⁵⁴ e Maristela Basso⁵⁵ se dedicam a uma abordagem sobre a ótica da teoria dos custos da transação, concluindo que para tornar as informações privadas em públicas demanda-se, geralmente, um alto custo, podendo esse ser tão elevado a ponto de tornar o negócio inviável. Os custos da transação consistem, então, em um fator limitador da quantidade de informação disponível para a fase pré-contratual.

No entanto, importa para o presente estudo que, para além dos custos da transação, em mercados competitivos, como o capitalista, as partes tendem a maximizar seus ganhos mantendo em sigilo determinados riscos da relação jurídica. A depender do contexto em que está inserido, é comum que o negociante retenha informações que *“Ihe fariam deixar de internalizar benefícios, caso ressaltasse todos os riscos da contratação”*⁵⁶

A apresentação seletiva da informação consiste em uma estratégia negocial, em que as partes revelam somente fatos necessários às suas posições individuais, fazendo com que a comunicação acarrete mais benefícios ao que se fizer parecer mais forte (com maior poder de barganha).

O oportunismo e o individualismo incentivados em mercados competitivos constituem fatores restritivos do compartilhamento de informações e da colaboração na negociação, repercutindo, usualmente, em uma falha de mercado, distorcendo a função social e integrativa dos contratos.

Apesar de terem origem na fase pré-contratual os efeitos concretos da assimetria informacional são verificados na efetivação e na execução do

a eficiência dos argumentos dela.” LEWICKI, R; SAUNDERS, D; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnencher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 149 – In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 93

⁵⁴ ARAÚJO, F. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 280.

⁵⁵ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão e prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 150

⁵⁶ ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 95

contrato, quando o desequilíbrio e a onerosidade para uma das partes são revelados.

A assimetria informacional na fase pré-contratual é, como constata Patrício⁵⁷, risco prejudicial à cooperação, podendo implicar em conduta oportunista no curso do contrato. Déficits informacionais têm alto potencial para tornar os mercados ineficientes.⁵⁸ Johnston⁵⁹ destaca que todo o oportunismo gera custos e quem pagará por isto é o não oportunista.

As características situacionais de um problema de informação assimétrica decorrem, para Arenhart⁶⁰, de um “*problema de agência*”, quando o esforço do agente não pode ser diretamente monitorado em razão da assimetria informacional. São exemplos dos problemas decorrentes dessa assimetria a seleção adversa e o risco moral.

A seleção adversa decorre de uma informação oculta, que resulta na pactuação não bilateralmente benéfica. Está mais associada à questão do alto custo da informação, impedindo a distinção precisa da qualidade do produto ou serviço, baseando sua escolha em premissas comuns, como o preço do contrato.⁶¹

[...] A seleção adversa manifesta-se em múltiplas dimensões, que vão desde a escolha de parceiros contratuais até à compatibilização de incentivos entre as partes e à configuração concreta dos termos contratuais: aquele que procura uma solução contratual, ignorando as características dos potenciais parceiros e as intenções deles, oferece condições contratuais medianas que afastam os melhores parceiros potenciais.⁶²

⁵⁷PATRÍCIO, Miguel C. T. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 39.

⁵⁸ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 122

⁵⁹ JOHNSTON, J. S. The Return os Bargain: na economic theory os how standard-form contracts enable cooperative negotiation between businesses and consumers. *Michigan Law Review*, v. 104:857, 2005, p. 885. In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 100

⁶⁰ Idem, p. 122

⁶¹ Idem.

⁶² ARAÚJO, F. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 287.

Este problema pode ser facilmente compreendido no âmbito das relações de consumo, que vêm sendo solucionado através de “programas” de sinalização de qualidade de produtos ou serviços. No âmbito do direito contratual, essa solução pode vir através de legislação específica que preveja regras de responsabilidade pelos vícios ocultos, sempre atribuindo àquele que tinha as melhores condições de prever a contingência, ou de regras que possibilitem a revelação da informação.⁶³

No risco moral, também tido como conduta oportunista, o comportamento da parte que retém a informação se altera após a celebração da avença, diferenciando-se do que seria sua conduta caso não tivesse obtido uma vantagem na contratação.

Para a análise econômica, a assimetria informacional é justificativa fundamental para a intervenção regulatória.⁶⁴ Outrossim, ao direito obrigacional (pré) contratual cumprirá punir o comportamento oportunista na fase das tratativas, incentivando a partilha de informações na forma adequada (dever de informar), reduzindo os ganhos individuais decorrentes desse comportamento, e evitando prejuízos à outra parte e à sociedade.

Como visto no Capítulo anterior, a análise econômica da fase pré-negocial será útil para a regulação legislativa do dever de informar, dado que, de acordo com o contexto econômico, o legislador e o intérprete poderão se utilizar das contribuições de tal análise para definir quando uma intervenção é socialmente útil e eficiente, bem como o sistema de incentivo à atuação colaborativa (dever de informar).

⁶³ FAURE, M. LUTH, H. A.; *Behavioural Economic in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations*. J Consum Policy, 34, 2011, p. 342. In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p.99

⁶⁴ FAURE, M. G.; LUTH, H. A. *Behavioural Economic in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations*. J Consum Policy, 34, 2011, p. 342. In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p.101

3.2 ASSIMETRIA INFORMACIONAL E O COMPORTAMENTO OPORTUNISTA: VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Inexistindo garantias de que as promessas trocadas serão cumpridas, as transações voluntárias não simultâneas dependem diretamente da confiança entre as partes. Posner destaca que quando esta condição de não simultaneidade é constatada, surgem dois riscos para o processo negocial: “*oportunismo e contingências imprevistas*”, tornando-se necessário o direito contratual.⁶⁵ Para o autor, o contrato, de modo geral, se mostra como mecanismo apto a solucionar o problema da confiança.

O investimento de confiança, conforme definiu Senise Lisboa, é “[...] qualquer comportamento do confiante que possa ter tido uma conduta concludente da realização do negócio, que é frustrada por atos do outro geradores de prejuízo”.

Para Araújo, “da assimetria informativa emana a brecha para exploração da racionalidade limitada e prática de comportamentos desonestos na fase pré-contratual e ao longo da fase executiva do contrato.”⁶⁶

A conduta oportunista está intimamente ligada à assimetria informacional, quando uma das partes não possui plena capacidade de cálculo dos seus riscos e benefícios. Havendo uma substancial diferença nas informações conhecidas pelas partes e que são relevantes para a transação, essa questão informacional pode ser utilizada como gatilho para maximização dos lucros, principalmente quando este comportamento oportunista se dá *ex ante* (antes da assinatura do contrato).

⁶⁵ “The problem of contractual opportunism arises from the sequential character of economic activity [...] If contractual exchanges were simultaneous, the need for legal protection of contract rights would be less urgent”. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, 7th ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007, p. 93

⁶⁶ O autor destaca que, evidentemente, o oportunismo não se verifica somente na fase pré-contratual. Para ele, quanto mais longa a relação, mais provável a chance de uma não-simultaneidade no cumprimento das obrigações pactuadas. - ARAÚJO, F. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 385 e 386

Segundo Arenhart, “oportunismo é aquele tipo de comportamento em que alguém desperta confiança em outra pessoa e então sistematicamente a explora, obtendo lucro com tal comportamento.”⁶⁷

O oportunismo é comportamento humano que cria condições propícias para arrematar o contrato a seu favor, obtendo vantagem sobre o outro.

[...] Nas negociações, o oportunismo se exprime já na disputa prévia do que o contrato irá gerar uma vez celebrado, um oportunismo que tem muito a ganhar com a indução fraudulenta de outros a assumirem atitudes de que vão assegurando, já antes da celebração do contrato mas sobretudo para depois dela, alguma transferência de bem estar.⁶⁸

Williamson⁶⁹ descreve o oportunismo como “*busca maliciosa pelo autointeresse*”, sendo, sob sua concepção, contrário à confiança por estar associado com uma divulgação seletiva ou parcial da informação, criando um ambiente de incerteza, bem como com a descrença da vítima na possibilidade do comportamento oportunista pela outra parte.

Mackaay e Leblanc⁷⁰ propõe três elementos que, configurados, caracterizam o comportamento oportunista: a) a relação deve ser em algum aspecto assimétrica; b) uma das partes deve tirar vantagens desta assimetria em detrimento da contraparte; c) tal vantagem deve se mostrar significativa, superando um certo nível de tolerância.

No primeiro elemento, parte-se do pressuposto que a assimetria é uma característica natural das relações humanas, já que todos são diferentes. Importa, nessa ordem de ideias, que a informação oculta seja relevante ao objeto

⁶⁷ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014. p. 110

⁶⁸ ARAÚJO, F. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 587.

⁶⁹ MACKAAY, Ejan; LEBLANC, Violette. *The law and economics of good Faith in the civil law of contract*. In: CONFERENCE OF EUROPEAN ASSOCIATION OF LAW AND ECONOMICS. Anais....., 2003, p. 12 – In: ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014. p.136

⁷⁰ Idem.

da negociação. Por exemplo, quando há conhecimento técnico desnivelado acerca desse, de modo que, se o objeto for uma questão jurídica, a assimetria entre advogado e cliente seria relevante.

O segundo elemento é a utilização da assimetria para obtenção de vantagem indevida. Não basta a mera desproporção do bem-estar gerado no contrato, mas que os efeitos do contrato se difiram daquilo que era legitimamente esperado pelas partes quando da decisão de contratar.

O terceiro elemento caracteriza-se pela excessividade da desvantagem imposta à contraparte, sendo visíveis as consequências sociais da decisão permissionária (viciada) em relação ao comportamento oportunista.

Dentre os comportamentos oportunistas, na fase pré-contratual diversos autores destacam o *hold-up ex ante* associado ao risco moral. Rostro⁷¹ leciona que no *hold-up* uma parte se vale do investimento feito pela contraparte que confiava na conclusão do negócio e reformula onerosamente as condições para permanecer na relação, sabendo que não restará alternativa diversa para o investidor que não acatar a imposição. Assim, reporta-se à Kotritsky⁷², para descrever o efeito negativo do *hold up ex ante* no investimento de confiança.

George Cohen⁷³ ao apresentar o oportunismo como fenômeno capaz de afetar todas as fases do contrato, sendo qualquer conduta de uma parte contrária às razoáveis expectativas da outra, reputa que a falta de combate ao oportunismo sinaliza a necessidade de aumentar medidas de precaução contra

⁷¹ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 142

⁷²KOTRITSKY, J. P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *In* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 21 – IN: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 142

⁷³ MACKAAY, Ejan. Good Faith in civil law systems: a legal economic analysis. CIRANO – Scientific Publications 2011s-74, 2011, p. 13 – In: ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014. p. 136

tal tipo de comportamento, já que aumenta os riscos sociais e reduz o bem-estar da sociedade como um todo, podendo, em situação extrema resultar ainda na extinção de um determinado mercado de bens.

O oportunismo pode assumir diversas formas em uma relação contratual, sendo necessário, para combatê-lo, um amplo arsenal de ferramentas. Na fase pré-contratual, como visto, ele está diretamente ligado à assimetria contratual, abalando a confiança entre as partes e criando injusta desproporcionalidade.

Ocorre que proteger a confiança consiste em proteger a função social do contrato, que, como destaca Sobral⁷⁴, significa dizer que o contrato não diz respeito apenas às partes nele diretamente envolvidas, mas a toda a sociedade, tendo em vista sua repercussão no âmbito social. O princípio da função social do contrato, segundo o autor, reflete a atual tendência de sociabilidade do direito, sujeito a liberdade individual ao interesse social e, por isso, a boa-fé deve dirigir a atuação dos contratantes em toda a relação obrigacional.

Como será visto a seguir, a teoria da confiança fundamenta-se com a boa-fé objetiva. O princípio da confiança e a confiança legítima caracterizam-se por um dever geral de conduta, de acordo com os usos e costumes e conforme o que se espera das partes, servindo de parâmetro para a interpretação dos contratos e limite ao exercício de direitos subjetivos.⁷⁵

O princípio da confiança é, por excelência, a expressão dos deveres de agir com lealdade, prevenir e de não criar ou sustentar falsas expectativas entre os contratantes, tratando-se de critério finalístico a todo o processo obrigacional.

⁷⁴ Em suas palavras: “Embora não mencionado expressamente no art. 422 do CC, a boa-fé deve nortear o comportamento dos contratantes até mesmo antes da proposta.” SOBRAL, C. *Responsabilidade pela quebra do princípio da confiança*. Disponível em: <<https://blog.cristianosobral.com.br/responsabilidade-pela-quebra-do-principio-da-confianca/>>. Acesso em 13 de novembro de 2018.

⁷⁵ MORAIS, E. *O princípio da confiança nas relações contratuais civis e consumeristas*. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2144>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

A não observância do princípio da confiança, e portanto, da boa-fé na fase das negociações, ao criar uma justa e legítima expectativa da contratação, que leva a outra parte a contrair gastos e até recusar propostas diversas, causa “dano à confiança”.⁷⁶

Este dano, decorrente do descumprimento de dever de boa-fé gera responsabilidade civil.

⁷⁶ Idem.

4 A PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO ADEQUADA COMO DECORRÊNCIA DO DEVER DE BOA-FÉ

A boa-fé objetiva foi desenvolvida principalmente pela doutrina alemã, a partir de 1896, com base no §242 do BGB, o qual versa que “O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como exija a boa-fé, com considerações pelos costumes do tráfico”.

Já no Brasil, esta começou a ser aplicada a partir da década de 70, muito embora tenha sido introduzida expressamente no ordenamento em 1990 no Código de Defesa do Consumidor. Nesse diploma legal, além de instrumento de proteção ao consumidor, é contemplada como cláusula geral apta à declaração de nulidade de cláusulas contratuais que sejam incompatíveis com os deveres éticos que a consubstanciam.⁷⁷

No Código Civil de 2002, ela aparece como critério de interpretação das declarações de vontade (art. 113), como limitadora do exercício abusivo de direitos subjetivos (art. 187) e como regra de conduta imposta aos integrantes da relação contratual (art. 442)⁷⁸.

Por fim, não menos importante, destaca-se o artigo 442 do Código Civil que determina às partes contratantes a observância do dever de probidade, em reforço a conduta esperada do agente atento, manifestando-se como um dever anexo à boa-fé. A identificação da boa-fé como princípio permeia toda a obrigação, de sua formação à sua conclusão e execução, implicando em um padrão de comportamento, que resulta em deveres de conduta⁷⁹ que obrigam as partes independentemente do objeto do contrato.

É indiscutível e inafastável que as relações devem servir de instrumento à promoção da personalidade humana e de valores existenciais. Enquanto a

⁷⁷ SILVA, L. V. C. *A boa-fé objetiva na fase pré-contratual como instrumento de prevenção ao superendividamento do consumidor*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2010, p. 61

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 44

função social do contrato estabelece uma implicação do público sobre o privado, num plano externo à relação, a boa-fé objetiva amplia as obrigações do contrato⁸⁰.

Negreiros⁸¹ destaca que, como cláusula geral, a boa-fé desempenha funções para sua consecução e eficácia nas relações jurídicas, sendo elas: i) modelo interpretativo-integrativo; ii) norma de limitação do exercício de posições jurídicas e iii) norma de criação de deveres jurídicos. Tais funções podem ser desempenhadas individualmente, mas, de modo geral, são complementares.

A boa-fé como parâmetro para a interpretação de cláusulas contratuais, voltadas à lealdade e à honestidade das partes, é aplicada afastando interpretações que prejudiquem uma das partes em detrimento da malícia da outra.⁸² Couto e Silva salienta que essa hermenêutica integradora decorre da autação da boa-fé no preenchimento das lacunas configuradas por situações fáticas e jurídicas no contrato ou na lei, para que seja atingida a finalidade do contrato.⁸³

Neste prisma, a boa-fé atribui ao julgador o poder-dever de concretizar a confiança recíproca que deve operar, considerando todas as circunstâncias do desenvolvimento da obrigação. Conforme ressalta Silva⁸⁴, a jurisprudência vem consolidando a função interpretativa–integrativa, ao aplicar este poder-dever sob fundamento de que a finalidade econômico-social dos contratos deve ser compatível com a boa-fé, inclusive com o afastamento das disposições contratuais caracterizadas por um voluntarismo absoluto.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ NEGREIROS, T.P. A. T. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do princípio de Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 – *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.119

⁸² SCHREIBER, A. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 89

⁸³ SILVA, C. C. *A obrigação como processo*. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 68.

⁸⁴ SILVA, L. V. C. *A boa-fé objetiva na fase pré-contratual como instrumento de prevenção ao superendividamento do consumidor*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2010, p. 64

A limitação do exercício de posições jurídicas foi acolhida pelo Código Civil de 2002 em complementação à teoria do abuso de direito, no artigo 442. Esta se põe como uma limitação ao exercício do direito subjetivo, condicionando-o ao atendimento de valores éticos de igualdade, solidariedade e a lealdade.⁸⁵

Por seu turno, os “*deveres fiduciários*” apontam diretamente para o fato de serem exigidos pelo dever de agir em conformidade com a boa-fé, tendo como fundamento a confiança criada na contraparte⁸⁶.

Aduz Martins-Costa⁸⁷ que a boa-fé não está adstrita à vontade nem a texto pontual da lei, expressando-se através de deveres instrumentais ou anexos, que nada mais são do que deveres de conduta, elencados da seguinte forma pela autora: “a) os deveres de cuidado, previdência e segurança; b) os deveres de aviso e esclarecimento; c) os deveres de informação; d) o dever de prestar contas; e) os deveres de cooperação e colaboração; f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e seu patrimônio; g) os deveres de omissão e de segredo.⁸⁸

Silva⁸⁹ ressalta que o rol dos deveres instrumentais não pode ser elencado exaustivamente, haja vista decorrer de um padrão de conduta inspirado pela boa-fé capaz de materializar diversos deveres comissivos e omissivos impostos

⁸⁵ “Na tradição Européia continental, o princípio da boa-fé objetiva, no desempenho da função de impor restrições ao exercício de direitos subjetivos, resulta da teoria dos atos próprio. De uma forma geral, a teoria dos atos próprios importa reconhecer a existência de um dever por parte dos contratantes de adotar uma linha de conduta uniforme, prescrevendo a duplicidade de comportamento, seja na hipótese em que o comportamento posterior se mostra incompatível com atitudes indevidamente tomadas anteriormente (tu quoque), seja na hipótese em que, embora ambos os comportamentos considerados isoladamente não apresentam qualquer irregularidade, consubstanciam quebra de confiança se tomados em conjunto (venire contra factum proprium).” NEGREIROS, T.P. A. T. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do princípio de Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 – *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 141.

⁸⁶ NORONHA, F. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 81

⁸⁷ MARTINS-COSTA, J. *A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 440

⁸⁸ Idem, p. 439.

⁸⁹ SILVA, L. V. C. *A boa-fé objetiva na fase pré-contratual como instrumento de prevenção ao superendividamento do consumidor*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2010, p. p. 67

às partes da relação obrigacional em exteriorização da conduta leal e honesta que devem guardar entre si para o alcance comum almejado.

Os deveres da boa-fé relevam-se, portanto, muito úteis na correção das desigualdades substanciais concretizadas no campo dos contratos, pois é princípio criador de obrigações alheias à vontade das partes com vista a garantir a concretização da função social dos contratos.

Observe-se que tal padrão cooperativo deve se pautar não só pela lei, mas também pela finalidade econômico-social da operação, pelo regramento negocial pactuado ou decorrente de usos e costumes, pelos princípios constitucionais informadores da ordem econômica e demais princípios do Direitos das Obrigações, mormente pelo respeito à legítima confiança 'que como valor social de base, explica e garante a vinculabilidade jurídica'⁹⁰

4.1 A APLICAÇÃO DA BOA-FÉ À FASE PRÉ-CONTRATUAL

Neste momento, cabe avaliar quais funções da boa-fé revelam efeitos práticos na fase pré-contratual, ou seja, na formação da relação jurídica, para então aprofundar o estudo sobre aquelas que, de alguma forma, se observadas pelas partes envolvidas no contrato, são capazes de impedir a incidência de danos.

A função de cânone interpretativo é colocada pela doutrina como fundamento para o legítimo exercício pelo magistrado do poder de adequar os contratos à base objetiva vigente no momento de sua celebração, impondo uma renegociação do contrato, sempre que este se tornar excessivamente oneroso para o consumidor, independente da imprevisibilidade do fato causador do desequilíbrio que se quer abater. Assim, não obstante sua relevância, nesta função a boa-fé atuará preenchendo uma lacuna percebida durante a relação contratual e num quadro em que já está instaurada a onerosidade excessiva.⁹¹

⁹⁰ SABADIN, M. G. *Autonomia privada e licença para mentir – uma investigação sobre a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade por dolo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2015, p. 44.

⁹¹ SILVA, L. V. C. *A boa-fé objetiva na fase pré-contratual como instrumento de prevenção ao superendividamento do consumidor*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2010, p. 69

Tratar-se-ia de uma revisão contratual, de seus termos e condições, por exemplo.

A função limitadora do exercício de prerrogativas se manifesta como uma proibição, vedando comportamentos que, embora legais, não estão em conformidade com os *standards* impostos pela boa-fé.⁹² Neste caso, sua aplicação será fundamentada sempre que for violada a confiança ou a lealdade desejada na relação jurídica, sendo útil para avaliar tanto a fase pré-contratual, o desenvolvimento, quanto a fase pós contratual, como prevenção ao abuso de direito, limitando a vontade individual.

Os deveres anexos aparecem muito vinculados aos *standards* impostos pela boa-fé, concretizando-os como obrigações, cujo escopo não é, diretamente, a realização ou a substituição da prestação⁹³.

Entretanto, a função que melhor opera na fase pré-contratual é a função criadora de deveres anexos. Isso porque esses deveres podem ser acionados independentemente da obrigação principal, sem que essa se desfaça, a despeito de dependerem desta para seu nascimento.⁹⁴

Tais deveres exteriorizam a correção de conduta que é esperada das partes quando do estabelecimento dos parâmetros em que negociam. Negreiros salienta que, em verdade, estes deveres visam delimitar as condutas omissivas e comissivas que as partes deverão manter no processo obrigacional até o alcance de sua finalidade⁹⁵, a concretização do negócio jurídico.

Sabadin ensina que, conjuntamente, a limitação ao exercício da vontade individual em conjunto com os deveres anexos criam a obrigação de atuar com coerência (de modo consistente com as expectativas justificadamente surgidas

⁹² Idem p. 71

⁹³ SILVA, J. C. F. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75.

⁹⁴ SILVA, C. C. *A obrigação como processo*. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 96.

⁹⁵ NEGREIROS, T.P. A. T. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do princípio de Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 – *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 150.

na contraparte) e de se abster de agir com abuso de direito que integram, inequivocamente, a relação estabelecida entre os contratantes desde o momento das negociações da operação.⁹⁶

Importa esclarecer que ato ilícito e ato abusivo não se confundem. A despeito da prática de ambos importar na responsabilidade por danos, o ato ilícito se caracteriza por um descumprimento à lei, enquanto que o ato abusivo se caracteriza por uma violação a um limite imposto por um princípio jurídico, não expressamente estabelecidos no Direito.⁹⁷

A este respeito, Anderson Scheiber aponta que o abuso de direito pretende alinhar a autonomia privada aos valores (como a função econômica e social do direito, bons costumes e boa-fé objetiva) que o ordenamento jurídico pretende tutelar por meio da situação subjetiva prevista.⁹⁸

Conforme conclui Silva⁹⁹, o ato abusivo, naqueles comportamentos em que as partes não guardem a lealdade e confiança recíprocas que devem reger estas relações jurídicas configura-se por uma violação à boa-fé.

O abuso de direito não contempla uma categoria de direito, em adoção a um critério lógico-formalista, mas liberdades, faculdades, funções ou poderes, englobando todas as prerrogativas individuais, cada uma delas atenta a seu fundamento axiológico.¹⁰⁰

É da abusividade da conduta que surge a responsabilidade civil, também com os pressupostos: dolo ou culpa, dano e nexo causal. Para Silva¹⁰¹, a aplicação da responsabilidade civil baseada no dever de boa-fé materializa a

⁹⁶ SABADIN, M. G. *Autonomia privada e licença para mentir – uma investigação sobre a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade por dolo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2015, p. 50.

⁹⁷ SILVA, L. V. C. *A boa-fé objetiva na fase pré-contratual como instrumento de prevenção ao superendividamento do consumidor*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2010, p. 75

⁹⁸ SCHREIBER, A. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 115

⁹⁹ SILVA, L. V. C. *A boa-fé objetiva na fase pré-contratual como instrumento de prevenção ao superendividamento do consumidor*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2010, p. 78

¹⁰⁰ Idem, p. 76

¹⁰¹ Idem, p. 77

solidariedade como instrumento de relativização dos direitos privados, adequando-os à sua função social, atribuindo responsabilidade a toda a sociedade pelo alcance do bem estar comum (art 3º, IV, CF).

Assim, em um contrato, a parte deve estar atenta às repercussões que este exercício de direito causará para o tomador do seu produto. Aquele que atentar-se exclusivamente à obtenção de ganhos individuais, consciente de que sua conduta pode instalar uma situação prejudicial à outra parte, incorre em exercício abusivo de direito.

O princípio da veracidade é concretizado na legislação somente no âmbito do CDC (art. 37, §1º). A sua não aplicação de forma mais objetiva nas demais relações, diante do cenário econômico atual, cria às partes uma verdadeira “licença para mentir”.

No entanto, tendo em conta que “as condições negociais gerais hoje são explicadas como fatos de racionalização e programação irrenunciáveis, por exigência das sociedades técnicas modernas e não como puro abuso proporcionado por quaisquer modelos econômicos-sociais”¹⁰² entende-se, ser imprescindível ser dispensada atenção especial ao dever de informação na fase pré-contratual, vez que, como visto, a informação apresenta-se como uma ferramenta de educação e proteção da função social e permite que haja livre manifestação sobre o que quer contratar, sem distorção da verdade.

Menezes Cordeiro¹⁰³ destaca que estes deveres podem ser classificados em deveres de proteção, de esclarecimento/informação e de lealdade e nada mais são do que deveres de condutas refletidos pela boa-fé.

Este dever de informar é multifacetado, podendo constituir tanto um dever principal, como um dever anexo ou um dever de proteção, os quais, apesar de diferentes, comumente sobrepõe-se.¹⁰⁴

¹⁰² CORDEIRO, A. M. R. M. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 655.

¹⁰³ *Idem*, p. 655.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, J. *A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 529

É a atenção à boa-fé que opõe ao negociante obrigação de “[...] informar a respeito dos fatos relativos ao contrato que tenham aptidão para determinar o consentimento e que devem estar centrados dentro da realidade negocial, isto é, recair sobre os elementos do futuro contrato”¹⁰⁵, compatível com as expectativas criadas da relação contratual¹⁰⁶.

O dever de informação perfaz, portanto, uma obrigação contrária ao comportamento oportunista, como a dolosa omissão de informações na negociação para obtenção de vantagens na efetivação do contrato. De fato, se as informações forem prestadas de forma clara e inteligível, sem omissões de pontos relevantes (direta ou indiretamente) para a decisão de contratar, fica garantida a autonomia, evitando danos decorrentes da racionalidade econômica pela atuação da boa-fé na fase pré-contratual.

[...] O Direito obriga, então, a que nessas circunstâncias, as pessoas não se desviem dos propósitos que, em ponderação social, emergem da situação em que se achem colocadas: não devem assumir comportamentos que a contradigam – deveres de lealdade – nem calar ou falsear a atividade intelectual externa que informa a convivência humana – deveres de informação.¹⁰⁷

É nesse sentido que se vê que os deveres de informar durante as negociações decorrem das regras de boa-fé, atribuindo como sua finalidade principal a proteção de bens jurídicos envolvidos na negociação, principalmente, a proteção da confiança.

¹⁰⁵ TADEU, S. A. O dever de informar: Considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e no CC. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, abr. 2006, p. 266.

¹⁰⁶ ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p.116

¹⁰⁷ Idem, p. 646.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE BOA-FÉ NAS TRATATIVAS

Segundo Martins-Costa a modulação do dever de boa-fé têm concretizado o reconhecimento da desigualdade material dos membros do conjunto social.¹⁰⁸ A autora leciona que os deveres informativos (*latu sensu* – informar, avisar, revelar, esclarecer e aconselhar) viabilizam o consentimento informado e são aptos a proteger “[...] a higidez da manifestação negocial e a confiança que possibilita não apenas acalentar expectativas legítimas mas, igualmente, avaliar riscos”, servindo-se a boa-fé tanto para o preenchimento da lacuna ou para otimizar o dever de colaboração, restando a assimetria informativa.¹⁰⁹

Nesta fase em que as condições estão pré-dispostas (e muitas vezes ‘fantasiadas’ pelo meio publicitário) floresce nas partes uma confiança de que o processo obrigacional será conduzido com um padrão de probidade e seriedade, e é quando alguns dos deveres instrumentais aparecem e podem ser violados. “Aqui há campo para que se viole o dever de cooperação, de não-contradição, de lealdade, de sigilo, de correção, de informação e esclarecimento”¹¹⁰. Há, portanto, espaço para o dano de confiança.

Rostro remete ao entendimento de Rousseau, Burt e Camerer de que interdependência é pressuposto para existência da confiança e, só haverá confiança quando os interesses de uma parte não puderem ser atingidos sem confiar na contraparte, destacando que, assim como os riscos, a confiança também se altera à medida que a interdependência humana aumenta.¹¹¹

¹⁰⁸ Em suas palavras: “[...] Poderíamos dizer que a relevância dos deveres de informação decorre da *relevância da diferença* que se põe como necessária consequência da ‘transversalidade’ que hoje recobre a fisionomia da sociedade civil, da fissura no mito da igualdade formal que alicerçou a Codificação oitocentista.” MARTINS-COSTA, J. *Ação Indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*. Revista dos Tribunais. Ano 92, v. 812, jun. 2003, p. 82.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, J. *Ação Indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*. Revista dos Tribunais. Ano 92, v. 812, jun. 2003, p. 85

¹¹⁰ Idemp. 91

¹¹¹ ROUSSEAU, D; SITKIN, S; BURT, R; COLIN, C. *Not so diferente after all: a cross-discipline view of cooperation in organizations*. Academy of Management Journal, v. 38, n. 1, fev. 1995, p. 25 In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*.

O nível de confiança está diretamente ligado à probabilidade de conclusão e cumprimento do pactuado. Fernando Araújo define o que seria uma confiança eficiente, *in verbis*:

[...] Se o cumprimento for altamente provável, então a elevada confiança é ótima, assegurando o resultado mais eficiente [...], se o cumprimento for muito improvável, então passa a ser ótima a baixa confiança, por assegurar o resultado mais eficiente (o menos mau, o que minimiza as perdas).

Assim, caberá ao ordenamento jurídico estabelecer uma adequada probabilidade de cumprimento do contrato ou cancelar a reparação das despesas realizadas, garantindo a confiança dos sujeitos, porque ela é “pressuposto da coexistência e cooperação pacífica, isto é, da paz jurídica”¹¹².

Acerca do tema, Ana Prata, *in verbis*:

[...] Os deveres pré-contratuais surgem quando – e na medida em que os – os contatos pré-contratuais entre as partes façam surgir, numa delas ou em cada uma delas, a confiança na conduta leal, honesta, responsável e íntegra da contraparte, sendo o apuramento do surgimento dessa confiança resultado da análise dos atos e comportamentos das partes e da sua apreciação objetiva no quadro do ambiente econômico-social em que o processo formativo do contrato tem lugar.

Ou seja, nessa ordem de ideias bastará que a confiança seja legítima, fundamentada em dados concretos e objetivamente apurável para que possa ser protegida, dispensando uma análise profundamente objetiva.

A regra geral da boa-fé permite fundamentar a reparação e a responsabilidade civil na frustração da confiança, criada pelo dever de lealdade e na proibição de comportamento contraditório¹¹³, reconduzindo as partes a práticas de honestidade e razoabilidade, afastando os casos de oportunismo,

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 147

¹¹² FRADA, M. A. C. P. *Teoria da confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 19.

¹¹³ ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p.158

como o citado *hold up*¹¹⁴. O conteúdo do dano, consiste portanto, no dano à confiança e nas legítimas expectativas.

No campo do ‘ainda-não-contrato’, onde inexistente relação obrigacional, nas tratativas, incide a responsabilidade pré-negocial decorrente de condutas configuradas no lapso temporal que antecede o encontro da proposta com a aceitação.¹¹⁵

Conforme esclarece Rostro¹¹⁶, “basicamente, trata-se de regime de responsabilidade *extracontratual* [...] quando ainda não há vinculação obrigacional entre as partes, mas existe a necessidade de adstrição a um comportamento diligente”, baseado na tutela da confiança, desnecessária materialização do ilícito na forma da conduta culposa, “bastando, quando ocorre uma negociação séria”.¹¹⁷

Dos capítulos anteriores foi possível confirmar a hipótese de que a informação obtida durante a fase pré-contratual (negocial) é capaz de gerar à relação confiança e legítimas expectativas, enquanto que, condutas exploratórias tendem a existir em cenários repletos de incertezas, gerando prejuízos à confiança e conseqüentemente, ao bem-estar social.

Embora seja evidente que as partes possam adotar mecanismos para evitarem o oportunismo alheio, o que se pretende analisar neste trabalho é como as regras derivadas da boa-fé, sejam criadas pelo legislador ou refletidas dos julgamentos dos tribunais, são capazes de lidar com ele. Para Daniel Ustarróz, é atribuição do direito:

[...] ofertar um mínimo de previsibilidade aos interessados, apontando as bases em que poderá desenvolver-se a relação, sem ocasionar danos a qualquer dos sujeitos [...] através da imposição de mandamentos de conduta aos próprios participantes, com o fim

¹¹⁴ ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 571

¹¹⁵ MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. Ed. São Paulo: RT, 2000, p. 482.

¹¹⁶ O mesmo autor destaca tratar-se de tema controvertido na doutrina e jurisprudência nacional. ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 159

específico de garantir que as justas expectativas produzidas no outro não restem frustradas em virtude da falta de cautela alheia.¹¹⁸

No direito brasileiro a fase pré-contratual não possui expressiva regulação legislativa, estando, em regra, tutelada sob as regras gerais da boa-fé, inexistindo obrigação legal de informação recíproca entre as partes.

Além disso, verifica-se que o movimento doutrinário e jurisprudencial de atribuição de uma responsabilidade pré-contratual tem se consolidado somente quando há o abandono injustificado das tratativas¹¹⁹. No entanto, nos parece ser necessário o aprofundamento da proteção da confiança construída na fase das tratativas, haja vista a preponderância da racionalidade econômica no contexto capitalista (individualista), incrementando risco ao contrato justamente pela prestação inadequada (ou falta dela) de informações na fase pré-contratual.

Acredita-se que através da criação de critérios mais objetivos para a aplicação/interpretação de normas subjetivas, caracterizando um contraponto de justiça, é possível reduzir os impactos da racionalidade econômica (pura, que dependeria somente do indivíduo, que é sujeito submisso do sistema e levado a tomar decisões puramente egoísticas para reduzir a sua escassez).

É imprescindível, no tratamento da matéria a harmonização do conflito gerado entre a liberdade negocial e a proteção da confiança.¹²⁰ Neste prisma, para a abordagem da análise econômica, é relevante o processo de negociação, vez que as trocas voluntárias (contratos) podem deixar de ocorrer dependendo da forma de intervenção pelo direito.

[...] Em um mundo de recursos limitados, atribuir um direito a alguém significa, na maioria das vezes, limitar o direito de outrem. Assim, a

¹¹⁸ USTARRÓZ, D. *Direito dos Contratos. Temas atuais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51.

¹¹⁹ MARTINS-COSTA, J. *A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 419

¹²⁰ ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p.155

decisão judicial possui sempre um impacto externo à disputa, que precisa ser avaliado em termos dos custos sociais que implica.¹²¹

Ao mesmo tempo que sob a perspectiva da eficiência a interferência excessiva e a extrema subjetividade podem criar um problema, chegando até a inviabilizar o negócio, a imposição de um critério absolutamente objetivo, também traria um custo muito alto do ponto de vista econômico, inviabilizando, mesmo que a longo prazo, a realização de negócios jurídicos e extirpando a autonomia da vontade.

Já que os negócios desproporcionais também têm um preço social relevante para regulação do direito, em ponderação aos custos sociais, a inclusão de parâmetros mais objetivos, mesmo que até certo ponto, seria uma alternativa eficiente a combater a “licença para mentir” decorrente da ausência de regramento próprio à fase pré-contratual, na qual as informações trocadas podem comprometer a efetivação e o próprio cumprimento do contrato.

Determinar ao estipulante o dever de informar antes da conclusão do contrato configura regra socialmente mais útil do que a de imputar à contraparte o ônus de investigar as particularidades de cada contratação e enquadramento de seus riscos (também particulares).

É possível, portanto, dizer que o objetivo do direito neste contexto consiste em criar mecanismo para evitar que as pessoas se comportem de forma oportunista em desfavor de seus parceiros contratuais, incentivando a ocorrência de trocas eficientes.

Do ponto de vista econômico, o descumprimento do contrato é uma situação de fato, que pode ser desejável em algumas situações, quando o resultado de tal descumprimento for eficiente. Sendo a indenização um “preço” pago pela quebra do contrato e considerando que a parte descumprida o contrato porque tal ação lhe dá algum benefício, o descumprimento ocorrerá sempre que o custo de cumprimento for superior ao custo da responsabilidade civil. A eficiência, do ponto de vista social, é a soma dos retornos para ambas

¹²¹ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 98

as partes, e a quebra será eficiente quando o custo do cumprimento pelo promitente é superior ao benefício do cumprimento para o promissário. Concluindo, 'o promitente tem incentivos eficientes para o cumprimento e o não cumprimento quando a responsabilidade civil pela quebra é igual ao benefício perdido pelo promissário', ou seja, quando a responsabilidade civil internaliza os custos da quebra.¹²²

Assim, conclui-se que a responsabilidade civil é extremamente relevante para a análise econômica dos contratos "eis que a cooperação eficiente pode depender de como os tribunais julgam os casos de inadimplemento, e se as indenizações fixadas são suficientes para impedir o comportamento oportunista"¹²³. O mero descumprimento contratual não pode, por si só, implicar em violação à cláusula geral de boa-fé.

Ao julgar as situações de quebra de contrato, os tribunais devem agir com cautela, analisando os motivos da ação unilateral e verificando se tal decisão caracteriza um comportamento verdadeiramente oportunista ou apenas uma situação de descumprimento eficiente. Se se tratar desta última hipótese, a execução específica implicará em perda de bem estar social, devendo ser preferido pelo juiz a indenização dos prejuízos sofridos.¹²⁴

Defende corretamente Martins-Costa que não há dever de informar quando, razoavelmente, a informação for acessível à contraparte, existindo obrigação somente quando se verificar a existência de obstáculo fático ou jurídico, subjetivo ou objetivo¹²⁵.

No mesmo sentido, leciona Rostro:

A retenção desonesta não é admitida pelo princípio da boa-fé e, também, constitui fundamento para anulação do contrato (Art. 147 do CC), na hipótese do silêncio intencional sobre fato ou qualidade de questões elementares do negócio jurídico fazer com que a outra parte

¹²² ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 117

¹²³ Idem.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ MARTINS-COSTA, J. *A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 541

se comprometa com o que não se comprometeria se não houvesse a omissão dolosa.¹²⁶

O direito contratual, baseado em um critério de justiça, é eficiente quando reduz a incerteza e induz a confiança, contribuindo para a promoção do bem-estar social.¹²⁷ O contrato não é a única forma de impulsionar a confiança¹²⁸, esta pode ser incentivada por meio do ordenamento jurídico, por normas sociais, usos e costumes e mecanismos informais de reputação. A inclusão de cláusulas gerais de boa-fé resultam em um fenômeno chamado por Araújo de “*aculturação*”, levando para o âmbito externo do contrato valores contidos em normas positivas.¹²⁹

Atualmente, o sistema brasileiro é considerado por diversos autores como sendo de dever de informação espontânea, no entanto, do ponto de vista da eficiência no combate ao oportunismo, o tratamento da matéria dado pelo legislador não tem se demonstrado como melhor alternativa, porque tais condutas têm se mostrado cada vez mais frequentes.

A partir da colaboração do pensamento econômico, de que o dever de informação deve recair sobre o estipulante, pois é quem a menores custos pode tornar a informação pública e erradicar a assimetria informativa, pelo fato de as informações sobre si serem evidentemente mais acessíveis a ele do que ao segurador, partiremos da premissa da obrigação como processo para verificação da hipótese de que uma nova interpretação à responsabilidade civil com base no dever de boa-fé por dano à confiança pode ser mais eficiente para contenção do individualismo exacerbado pelo contexto econômico capitalista.

¹²⁶ ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p.128

¹²⁷ ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 127.

¹²⁸ Idem.

Normas bem delineadas são capazes de evitar que as pessoas se comportem de forma oportunista em desfavor de seus parceiros contratuais, incentivando a ocorrência de trocas eficientes.¹³⁰

Los remedios preventivos procuran evitar, mediante la debida información, que las condiciones de la contratación puedan degenerar em condiciones abusivas, tendendo al efectivo conocimiento y comprensión de las mismas por parte del adherente. [...] Así se pretende garantizar el consentimiento negocial del adherente, esto es, posibilitar a través de la mayor transparencia el conocimiento del contenido contractual, y que ao aceptación de las cláusulas predispuestas sea el resultado de uma decisión libre y consciente. Quede em claro que lo que se garantiza no es el conocimiento real, sino la posibilidad de conocimiento o mera cognoscibilidad por parte del adherente.¹³¹

A cláusula geral da boa-fé, sob o prisma econômico, consiste em um conceito aberto que deve ser utilizado como recurso último neste combate, haja vista os riscos decorrentes de cláusulas gerais de interpretação. “Sem um conhecimento preciso sobre as formas de comportamento oportunista, o judiciário pode superutilizar ou subutilizar a cláusula geral da boa-fé, falhando na tarefa primordial do direito contratual de dissuadir e punir tal tipo de comportamento.”¹³²

É incontroverso que se as partes devem agir conforme os parâmetros da boa-fé, conforme o artigo 422 do Código Civil de 2002¹³³, estando vedado o comportamento de má-fé, que corresponde ao comportamento oportunista.

¹³⁰ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 111-112

¹³¹ MOISÁ, B. La buena fe em los contratos por adhesión. In: CÓRDOBA, M. M. (Director). *Tratado de la Buena Fe em el Derecho*. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2004, v. 1, p. 419-429. In: SILVA, L. V. C. *A boa-fé objetiva na fase pré-contratual como instrumento de prevenção ao superendividamento do consumidor*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2010, p. 89.

¹³² ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 139

¹³³ “Art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2018.

Todavia, segundo Arenhart¹³⁴, de um ponto de vista prático, seria necessária uma perspectiva efetivamente objetiva, afastando a dogmática jurídica que conduz à análise de critério subjetivos, descritos como “lealdade”, “retidão”, “honestidade” e “honradez”.

Martins-Costa¹³⁵ elege o abuso de direito como fundamento da responsabilidade objetiva no caso de dano derivado diretamente do exercício manifestamente contrário à boa-fé, havendo dever de indenizar derivado da interpretação do artigo 927 do Código Civil¹³⁶, seguindo regime de responsabilidade civil extracontratual já que não se trata de inadimplemento a contrato.

Este entendimento foi acolhido no enunciado nº 37 da Jornada de Direito Civil, consolidando-se que “[...] a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”¹³⁷.

Noronha esclarece que ato abusivo não é necessariamente ilícito subjetivamente, mas, enquanto atuação contrária ao direito, é antijurídico. Não importa, portanto, a finalidade de causar dano a outrem (dolo e culpa) ou se busca alcançar outros objetivos.¹³⁸

Neste sentido, manifesta-se também Bruno Miragem, veja-se:

O modo de exercerem-se os direitos, faculdades, poderes, pode levar à contrariedade ao Direito compreendido como Ordenamento. Essa contrariedade, porém, não precisa ser culposa. Basta que seja

¹³⁴ Idem, p. 140

¹³⁵ MARTINS-COSTA, J. *A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 429.

¹³⁶ “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.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2018.

¹³⁷ Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>>. Acesso em 02 de novembro de 2018.

¹³⁸ NORONHA, F. *Direito das obrigações*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 394.

imputável, isto é, atribuível a alguém, segundo a ordem jurídica, compreendendo-se o verbo “imputar” no sentido corrente na língua portuguesa de “atribuir algo a alguém” e não, restritivamente, como atribuição de poderes referentes à capacidade de fato: imputar, em sua, significa determinar se alguém deverá arcar com as consequência de ato ou fato, e quem deverá arcar, e em que medida, tendo Hans Kelsen precisado que o ‘modo específico de imputação do direito’ está em ligar ao ato praticado por uma pessoa uma consequência jurídica.¹³⁹

Como visto, a imputação objetiva é suficiente para afastar a comprovação da culpa, mas, em situações em que o prejuízo está relacionado a uma informação (conduta oportunista), é necessário que o intérprete seja capaz de delimitar o próprio dever de informar com vistas a confirmar se trata-se ou não de abuso de direito e identificar o dano de confiança.

O descumprimento do dever de informar e do comportamento diligente ensejam o dever de reparação, que não decorre do simples rompimento das tratativas e nem da não conclusão do contrato, mas de uma situação em que, além de gerar justas expectativas e confiança, seu comportamento seja causa de efetivo prejuízo.¹⁴⁰

Ou seja, os deveres de verdade e esclarecimento decorrentes da boa-fé conduzem à tutela das expectativas na fase pré-contratual, de modo que, a atuação individual que estiver contrária a este princípio de confiança e gerar dano a outrem, inspira a responsabilidade pelo dano de confiança.

A este respeito, a 4ª Turma do STJ por decisão unânime em julgamento ao REsp n. 1.309.972 entendeu que a quebra de confiança gera responsabilização por prejuízos em projeto mesmo na ausência de contrato.¹⁴¹

¹³⁹ MIRAGEM, B. *Abuso do Direito. Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 55

¹⁴⁰ SOBRAL, C. *Responsabilidade pela quebra do princípio da confiança*. Disponível em: <<https://blog.cristianosobral.com.br/responsabilidade-pela-quebra-do-principio-da-confianca/>>. Acesso em 13 de novembro de 2018.

¹⁴¹ Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468948849/recurso-especial-resp-1309972-sp-2012-0020945-1/inteiro-teor-468948857?ref=juris-tabs>>. Acesso em 13 de novembro de 2018.

O Ministro Luís Felipe Salomão, relator do recurso, ao tratar da responsabilidade pela confiança, preceitua que “A responsabilidade pela quebra da confiança possui a mesma ratio da responsabilidade pré-contratual. O ponto que as aproxima é o fato de que uma das partes pode gerar na outra uma expectativa legítima que após não se concretiza. O que as diferencia é que na responsabilidade pré-contratual a formalização de um contrato é o escopo perseguido, enquanto que na outra ele não será inicialmente almejado.

Na concepção de Frada¹⁴² a tradicional divisão entre responsabilidade contratual e aquiliana para abarcar a responsabilidade pela confiança é insuficiente, pois não nenhuma das duas seria capaz de abranger a confiança em sua feição constitutiva específica. Segundo esta perspectiva, que também foi adotada pelo Ministro relator do caso supramencionado, a teoria da confiança ingressa na lacuna existente entre a responsabilidade contratual e extracontratual, em que um sujeito que dá confiança e depois a frustra deve responder em certas circunstâncias.

Ainda que extremamente relevante a decisão do STJ e a contribuição de Frada para o entendimento da relevância do princípio da confiança, o presente trabalho não filia-se à ideia de ruptura entre a responsabilidade civil extracontratual fundamentada na boa-fé e a responsabilidade civil pelo dano à confiança. Isso porque, entende-se que são os deveres de lealdade, probidade, informação e cooperação decorrentes da boa-fé que fundamentam a confiança e conduzem às legítimas expectativas. Nesse prisma, a responsabilidade por dano à confiança deve sim ocupar as lacunas existentes, mas é, por excelência, vinculada à responsabilidade civil extracontratual, podendo ser entendida como uma subespécie. Esta vinculação permite inclusive uma aplicação mais direta da restrição do abuso de direito já abrangida pelo Código Civil.

¹⁴² FRADA, M. A. C. P. Teoria da confiança e Responsabilidade Civil. Coimbra: Almedina, 2004, p. 904

Neste passo, ao mesmo tempo em que a carga de subjetividade é afastada pela doutrina do abuso de direito para a aplicação da responsabilidade civil, vale lembrar que esta é extremamente valiosa para a compreensão do comportamento humano que a fundamenta, bem como dos aspectos atinentes ao convívio social. É em razão dessa compreensão que são criados mecanismos jurídicos para minimizar os impactos da racionalidade econômica no contexto capitalista, considerando principalmente que a confiança e a cooperação estão intimamente ligadas à lealdade, consistindo, em conceitos dotados de uma alta carga de subjetividade.

Não obstante, para a imputação e caracterização do abuso de direito o intérprete deve buscar a definição do conteúdo do dano para legitimar a aplicação da responsabilidade civil fundamentada na cláusula geral da boa-fé pelo descumprimento dos deveres de informação, lealdade e cooperação, identificando as legítimas expectativas.

Quanto à caracterização do nexo causal entre o dano e a confiança no caso do REsp n. 1.309.972, veja-se:

As condutas praticadas pela IBM durante todo processo negocial, pautadas ou não em contrato formal de qualquer natureza, mas suficientemente demonstradas e constantes da sentença e acórdão, estão diretamente ligadas aos prejuízos suportados pela produção das peças que desnecessariamente produzidas, ou produzidas em conformidade com a demanda, mas não adquiridas. Não é preciso investigar a presença ou existência de qualquer outro instrumento contratual que porventura tenha sido firmado entre a IBM e a Radiall, nem mesmo o teor deste eventual documento para analisar a responsabilidade da IBM, simplesmente porque não é essa a base de sua responsabilização.¹⁴³

¹⁴³Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468948849/recurso-especial-resp-1309972-sp-2012-0020945-1/inteiro-teor-468948857?ref=juris-tabs>>. Acesso em 13 de novembro de 2018.

Tratando do dano, Kotritsky¹⁴⁴ defende a compensação por qualquer investimento em confiança sempre que o investimento for perdido ou sobrelevado (a ponto de criar uma situação de onerosidade relevante) por conduta desleal da parte que o motivou, como ocorre no oportunismo do *hold up*.

Nesta ordem de ideias, a proteção não deve ser somente aos investimentos e quando houver probabilidade de conclusão do contrato, mas sempre que houver perdas provocadas pela quebra da confiança, devendo abarcar ressarcimento material pelos investimentos realizados, e a indenização pela negativa de outras propostas (que lhe tenham sido efetivamente apresentadas, não sendo o caso de reparação pela “expectativa de outras propostas”).

No campo da responsabilidade civil extracontratual por dano à confiança e condutas oportunistas, na fase pré-contratual, a medida de indenização que tutela a confiança é, em regra, mensurada de dano patrimonial por perdas e danos. De qualquer forma, será necessária uma análise do caso concreto para verificação do dano indenizável, pois deverá restar evidente o nexo causal entre a conduta abusiva (oportunismo) e o dano de confiança.

No plano teórico, o dano material, principalmente o relacionado aos investimentos, nos parece ser mais palpável. Contudo, em nada fica impedida a caracterização de dano material em outros aspectos, e até mesmo de um dano moral oriundo do dano de confiança baseado no descumprimento do dever de boa-fé desde que identificado efetivamente o dano ao indivíduo (relacionado aos direitos da personalidade), o nexo causal e as legítimas expectativas.

Para delimitação do nexo causal e para compreensão do comportamento individual, vale lembrar que, se o contrato é a concretização das relações

¹⁴⁴ KOTRITSKY, J. P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *In Case Research Paper Series in Legal Studies*. Case Western Reserve, 2008, p. 21 – IN: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 142

econômicas¹⁴⁵, a análise econômica possibilita uma compreensão das decisões estratégicas das partes (ou seja, do seu comportamento), útil para confirmar se estas estão ou não agindo de acordo com os ditames da boa-fé no plano fático. Tal observação torna-se ainda mais relevante quando se considera que, para uma aplicação coerente dessa responsabilidade civil por rompimento da confiança o juiz, além do conhecimento jurídico, deverá também ter conhecimentos sobre o comportamento humano.¹⁴⁶

Extraí-se então que, diferentemente das obrigações contratuais, os deveres de natureza extracontratual decorrem da lei e visam estabelecer condutas desejadas dos sujeitos de direito para a promoção de uma política social adequada. Sendo assim, é natural que a lei reconheça e determine que danos resultantes de comportamentos mal-intencionados ou mesmo negligentes devam ser ressarcidos. Trata-se de uma questão de política pública: há de se preservar a liberdade contratual, sem que seja ameaçada pela mentira, a qual não pode, portanto, em hipótese alguma, ser tida como socialmente aceita.¹⁴⁷

Sob a ótica econômica, o direito deveria então sancionar aquele que, na relação negocial, tomou menos precaução do que o nível ótimo exigido, incentivando o alcance de tal nível, caso contrário, estaria sendo negligente. Deverá ser responsável, portanto, aquele que tinha o menor custo de prevenção e nada fez.¹⁴⁸

¹⁴⁵ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 141.

¹⁴⁶ Sobre este aspecto, o juiz deverá verificar também o risco de sua intervenção na esfera privada, sopesando se tal atuação irá efetivamente representar um incremento no bem-estar social. Isso porque, conforme destaca Sabadin “pode o julgador restar diante do desafio de sopesar e equilibrar segurança jurídica - obtida pela interpretação literal do contrato responsável por reger os agentes de direitos e obrigações – e justiça”. (SABADIN, M. G. *Autonomia privada e licença para mentir – uma investigação sobre a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade por dolo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2015, p. 60)

¹⁴⁷ SABADIN, M. G. *Autonomia privada e licença para mentir – uma investigação sobre a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade por dolo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2015, p. 65

¹⁴⁸ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 133.

A lógica dessa premissa está na ideia de que os contratos somente são realizados porque as partes esperam um benefício¹⁴⁹, que buscam, a todo tempo, maximizar. Contudo, os ganhos individuais podem ser aumentados às expensas da outra parte, dado que o contrato também resulta em um risco de que uma das partes busque levar vantagem sobre a outra. Neste caso, a relação não será economicamente eficiente, diante do desvio de recursos que inviabiliza o bem-estar social.¹⁵⁰

Um contrato justo deve manifestar a expressão de uma vontade livre em busca de um aumento da utilidade de ambos os contratantes, razão pela qual é incompatível com situações de fraude, extorsão, poder de monopólio.¹⁵¹

Da perspectiva econômica, tratando a boa-fé objetiva como uma conjuntura ausente de oportunismo, sendo este um sinônimo de má-fé¹⁵², seria necessário então constatar quais as circunstâncias em que o oportunismo é mais lucrativo que a confiança, quando então seria relevante, à ciência econômica e ao direito alterar a conjuntura.

¹⁴⁹ SCHAFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of law*, 2004, p. 390 – In ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 134

¹⁵⁰ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 134

¹⁵¹ SCHAFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of law*, 2004, p. 273 – in Arenhart, p. 134

¹⁵² Para Arenhart “a definição da boa-fé através de um conceito negativo, apesar de parecer algo estranho no mundo jurídico, tem algumas vantagens. A principal delas é que, ao buscar uma definição através de conceitos positivos, normalmente se tem recorrido ao uso de expressões subjetivas, tais como lealdade, espírito de solidariedade, razoabilidade, decência, honestidade, o que dificulta a caracterização de uma determinada conduta como sendo de boa ou de má-fé. Seria muito mais fácil identificar objetivamente os comportamentos excluídos pela boa-fé do que aqueles que nela estão inclusos.” ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 135

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria dos contratos sofreu uma grande renovação diante das transformações sociais ocorridas no século XX, especialmente diante de uma “crise” que teve como consequência a necessária abertura dos sistemas jurídicos e da configuração normativa.¹⁵³ No contexto atual não bastam mais os postulados clássicos da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*. Para refrear o avanço do controle dos indivíduos pelo capital, expandiram-se as discussões relativas aos direitos fundamentais e da necessária proteção da pessoa humana e do bem-estar social, contexto em que se destacaram normativamente os princípios, que requerem uma racionalidade diferente da dedutiva clássica, um juízo de ponderação.

É incontroverso que as trocas voluntárias em uma sociedade permitem a divisão do trabalho e a circulação dos recursos decorrente destas, criando riqueza.¹⁵⁴

As promessas têm lugar quando as obrigações em uma troca não são prestadas simultaneamente de modo que, nesses casos, não há como assegurar naturalmente o cumprimento da obrigação. O capitalismo e a racionalidade econômica interferem nas relações negociais e na postura adotada pelas partes nela envolvidas. Atualmente, os indivíduos têm adotado um comportamento econômico e individualista, e, buscando a satisfação de seus interesses não fornecem as informações claras e precisas na fase das tratativas, alimentando confiança e expectativas falsas.

As informações trocadas entre as partes na fase das tratativas são decisivas para a análise individual de oportunidade e conveniência do negócio jurídico a ser realizado. Análise esta que fundamenta a escolha de concretizar ou não o negócio. Este trabalho teve como principal objetivo analisar a relevância

¹⁵³ ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014, p. 142

¹⁵⁴ ARAÚJO, F. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

da informação na fase antecedente à formação do contrato, em que indivíduos buscam conciliar seus interesses para realizar uma determinada operação.

Por meio de uma abordagem jurídica e econômica, foi possível apurar como a assimetria informacional aliada à racionalidade econômica pode conduzir as partes a um comportamento oportunista. Revelou-se a contribuição da ciência econômica, ao tratar o comportamento humano nesta fase pré-negocial descrevendo a relação entre alocação dos recursos escassos, individualismo e racionalidade maximizadora, evidenciando-se como mecanismo útil para identificação desse oportunismo.

Sendo a troca de informações na fase pré-contratual fundamental para o adequado desenvolvimento das negociações para que estas reflitam em resultado positivo equilibrado para ambas as partes, constatou-se que a assimetria informacional resulta em uma falha de mercado propícia ao abuso de direito. O oportunismo foi identificado como uma violação ao princípio da confiança e legítimas expectativas geradas, constituindo a justificativa central para a intervenção na relação privada.

O comportamento oportunista obstaculariza o alcance da eficiência econômica do contrato e do bem-estar-social, na medida em que se manifesta contrário aos princípios de base constitucional e direitos fundamentais, como é o caso da boa-fé e da função social do contrato. A finalidade de se atribuir maior concretude à boa-fé na fase pré-contratual consiste em incentivar a cooperação e a lealdade, garantindo que a retenção das informações não seja oportunista, não prejudique o consentimento da contraparte e não seja causa de danos após a conclusão do contrato.¹⁵⁵

Assim, preocupando-se com a necessidade de manutenção da função social do contrato, a tarefa do jurista pode ser mais justa e adequada quando

¹⁵⁵ ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017, p. 222.

compreendido o comportamento humano, pois não há como interpretar um objeto sem conhecê-lo, o que lhe impõe certas dificuldades.

Neste contexto, a contribuição da economia também permite uma aplicação mais eficiente da boa-fé contratual e da responsabilidade civil, produzindo decisões mais adequadas não apenas sobre a perspectiva de uma determinada relação, mas para que essa também seja eficaz em dissuadir as partes a se comportarem de forma oportunista.

Considerando os impactos econômicos negativos sobre os contratos e os danos deles decorrentes, principalmente pelo comportamento oportunista na fase pré-contratual, é relevante a classificação e o reconhecimento no direito brasileiro da responsabilidade civil por rompimento do princípio da confiança e do dever contratual de boa-fé.

O conteúdo da indenização consiste nos danos decorrentes da quebra da confiança e das justas expectativas criadas na fase pré-contratual, o que se dá através da troca de informações e influi diretamente na formação da vontade. Trata-se da responsabilidade civil por dano de confiança.

Diante desse enfoque é possível estabelecer critérios e limites objetivos para a utilização da boa-fé como baliza do dever de informar e da responsabilidade civil decorrente de seu descumprimento na fase pré-contratual, entre eles: 1) a comparação entre os lucros auferidos pela parte com a onerosidade imposta à contraparte; 2) constatação de desequilíbrio prejudicial, como a onerosidade excessiva; 3) se a informação que poderia ter sido concedida razoavelmente pela parte beneficiada foi determinante para o dano; 4) se a punição é capaz de coibir reiteração do comportamento oportunista e induzir a cooperação contratual no meio social.

Através desses critérios e da atribuição de uma nova significação às condutas oportunistas, sob a ótica do princípio de boa-fé, a definição dos danos causados e a responsabilização pela conduta antijurídica constituem, na forma da responsabilidade civil por dano de confiança, uma ferramenta eficaz para conter os efeitos do poder econômico e promover a construção de uma sociedade livre, porém justa e solidária.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR. A boa-fé na relação de consumo. *Revista do Direito do Consumidor* n. 14. São Paulo: RT, abr-jun, 1995.
- ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.
- ARAÚJO, F. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014.
- AUDI, A. C. B. *O atual papel da culpa na responsabilidade civil extracontratual*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008.
- AUER, Marietta. *The Structure of Good Faith: a comparative study of good Faith arguments*, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=945594>>. Acesso em 28 out 2018.
- BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação, conclusão e prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- COOTER, R. ULEN, T. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. – In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.
- FAURE, M. G.; LUTH, H. A. *Behavioural Economic in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations*. *J Consum Policy*, 34, 2011.. In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.
- FRADA, M. A. C. P. *Teoria da confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004
- FRADERA, Vera Jocab de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continente europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de informação legislativa*. Brasília. Ano 34, n. 136, out/dez, 1997.
- FRITZ, K. N. *Boa-fé objetiva na fase pré-contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 227.
- GARCIA, R. L. *Deveres de conduta decorrentes da boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos à luz do Código Civil e da Constituição Federal*. Tese (Doutorado) – Faculdade Direito, Pós-Graduação da Faculdade de Direito, PUCRS. Porto Alegre, 2010.
- GORSKI, G. P. *A economia da responsabilidade pré-contratual e contratual*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.

- HUME, David. *Tratado da natureza humana*. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2009
- KOTRITSKY, J. P. *Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem*. In *Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve*, 2008. – In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.
- LEWICKI, R.; SAUNDERS, D; BARRY, B. *Fundamentos da negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014. – In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.
- LORENZETTI, R. L. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem. Notas: Cláudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MACAGNAN, C. B. *Jogo contratual e jogo da negociação*. In: MACAGNAN, C. B. (coord.) *Compras. Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços*. Porto Alegre: Entremeios, 2010.
- MARCONI, M. A. LAKATONS, E. M. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 22.ed. Atlas: São Paulo, 2007.
- MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: novo regime das relações contratuais*. 4.ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.
- MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. Ed. São Paulo: RT, 2000.
- MARTINS-COSTA, J. *Ação Indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo*. Revista dos Tribunais. Ano 92, v. 812, jun. 2003, p. 82.
- MARTINS-COSTA, J. *A Boa-fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MCKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.– In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.
- MERCURO, Nicholas. MEDEM, Steven G. *Economics and the law*, 1997. – In ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014.
- MIRAGEM, B. *Abuso do Direito. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- MOISÁ, B. *La buena fe em los contratos por adhesión*. In: CÓRDOBA, M. M. (Director). *Tratado de la Buena Fe em el Derecho*. 1 ed. Buenos Aires: La Ley, 2004, v. 1, p. 419-429. In: SILVA, L. V. C. *A boa-fé objetiva na fase pré-*

contratual como instrumento de prevenção ao superendividamento do consumidor. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2010, p. 89.

MORAIS, E. *O princípio da confiança nas relações contratuais civis e consumeristas*. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2144>>. Acesso em 12 de novembro de 2018.

MORAES, M. C. B. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEGREIROS, T.P. A. T. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do princípio de Boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 – *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY, C. L. *A relevância da informação como fator moderador da eficácia nos contratos: variações e reflexos no contratos de seguros*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS. Porto Alegre, 2015.

NORONHA, F. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

PATRÍCIO, M. C. T. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005

PESSOA, C. L. C. *A boa-fé nos contratos relacionais: análise da solução cooperativa para a preservação do equilíbrio nos contratos bancários*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Fortaleza. Fortaleza, 2013.

PORTALUPPI, E. A. *Violação à boa-fé objetiva: Novas perspectivas à luz da dignidade humana e da solidariedade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. Londrina, 2015.

POSNER, R. A. *Economic analysis of law*, 7th ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007.

ROBBINS, L. *An Assay on the Nature and Significance of Economic Science*, 1035 – In: ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014.

ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.

ROUSSEAU, D; SITKIN, S; BURT, R; COLIN, C. Not so diferente after all: a cross-discipline view of cooperation in organizations. *Academy of Management Journal*, v. 38, n. 1, fev. 1995, p. 25 In: ROSTRO, B. M. *Contribuições da análise econômica do direito para a fase pré-contratual*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.

- SABADIN, M. G. *Autonomia privada e licença para mentir – uma investigação sobre a possibilidade de limitação contratual da responsabilidade por dolo*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2015.
- SCHAFER, H.; OTT, C. *The economic analysis of civil law*, 2004. – In: ARENHART, F. S. *A boa-fé na relação contratual: Uma abordagem de direito e economia*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2014.
- SCHREIBER, A. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SILVA, C. C. *A obrigação como processo*. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SILVA, L. V. C. *A boa-fé objetiva na fase pré-contratual como instrumento de prevenção ao superendividamento do consumidor*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Rio de Janeiro, 2010.
- SILVA, J. C. F. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SOBRAL, C. *Responsabilidade pela quebra do princípio da confiança*. Disponível em: < <https://blog.cristianosobral.com.br/responsabilidade-pela-quebra-do-principio-da-confianca/> >. Acesso em 13 de novembro de 2018.
- TADEU, S. A. O dever de informar: Considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e no CC. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, abr. 2006
- TAVARES, C. K. *O princípio da solidariedade social nas relações entre particulares: implicações da boa-fé objetiva na interpretação dos contratos empresariais*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Direito, PUCRS. Porto Alegre, 2017.
- TONIAL, N. R. G. *Contrato, Repersonalização e Constituição: a concretização da dignidade da pessoa humana pelo princípio da boa-fé objetiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2007.
- USTARRÓZ, D. *Direito dos Contratos. Temas atuais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- ZANETTI, C. S. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.