

# Responsabilidade civil pré-contratual

*Mario Sérgio Menezes*<sup>1</sup>

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A *culpa in contrahendo* e o papel que desempenhou no reconhecimento de outra via, ao lado da responsabilidade extracontratual e contratual. 3. Hipóteses que se sujeitam à aplicação da responsabilidade pré-contratual. 4. O dano na responsabilidade pré-contratual. 5. A responsabilidade pré-contratual no Direito Civil brasileiro. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

Questão importante diz respeito aos danos experimentados antes do contrato ser concluído ou consumado, isto é, antes das partes formarem o vínculo contratual, através de manifestação ou consentimento em relação ao objeto ou à prestação ou, mesmo tendo se formado, se deu com algum vício ou impedimento.

A doutrina dominante a apresenta como uma especial relação obrigacional surgida entre os participantes nas negociações, ligada por força do princípio da boa-fé e, segundo uma corrente teórica, ao contrato social, para outros a uma relação contratual fática ou no comportamento social típico das negociações, ou simplesmente por lei<sup>2</sup>.

Tal conceito se afirmou, entretanto, depois de várias teorias terem sido desenvolvidas. Quando o tema começou a ser enfrentado, existia apenas a clássica representação ligando a responsabilidade civil a um contrato ou a um fato ilícito extracontratual. A insatisfação em não conseguir encontrar um enquadramento nesse sistema para o pro-

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Limeira/SP.

<sup>2</sup> PINTO, Carlos Alberto da MOTA, *Cessão da posição contratual*, Coimbra: Atlântida, 1970, p. 24, indica os autores Thiele, Esser, Larenz, Canaris e Hildebrandt.

blema dos danos causados por um contrato nulo deu origem à noção de *culpa in contrahendo*.

O texto de Jhering emergiu de suas preocupações com a falta de proteção do destinatário de uma declaração de vontade<sup>3</sup>. O autor utilizou a expressão para dar a noção de uma responsabilidade por culpa na formação do contrato e limitou-a na aplicação a contratos nulos e restringiu a indenização ao interesse negativo.

A partir desse estudo inicial, sobrevieram-lhe e somaram-se outras teorias, iniciando-se um processo de alargamento do conceito e assistiu-se entre outras, a do pacto tácito, a do negócio unilateral e a do mandato. Em todos esses processos, há o recurso a uma ficção, a um dado artificial no plano de investigação metodológico.

Na justificação da responsabilidade pré-contratual recorreu-se a argumentos baseados na ficção contratual ou negocial por refração da consciência e vontade dos interessados<sup>4</sup>. Ela, todavia, devido a uma persistente investigação científico-teórica promovendo um alargamento dos horizontes, veria sua base justificadora numa relação de confiança entre os sujeitos das negociações, como uma relação obrigacional em processo de formação visando garantir uma proteção às partes durante as negociações, utilizando a boa-fé em sentido objetivo como seu alicerce dogmático.

A relevância do tema aqui tratado prende-se ao fato de as relações pré-negociais não terem recebido uma consagração formal no nosso atual direito privado, ao contrário do que ocorreu noutros sistemas que a consagraram, v.g., na Alemanha e em Portugal.

Assim, como ele não fornece, desde logo, uma resposta positiva, o papel da jurisprudência e da doutrina assumem demasiada importância como meios de solver o enquadramento conceitual de problemas práticos.

A noção de responsabilidade pré-contratual em todos os sistemas legais privados da atualidade está ligada indiscutivelmente à boa-fé objetiva, como princípio informador geral do tráfico e resulta da in-

3 JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1. O autor, na abertura de sua obra explica, “[...] durante a exposição da doutrina do erro existia desde há anos um ponto que me suscitava grandes dificuldades, ao qual não conseguia dar uma resposta satisfatória: a questão de saber se o errante não responde perante a contraparte pelo dano que, por sua culpa lhe causou.”

<sup>4</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. Op. cit., p. 25.

fração de deveres considerados no comportamento dos negociadores como obrigatórios logo no contato preparatório. Ao comportamento que é exigido soma-se a ideia de responsabilização objetiva. O problema, pelo que se observa dos julgados acompanhados, é tratado pelos Tribunais, dessa forma. Nas decisões, em sua maioria, foram encontrados os aspectos referidos, as quais exprimem a ideia de sua sujeição às mesmas regras que disciplinam a responsabilidade por violação a uma obrigação contratual, principalmente com aplicação da regra de atribuir o ônus da prova da falta de culpa ao devedor, ou seja, àquele a quem se imputa a violação a um dever de declaração ou de cuidado, em suma, infração a um dever de comportamento (exigido objetivamente pela boa-fé) no período do tráfico.

Enfim, necessário à apresentação do tema responsabilidade pré-contratual, não apenas colher os dados históricos, inicialmente no campo das regras sobre a culpa, mas para mostrar como nosso sistema, seguindo a influência de importantes sistemas jurídicos, embora não a tenha regulado positivamente, reconhece a possibilidade de um dano resultar dos contatos preliminares à formação do contrato e como coube à jurisprudência exercer este papel.

## **2. A culpa *in contrahendo* o papel desempenhado no reconhecimento de outra via, ao lado da responsabilidade extracontratual e contratual**

A responsabilidade civil é genericamente definida como a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. É uma obrigação que aparece para produzir efeito e despertar interesse jurídico em decorrência de duas principais hipóteses bem definidas como fato gerador: a contratual e a extracontratual. Seu reconhecimento está polarizado entre figuras classicamente conhecidas: culpa contratual ou extracontratual.

Mas, ao lado daquelas duas figuras de responsabilidade, desenvolveu-se uma via para explicar o cabimento da reparação em decorrência de certos contornos particulares verificado na fase que antecede a conclusão do contrato<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> PINTO, Paulo Mota. Em nota introdutória à tradução da obra de Jhering, op. cit., p. VI: A responsabilidade civil, historicamente, sempre foi e é vista, ao longo dos estudos que lhe foram dedicados, de acordo com os conceitos em que ela é apresentada, como sendo contratual ou extracontratual. No

Foi Jhering quem, no seu *Culpa in contrahendo* ou *indenização em contratos nulos* ou não chegados à perfeição, publicado em meados do século XIX, ofereceu a origem da noção da responsabilidade pré-contratual, permitindo, com seu trabalho (o qual viria receber várias e seguidas reformulações), que um conceito fosse desenvolvido, culminando por consagrar um regime próprio e autônomo, da responsabilidade na formação do contrato. Isso se verificou nos sistemas jurídicos privados da Alemanha, no § 242 e nos § 311 (2) 1.2.3 do BGB<sup>6</sup>, em Portugal, no art. 227º do Código Civil<sup>7</sup> e na Itália, no art. 1.337 do Codice Civile<sup>8</sup>.

Jhering partiu dos estudos das fontes romanas para dar base à sua teoria e fortalecer a ideia de que existiria uma relação entre a culpa na formação do contrato nulo e na sua conclusão. Naquela época, prevalecia o conceito de impossibilidade de calcular indenização por danos originados na fase pré-contratual se o contrato que se formara fosse, posteriormente, declarado nulo. Prevalecia o conceito baseado na tese que ditava que uma declaração nula não poderia gerar efeito algum, pois, o contrato que não chegou a se formar exclui a ação para seu cumprimento.

---

séc. XIX, inicialmente com JHERING, foram apresentados outros conceitos para explicar situações que não se apresentavam bem definidas naqueles de responsabilidade contratual ou extracontratual. Especificamente sobre o artigo deste autor escreveram Eike Schmidt, Hermann Staub, Erich Schanze, Dieter Medicus, Ulrich Falk/Heinz Mohnhaupt e em língua portuguesa, Menezes Cordeiro em capítulo inteiro dedicado a explicar a teoria da *culpa in contrahendo*, na obra *Da boa fé no Direito Civil*.

<sup>6</sup> § 242 - Treu und Glauben als Gestaltungskriterium des Schuldverhältnisses - Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Boa-fé como critério de realização da relação obrigacional - O devedor está obrigado a realizar a prestação como exige a boa-fé aliada à atenção aos usos do tráfico. § 311 - Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse; (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abschnitt 2 entsteht auch durch; 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen; 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder; 3. ähnliche geschäftliche Kontakte - Relação obrigacional jurídico-negocial e semelhante à jurídico negocial. (2) Uma relação obrigacional, com os deveres decorrentes do § 241 inciso 2 surge ainda através: 1. do início de negociações contratuais; 2. da preparação de um contrato, através do qual uma parte, com vistas a uma eventual relação negocial, permite à outra parte a possibilidade de atuar sobre seus direitos, bens jurídicos e interesses, ou confia-lhes os mesmos; 3. de contatos semelhantes aos negociais.

<sup>7</sup> Art. 227º nº 1 - Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder culposamente pelos danos que causar à outra parte.

<sup>8</sup> Art 1.337 - Trattative e responsabilità precontrattuale - Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366, 1375, 2208). Tratativas e responsabilidade pré-contratuais - As partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, devem se comportar segundo a boa-fé.

A elaborada teoria de Jhering sustentava a tese em que a nulidade do contrato, de fato, exclui uma ação para exigir seu cumprimento, mas não a ação de indenização por culpa.

E, para tal, o autor vai recorrer a um argumento pelo qual apresenta, em princípio, a importância da *diligentia* aplicada não somente na conclusão, mas a necessidade de exigir dos negociadores aplicá-la já no início da contratação; é isto que justificaria submeter os negociadores às regras da culpa. Não seriam apenas nas relações formadas que se esperaria a aplicação de diligência pelos futuros contratantes, mas, antes, as relações em formação deveriam também estar sob tal aplicação e protegidas pelas regras da culpa<sup>9</sup>.

Para legitimar a indenização por *culpa in contrahendo* Jhering explica existir no período que antecede a contratação um momento chamado interesse contratual negativo. A primeira justificativa para demonstrar a existência desse momento Jhering retirou do texto das Institutas, na expressão atribuída a Modestinus: *quod eius interfuit, ne deciperetur*. O interesse contratual negativo corresponde, por tal expressão e pelas formulações aperfeiçoadas pelo autor, que viriam a obter o reconhecimento da doutrina posterior, ao direito de se obter satisfação do interesse que se tem em não ser enganado.

O ressarcimento pelo interesse positivo corresponde à conclusão de um contrato válido. Ao contrário, no negativo, não há tal requisito e o ressarcimento surgiria não pelo contrato ser nulo, mas porque a parte na suposição de que deveria ter conhecimento da nulidade, porém não cuidou de evitá-la, da causa, em razão de tal conduta, a um dano a outra parte<sup>10</sup>.

Ao expor seu pensamento sobre a natureza jurídica da *culpa in contrahendo*, justificando a importância de tal tema pela necessidade de ser-lhe dado um tratamento dogmático, afirmando ainda não ser

<sup>9</sup> Cf. palavras do próprio autor: “[...] operar com o conceito de *culpa in contrahendo* como um dado e desenvolver as suas conseqüências. Resumo, para este fim, a minha teoria com a seguinte frase: O imperativo da *diligentia contratual* vale, tal como para *relações contratuais formadas*, também para *relações contratuais em formação*, uma sua violação fundamenta aqui, como ali, a *acção contratual de indemnização*.” Op. cit., p. 40-41.

<sup>10</sup> Jhering explica sua teoria sobre o interesse sob a forma de exemplo: “O interesse do comprador pode, na nossa relação, ser concebido de duas maneiras: segundo uma delas, como o interesse [...] no cumprimento [...]; diversamente, como um interesse na não conclusão do contrato - aqui receberia o que teria tido se a realidade exterior da conclusão do contrato não se tivesse de todo verificado.” Op. cit., p. 12.

suficiente apenas reconhecer a obrigação de uma indenização, o autor afasta-a da culpa extracontratual e argumenta que no tráfico contratual (relação em formação) os comportamentos e afirmações dos sujeitos devem conter os mesmos elementos que compõem a relação formada. A falta de um desses elementos no tráfico corresponderia a uma negligência ou imprudência assim como sucede no contrato formado e epossibilitaria o reconhecimento da responsabilidade.

Como explica Carlos Alberto da Mota Pinto, na sua dissertação do curso de Ciências Jurídicas elaborada em 1960, no posicionamento adotado por Jhering para enquadrar a natureza jurídica:

Há como que uma validade parcial do contrato nulo. Daí a culpa na formação dos contratos seja uma culpa contratual, pois é conforme a intenção das partes. Em coerência com essa ideia, o grau de *diligentia in contrahendo* exigível é o mesmo que se considera necessário *in contractu*.<sup>11</sup>

Menezes Cordeiro<sup>12</sup> também explica que na fundamentação jurídica da *culpa in contrahendo* elaborada por Jhering pode-se considerar que ela apresenta como base o próprio contrato concluído com nulidade, no qual o autor distinguiria no contrato dois objetivos distintos, o principal e os secundários e a nulidade atingiria só o primeiro, enquanto o comportamento de uma das partes que tivesse ou deveria ter conhecimento do óbice constituiria a causa para obrigá-la a indenizar a outra pelo interesse contratual negativo; conclui que foi por tal aspecto que ele considerou sua natureza como contratual.

O posicionamento de Jhering, ao emprestar à *culpa in contrahendo* uma feição de culpa contratual numa “vertente específica”<sup>13</sup>, com aplicação dos mesmos princípios e regras atribuídos a esta, viria a ser criticado pela literatura posterior.

O próprio Jhering abandonaria a noção de culpa subjetiva, posteriormente – quase oito anos depois de apresentar sua obra:

<sup>11</sup> Responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, supl. XIV, p. 223, 1966.

<sup>12</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 530.

<sup>13</sup> Jhering, op. cit., nota introdutória de Paulo Mota Pinto, p. XIV.

A teoria da *culpa in contrahendo*, por mim proposta, na medida em que lhe está subjacente uma concepção limitada de ilícito subjectivo, não faz justiça à própria idéia da relação em causa, e a minha formulação será com certeza superada por uma outra, mais objectiva.<sup>14</sup>

Interessante notar na obra de Jhering, embora sua intenção tenha sido a de demonstrar a aproximação da *culpa in contrahendo* às regras sobre a culpa contratual, que ela já continha traços dos elementos constitutivos da boa-fé o que a remetia a uma noção de responsabilidade objectiva.<sup>15</sup>

O texto original de Jhering propiciou a formulação de diversas teorias para compreensão dos diversos aspectos relativos ao regime da responsabilidade na formação dos contratos.

Carlos Alberto da Mota Pinto apresentou-as de forma ordenada dando-lhes enquadramento conceitual e as dividiu em dois grupos ao dar-lhes explicações dogmáticas. No primeiro grupo, conceituou-as de doutrinas negociais, e no segundo, de doutrinas legais.<sup>16</sup>

As teorias negociais e as teorias legais procuraram demonstrar a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. Enquanto as primeiras utilizaram o negócio jurídico como fundamento, as segundas buscaram se afirmar num direito objectivo.

<sup>14</sup> Op. cit., p. XII, tradução de Paulo Mota Pinto.

<sup>15</sup> Jhering utiliza a seguinte explicação para fazer distinção entre os elementos que ocorrem nas relações extracontratuais e no tráfico contratual para justificar que a *culpa in contrahendo* está fundamentada nas regras da culpa contratual, mas já faz referência a símbolos que só aparecem e eram considerados na relação contratual: a confiança e a boa-fé: “[...], no tráfico contratual, em que justamente essas afirmações devem adquirir força vinculante, cada pessoa pode esperar da contraparte a comprovação de que elas se baseiam na boa-fé, pois cada um não está normalmente de todo em posição de poder realizar essa comprovação.” Op. cit., p. 32.

<sup>16</sup> No primeiro grupo o autor incluiu a teoria de Jhering, que chamou de contrato definitivo, a do negócio de garantia de Drexler, Krückman, Heck, a do negócio jurídico unilateral de Stoll, a do mandato de Scheurl, a da gestão do negócio de Coviello, a quase-contratual de Reichgericht, a doutrina dos efeitos preliminares do negócio jurídico. No segundo grupo, incluiu a teoria de Fagella, a da boa-fé de Windscheid, as extra-contratuais da violação dum direito absoluto *erga omnes* de De Cupis e Mazeaud, as que afirmam resultar a responsabilidade pré-contratual da violação de uma obrigação *ex lege*, de TUHR, Heldrich Hildebrandt von, *Responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p. 220.

Os argumentos baseados em negócio jurídico, utilizados para classificar as teorias negociais traziam:

Ideia de que, ao iniciarem negociações preliminares, as partes celebrariam um contrato preparatório que, independentemente dos frutos da fase pré-negocial, regularia os deveres de informação e de cuidado, base da *culpa in contrahendo*.<sup>17</sup>

Por outro lado, as teorias legais se amparam em referências da própria lei, ou seja, a responsabilidade pré-contratual resultaria de violação de deveres pré-contratuais impostos pela lei; por outras palavras, tal literatura apresenta a ideia de uma responsabilidade sem recorrer à culpa, sem fazer alguma referência à vontade das partes.<sup>18</sup>

A evolução subsequente dos estudos, que continuaram a surgir, avançou significativa concepção baseada na tese de uma relação contratual de fato e na confiança, elementos estes que são abrangidos pela boa-fé. Isso firmaria a boa-fé como elemento matriz na concepção dogmática da responsabilidade pré-contratual.

A teoria das relações contratuais de fato foi originariamente apresentada por Günther Haupt<sup>19</sup>. Sua linha de fundamentação se assenta na tese de existir a possibilidade de se reconhecer a constituição de relações jurídicas independentes das declarações negociais, por força dos contatos sociais. Ela estabelece existir uma relação obrigacional na fase das negociações, cuja fonte é a lei e um determinado comportamento social típico. Ela não se ocupa de colocar em relevância o propósito a um negócio jurídico.

Explica Carlos Alberto da Mota Pinto tratar-se de um:

<sup>17</sup> CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Op. cit., p. 537.

<sup>18</sup> Assim explica Menezes Cordeiro, op. cit., p. 539-543; cf. também Carlos Alberto da Mota Pinto in: *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, p. 234.

<sup>19</sup> Menezes Cordeiro expõe que a orientação desta teoria apresenta, essencialmente, que certos comportamentos materiais possibilitariam configurar espécies de relações jurídicas de tipo contratual, “independentemente de declarações negociais e sem correspondência nos deveres legais tradicionais”. Op. cit., p. 555.

[...] novo quadro jurídico, formado para além do sistema legal, por exigências indeclináveis, segundo os defensores da sua autonomia, do tráfico jurídico hodierno. De então para cá, esta teoria das relações contratuais de facto ou, como prefere Larenz, dos comportamentos sociais-típicos constitui, simultaneamente, um dos campos de observação prioritários da doutrina e o fio condutor duma corrente jurisprudencial consolidada.<sup>20</sup>

Às figuras da teoria das relações contratuais de fato foram acrescentados outros importantes elementos, atribuindo-se tal feito a Dölle. Procedeu a apresentar quatro tipos de deveres ligados ao comportamento no tráfico, alçando-os a conceitos jurídicos eficazes, destacando a importância da confiança como essencial para a *culpa in contrahendo*.

Da apreciação da teoria das relações contratuais de fato, surge, assim, a da confiança.<sup>21</sup>

A boa-fé tem um papel a desempenhar a partir deste ponto, que a colocará como alicerce na fundamentação da responsabilidade pré-contratual conectando o comportamento dos negociadores a certos deveres de conduta também chamados laterais.

Até agora, descreveram-se construções dogmáticas para o enquadramento da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual e o grande dilema enfrentado foi o de encontrar o limite entre o espaço ocupado pela autonomia privada e uma responsabilidade por *culpa in contrahendo*. Uma constatação relevante que se extrai do estudo das doutrinas é o de que a *culpa in contrahendo* ocupa um espaço estreito no quadrante da responsabilidade pré-contratual. Isso se deve, embora as doutrinas não a digam de forma expressa, à preocupação em destacar a importância da autonomia privada nos diversos cenários pré-negociais.

A respeito disso, observou Menezes Cordeiro, que:

<sup>20</sup> *Cessão da posição contratual*. 1970. p. 257.

<sup>21</sup> Menezes Cordeiro explica que o autor “[...] introduz, no debate, as ideias de confiança, e da necessidade da sua protecção, do escopo do negócio e do respeito pelos patrimónios de cada um.” E que ele se preocupou em demonstrar que a situação de confiança é fundamental para o reconhecimento dos deveres pré-contratuais. Op. cit., p. 560-561.

[...] o entendimento definitivo do que possa ser a *culpa in contrahendo* implica o perguntar pelo sentido do comércio privado e pela dimensão das esferas particulares tuteladas. A questão coloca-se na dimensão concretizadora posta pelo inter-re-lacionar de dois sujeitos, cujos comportamentos, quando não sejam indiferentes, devem apresentar um enlevo que o Direito sancione pela positiva. A remissão formal para a boa-fé reúne todas as condições para, sem compromissos, exprimir estas exigências.<sup>22</sup>

O referido autor acentua que ela possui os atributos necessários, porque:

Pela tradição romanística está vocacionada para normativar as relações entre pessoas específicas [...] para reger o tráfico negocial. Pela sua dimensão sistemática [...] deve ter um qualquer sentido global. Pela elaboração científica, ela permite ver luz onde [...] reina o empirismo. Pela sua consagração legal, ela confere a todas as soluções que patrocine, uma viabilidade [...]<sup>23</sup>

De acordo com essa afirmação está Carlos Alberto da Mota Pinto que, ao explicar a presença, na fase pré-negocial, dos deveres de comportamento ou deveres laterais, não somente como elementos das relações contratuais, assinala que: “Resultam esses deveres especiais, não decerto duma manifestação negocial específica, mas do comando da boa-fé, como princípio geral do tráfico, aplicável, logo, ao contacto negocial preparatório.”<sup>24</sup>

Sem dúvida, a evolução se deve à teoria da confiança, como viria reconhecer a doutrina moderna.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Op. cit., p. 563.

<sup>23</sup> Op. cit., p. 563.

<sup>24</sup> *Cessão da posição contratual*. p. 351.

<sup>25</sup> “Através da responsabilidade pré-contratual tutela-se diretamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração.” (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 271.). Entre os brasileiros, observação também feita por Antônio Chaves em *Responsabilidade pré-contratual*, 2. ed., São Paulo: Lejus, 1997, p. 141; Vicente Ráo,

A esse respeito, a importância da confiança, no seu sentido jurídico, destacou Regis Fichtner Pereira que ela deva ficar bem delimitada no campo da responsabilidade pré-contratual, evitando-se a indevida ampliação de seu alcance e uso indiscriminado para justificar uma reparação. Explica o autor que:

A confiança que uma parte incute na outra, de que estão negociando para valer, tem no campo jurídico sentido mais restrito, já que não está em jogo o caráter puramente subjetivo da crença, no sentido de esperança, de uma parte, no sucesso das negociações. Está em questão a confiança decorrente de atos materiais da outra parte, que criam uma expectativa qualificada de que as partes chegarão a um consenso.

A constatação da presença do requisito da confiança na celebração futura do contrato não se dá levando-se em consideração o aspecto subjetivo da representação mental que o contraente faz, ao avaliar as chances de conclusão do negócio, mas sim através da constatação da existência efetiva de elementos externos que possam levá-lo a confiar na celebração do contrato.<sup>26</sup>

É também apontada por Francesco Benatti a importância da confiança como elemento que configura o “pico” para reconhecer uma situação ensejadora de responsabilidade, no período que vai do início dos contatos até a sua conclusão.<sup>27</sup> O autor explica, com apoio em Mengoni<sup>28</sup>, que o momento de relevância resulta do estabelecimento da confiança no tráfico dos contatos:

---

Relações pré-contratuais, *Justitia*, v. 20, p. 75, 1958; Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, t. 38, §§ 4.242 e 4.243, p. 321.

<sup>26</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 330-331.

<sup>27</sup> “Dalla lettera dell’art. 1337 si desume che l’obbligo di comportarsi secondo buona fede sorge nel periodo che va dalle trattative alla conclusione del contratto; ... resta ancora imprecisato l’esatto momento in cui nasce quel dovere, cosicché rimane aperto un problema di particolare importanza.” BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963. p. 19.

<sup>28</sup> *Rev. Dir. Comm.*, II, p. 370, 1956.

Nel momento in cui sorge nei confronti di una o di ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra. [...] la semplice dichiarazione di volere entrare in trattative è da ritenersi irrilevante, potendo la persona cui è rivolta non aderirvi. Occorre che a tale dichiarazione faccia seguito l'altrui fiducia nella serietà dell'invito, fiducia che rappresenta veramente la circostanza determinante che dà avvio alle trattative, e perciò rappresenta l'ulteriore presupposto che, insieme con l'offerta, integra il fatto costitutivo dell'obbligo di buona fede. Non è dunque senza significato l'equazione proposta nella letteratura giuridica tedesca: rapporto pre-contrattuale = rapporto di fiducia.<sup>29</sup>

No encerramento do ciclo de desenvolvimento da concepção dogmática, obteve-se certa unidade em torno da natureza jurídica da *culpa in contrahendo* ser contratual que se baseia numa relação obrigacional marcada somente por deveres de comportamento, sem a presença de dever primário de prestação, conferindo-se à boa-fé, no tráfico, o sentido principal para legitimá-la.

### 3. Hipóteses que se sujeitam à aplicação da responsabilidade pré-contratual

As anotações anteriores procuraram apresentar os contornos teóricos da teoria da *culpa in contrahendo* e a função por ela desempenhada, que permitiu a compreensão dos aspectos referentes ao regime jurídico e levou ao reconhecimento de um conceito dogmático da responsabilidade pré-contratual.

Não é somente na hipótese típica de ruptura das negociações que haverá uma composição de elementos e pressupostos ao surgimento de uma responsabilidade pré-contratual.

Também nas hipóteses em que ocorre a formação do contrato, mas por um expediente enganador de um dos contratantes com apresentação falsa da realidade que conduz a uma conclusão equivocada,

<sup>29</sup> Op. cit., p. 20.

ou quando se verifica uma situação em que o contratante foi induzido a erro, ou, ainda, quando a demora na conclusão da negociação é premeditada por um dos contratantes para viabilizar outra negociação paralela, que não é do conhecimento daquele que negocia com o contratante que está na relação paralela.

Alguns exemplos de tais situações são dadas por Enzo Roppo:

Pense-se no comportamento de quem, durante as negociações, induz em erro a outra parte, fazendo-lhe crer que o objecto do contrato tem determinadas características (que aquele quadro é original, que determinado terreno é edificável, etc.) na realidade inexistentes, ou ocultando-lhe determinadas circunstâncias, para ela essenciais, com o propósito de valorizar o negócio; ou o comportamento de A, que maliciosamente prolonga umas negociações e, depois de ter incutido na outra parte, B, confiança, em torno da segura conclusão do contrato, interrompe-as bruscamente para fazer o negócio com C, com o qual já estava negociando às ocultas de B [...] Outras hipóteses de responsabilidade pré-contratual ocorrem quando uma parte impede a outra de se inteirar das circunstâncias relevantes para a valoração da conveniência do contrato (falseando a verdade ou simplesmente ocultando-a), ou quando coarta a vontade da contraparte, induzindo-a a concluir um contrato que esta não teria concluído.<sup>30</sup>

Em todos os exemplos, em comum há uma conclusão do contrato. Mas a fase que precedeu aquela foi a que a vítima das circunstâncias criadas para ganhar sua confiança não as aproveitou, quer porque a conclusão não lhe trouxe o proveito que ela esperava, ou porque teve despesas preparatórias para um contrato frustrado.

Nas situações descritas, também fica claro que o contratante responsável pelas situações criadas nos contatos, para embaraçar a con-

<sup>30</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 106-107.

clusão, não apresentou um comportamento segundo a boa-fé, sendo que, nas primeiras situações aproveita-se da confiança que a outra parte lhe depositara enquanto na segunda a induz a erro, com manifesto desejo de enganar: o chamando *dolus in contrahendo* do direito romano.<sup>31</sup>

Já a hipótese de responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações (fora da hipótese de contratos nulos) envolve aquelas situações em que se identifica a necessidade de reparação da parte, decepcionada na sua confiança, pelos gastos realizados durante as negociações preparatórias. A decepção atrás referida tem conexão com a conduta da outra parte que abandona ou interrompe, como se queira chamar, as negociações, sem justo motivo, depois de ter nutrido a parte contrária de uma séria confiança na conclusão do contrato.

Menezes Cordeiro usa critério diferente para distinguir esta última hipótese das anteriores. Divide-as em grupos e explica que a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações se “assenta num dever de lealdade entre as futuras partes no contrato” e para conceituá-la partindo da comparação com outros deveres, explica que:

Na lealdade, a censura *in contrahendo* não assenta tanto num âmbito informativo, mas antes no próprio comportamento assumido pelas pessoas [...] concretiza-se quando, de modo especialmente injustificado, se abandonem negociações em curso [...]<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Cf. exemplo dado por Benatti, do direito romano, da obra de Cícero, *De officiis*, III, 14: “Il cavaliere romano Canio, desiderando trascorrere i mesi estivi a Siracusa, voleva acquistarvi una villa. Il banchiere siracusano Pizio, venuto a conoscenza della cosa, invitò a cena Canio nella sua casa sul mare, non senza avere prima raccomandato ai pescatori del luogo di portare, la sera del banchetto, gran quantità di pesci. Così, il giorno stabilito, nel bel mezzo della cena, vengo i pescatori con cesti pieni di pesci. Stupito Canio domando: <<Quid est Pythi? tantumne piscium, tantumne cumbarum?>>. E Pizio: <<Quid mirum? Hoc loco est Syracusis quidquid est piscium, hic acquatio, hac villa isti carere non possunt>>. Allora Canio tanto insistette per acquistare la villa che Pizio [...] si lasciò convincere a venderla ad altissimo prezzo. Il giorno seguente invano cavaliere romano attese i pescatori. <<Quid facere? - si domanda Cicerone - nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas>>. Op. cit., p. 1.

<sup>32</sup> Op. cit., p. 551-552.

O autor aproveita-se da farta jurisprudência alemã do início da segunda metade do século XX e colaciona alguns julgados para exemplificar a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações.<sup>33</sup>

Régis F. Pereira também destaca que, na responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações, no centro da questão se coloca a proteção da confiança e como corolário disto vai ser observado o comportamento dos negociadores, ou seja, se agiram com lealdade e correção enquanto apenas tratavam de se preparar para contratar e antes de consumarem a conclusão saíram das negociações.<sup>34</sup>

É importante destacar, no âmbito deste tema ora analisado, haver uma diferença sistêmica entre a responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações da espécie de contrato denominado preliminar.

No contrato preliminar considera-se presente uma obrigação que visa à constituição de um contrato futuro. Neste, há a estipulação de se estabelecer um contrato principal. Nele devem ser observadas todas as características que se exigem do contrato. E, portanto, ele se apresenta como típico negócio jurídico. Ou seja, a proposta e a aceitação, em princípio, foram exprimidas e a negociação já atingiu uma forma contratual. Logo, o inadimplemento acarretará responsabilidade de natureza essencialmente contratual, por violação de obrigação contratual.

A responsabilidade pré-contratual por ruptura se projeta sobre a fase negocial, na qual predomina a autonomia da vontade. Este período é regido pelo princípio da liberdade contratual, porque neste as partes tratam de obter informações a respeito do objeto do negócio. Não há compromisso formado. É, portanto, um momento em que prevalece a autonomia privada, que consiste no direito potestativo conferido aos

<sup>33</sup> O julgamento BGH 6-Fev.-1969, MDR 1969, 641-642 (641) é especialmente dado como exemplo pelo A.: “explica-se aí que, se a pessoa não fica adstrita à celebração de um contrato por iniciar preliminares, deve responder se assumiu um comportamento tal, que suscitou a confiança da outra parte na conclusão”; também o julgamento BGH 12-Jun.-1975, NJW 1975, 1774: “condena a parte que, injustificadamente, interrompe as negociações destinadas à celebração de um contrato de licença, por esta, pela sua actuação pré-contratual, ter criado na contraparte a confiança justificada de que o contrato seria celebrado; a indemnização pauta-se pelos danos da confiança. Op. cit., p. 552-553.

<sup>34</sup> Observa o autor que: “O sistema jurídico deve proteger a confiança que um dos contraentes deposita no outro durante a fase das tratativas. Uma das maiores deslealdades que um contraente pode cometer a outro é ludibriá-lo no que respeita à sua verdadeira intenção, ou possibilidade, de constituir a relação contratual.” Op. cit., p. 291.

negociadores de encerrar as negociações, baseado na tese em que não se pode impor a ninguém firmar relação contratual tão somente por ter um mantido um contato, no qual buscou informações, demonstrou algum interesse, porém, sem emitir uma declaração de vontade específica.

A par disso, correto afirmar que na fase de negociação paira a incerteza em relação ao desfecho ou conclusão daqueles contatos.<sup>35</sup>

Os aspectos a serem examinados ao reconhecimento da responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações, desse modo, ao se considerar que nesta fase reina o princípio da liberdade contratual, concernem aos deveres de comportamento. É pela verificação da violação, por exemplo, dos deveres de lealdade, de consideração, de honestidade, que se estabelece a verificação de uma responsabilidade pré-contratual.

Um comportamento pautado pela lealdade, consideração, honestidade e informação, por exemplo, no plano das negociações, equivale ao comportar-se segundo os critérios exigidos pela boa-fé objetiva. Esta exige das partes, assim como na conclusão e execução do contrato, no período que antecede aquela, que elas tenham em consideração o interesse na expectativa de obtenção de êxito das negociações.

Essa exigência de ter em consideração não apenas o interesse próprio, mas também o interesse do outro, que parte da atuação da boa-fé, a qual impõe aos negociadores deveres de agir segundo um comportamento por ela ditado, tem um propósito principal e, não poderia ser outro, senão o da proteção da confiança.

#### **4. O dano na responsabilidade pré-contratual**

No que consiste o dano na responsabilidade pré-contratual e como se faz para medi-lo. É o comportamento inadequado (e o equivalente a uma declaração) de uma das partes, na formação do contrato, que enseja algum dano e o interesse da outra parte no ressarcimento não corresponde ao interesse que teria na conclusão contrato. Ele corresponde à recomposição da despesa que a parte suportou e que poderia ter sido evitada se não tivesse participado da negociação que não resultou no

<sup>35</sup> Explica Regis F. Pereira, op. cit., p. 283 que: “Quem inicia negociações para o estabelecimento de um contrato não o faz com a certeza de que a sua atividade trará resultados. A parte que está negociando um contrato assume o risco de despendar tempo e dinheiro sem obter qualquer resultado.”

contrato ou, mesmo que tenha resultado num contrato, mas que veio a ser considerado inválido.

A noção de interesse contratual negativo deve-se à teoria de Jhering. Este autor apresentou as bases do conceito sobre o interesse negativo na hipótese de indenização em contratos nulos ou imperfeitos. Assim, permitiu aos estudos que se sucederam como melhor compreender e situar o limite do dano na fase de negociação.

Na explicação de Jhering, a partir da utilização de exemplos com contratos nulos, o dano, no caso de interesse negativo, não se confunde com o dano positivo, que decorre da inexecução do contrato. Ele corresponde a um interesse negativo, porque resulta de não interessar a parte concluir um contrato nulo. O autor utilizou exemplos de contratos nulos ou imperfeitos para apresentar a teoria do interesse negativo e admitiu o cabimento de uma perda de lucro<sup>36</sup> e da perda equivalente à própria prestação<sup>37</sup>, no montante do dano, embora deixe claro que não há uma coincidência de fundamentos com danos emergentes e lucros cessantes.

Uma questão controvertida que foi abordada, também, pela literatura alemã, diz respeito à possibilidade do ressarcimento com base no interesse negativo superar o do positivo. Benatti, ao examinar o problema, esclarece que o próprio Jhering afirmara que uma pretensão ao ressarcimento por dano decorrente de um contrato nulo ou inválido não poderia ser superior àquilo que se conseguiria com a execução do contrato.<sup>38</sup>

Em se tratando de responsabilidade pré-contratual por ruptura imotivada das negociações, devido, em especial, à rigidez do princípio contratual, os primeiros estudos surgiram no sentido de considerar cabível apenas a indenização do interesse negativo, excluindo-se a pos-

<sup>36</sup> *Culpa in contrahendo...*, op. cit., p. 16: “A conclusão do pretensu contrato pode, porém, ter igualmente tido como efeito, para o demandante, a perda de um lucro, seja por ter aberto mão de uma outra oportunidade de conclusão do mesmo, seja por ter omitido cuidar oportunamente de uma tal possibilidade.”

<sup>37</sup> *Culpa in contrahendo...*, op. cit., p. 16: “O interesse negativo pode, em certas circunstâncias, atingir o montante do positivo.”

<sup>38</sup> Nas palavras do autor, *La responsabilità*, op. cit., p. 149: “[...] affermava Jhering, che il risarcimento del danno causato dall’invalidità o inefficacia del contratto non deve essere maggiore di quanto si sarebbe conseguito attraverso l’esecuzione del contratto.” Mais adiante o autor explica que a doutrina alemã afeiçou a tese de que: “[...] giustificare la limitazione dell’interesse negativo all’interesse positivo con considerazioni di carattere equitativo: invero - si sostiene - sarebbe ingiusto che un soggetto conseguia dalla invalidità del contratto vantaggi maggiori di quelli che avrebbe conseguito se il contratto fosse stato valido.”

sibilidade do dano compreender também o interesse no cumprimento do contrato.

Explica Regis F. Pereira que:

Nos casos de responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais não há ainda contrato estabelecido. Nenhuma das partes adquiriu direito a obter uma prestação. O que vem a ser frustrado pela ruptura das negociações é a sua expectativa na conclusão do contrato. Ocorre que os contraentes não dispõem de um direito ao estabelecimento da relação jurídica contratual, o que faz antever que não podem pretender serem indenizados pelas vantagens que o contrato, se estipulado iria lhes trazer.<sup>39</sup>

Afirma a mesma tese Enzo Roppo e apoia-se no art. 1.338° do Código Civil italiano:

Não tem direito (parte lesada) à soma equivalente ao interesse positivo (isto é, aos exatos proveitos que conseguiria se o contrato em questão se tivesse formado validamente e tivesse sido regularmente cumprido). Tem direito sim, à indenização do interesse contratual negativo, correspondente às vantagens que teria obtido somadas aos danos e despesas que teria evitado, se não tivesse iniciado as negociações, depois injustificadamente interrompidas pela contraparte, ou celebrado um contrato inválido (despesas suportadas por causa da condução das negociações e/ou da conclusão do contrato; proveitos que derivariam de ocasiões de negócio, alternativas à malogradamente prosseguida e abandonadas por causa desta última).<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Op. cit., p. 377 (O autor esclarece, no entanto, com referência a Wolfgang Küpper em nota de rodapé, que a doutrina alemã tem admitido a possibilidade dos danos pelo não cumprimento, ou seja, de ser cabível também o ressarcimento do interesse positivo).

<sup>40</sup> Op. cit., p. 108.

Apesar de parte da doutrina sustentar a possibilidade de resarcimento do chamando interesse positivo na responsabilidade pré-contratual pela ruptura das negociações, fundada na hipótese de ser comprovado que as negociações seriam convertidas no contrato, é entendimento majoritário que tal hipótese configuraria uma situação excepcional e de remota visualização. O entendimento prevalecente é no sentido de reconhecer a responsabilidade apenas do interesse negativo, já que o que se pretende aqui, com a reparação, é compensar o prejudicado decepcionado com o negócio frustrado e tal compensação não guarda nenhuma relação com o objeto do contrato não estabelecido, que constitui a prestação principal e, como não chegou a se estabelecer, não pode ser incluída no montante do dano<sup>41</sup>.

A literatura alemã, adaptando o conceito de interesse negativo às projeções que a teoria de Jhering difundiu, formulou o conceito de dano da confiança, que possui um alcance mais acentuado para acomodar os danos por ruptura das negociações. Tal conceito apresenta a tese de que é devida a reparação dos danos sofridos por uma parte baseada na legítima confiança depositada no comportamento da outra parte.<sup>42</sup> Explica Regis F. Pereira que:

[...] em matéria de responsabilidade pré-contratual pela não estipulação válida do contrato, alguns autores preferem falar em indenização dos danos decorrentes da confiança (*Vertrauensschaden*) [...]” A tese do dano da confiança permitiria uma compreensão perceptível do limite do dano na hipótese de responsabilidade pré-contratual por ruptura. Assinala o autor que: “Com essa fórmula, conforme acentua Larenz, se demonstra de forma mais clara que os danos se limitam aos prejuízos que a parte sofreu em razão de ter confiado na conclusão válida do contrato.”<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Cf. PEREIRA, Regis F. Op. cit., p. 385; CHAVES, Antonio, Responsabilidade pré-contratual, in: NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. II, p. 254 (Revista de Direito Civil, 23, jan.-mar./1983); COSTA, Mário Júlio de Almeida, *A responsabilidade civil pelas rupturas das negociações preparatórias de um contrato*, p. 75-76;

<sup>42</sup> FRITZ, Karina Nunes - *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*. RT 883 - maio/2009 - cita Maria Paz Garcia Ribo, *La responsabilidad precontractual em el derecho español*, p. 232, para quem o dano da confiança “é aquele que o lesado evitaria se não tivesse confiado, sem culpa, que, durante as negociações a contraparte cumpriria com os deveres inerentes aos imperativos da boa-fé.”

<sup>43</sup> Op. cit., p. 381-382.

Colocada a questão sob o conceito do dano da confiança, compõe a reparação tanto o prejuízo de natureza material, como o de caráter moral. Esse entendimento é preconizado por vários autores, segundo a tese que afirma configurar dano qualquer bem tutelado e reconhecido pela norma. Esta, presente em todos os sistemas jurídicos que adotaram o modelo romano, reconhece o direito a reparação por dano imaterial, de modo que ele não poderia ser excluído do âmbito da atuação da responsabilidade pré-contratual.

## 5. A responsabilidade pré-contratual no Direito Civil brasileiro

O novo Código Civil brasileiro (2002), que substituiu o antigo código de 1916, não recepcionou uma fórmula para tratar da responsabilidade na fase de formação dos contratos, depois de decorridos mais de 150 anos da divulgação da teoria de Jhering. O código revogado também não continha dispositivo legal para regulamentar o tema.

No Brasil, de maneira diferente do que se verificou nos países da Europa, cujos modelos (Alemanha e Itália, por exemplo) sempre foram seguidos pelo brasileiro, o campo normativo civil não é dotado de grandes movimentos para cobrir tal área da responsabilidade civil com figuras jurídicas específicas. Mas, se já existisse, permitiria aos tribunais aprimorar sua atuação voltada para interpretar as finalidades jurídicas da norma amoldando-as às realidades materiais subjacentes.

Enquanto na Alemanha o sistema jurídico civil (BGB) já era dotado do § 242 – usado como referência para designar a existência de uma expressão normativa da responsabilidade pré-contratual, embora não muito específica – o que viria a se tornar mais extenso com a reforma daquele sistema em 2001, quando se consagrou a figura da responsabilidade pré-contratual, com o acréscimo do inciso 2 ao § 311<sup>44</sup>, no Brasil a expressão normativa, que passou a ser usada como referência para designar um modelo de atuação da responsabilidade pré-contratual, foi a do art. 422 do Código Civil de 2002.

Da análise e interpretação da regra normativa alemã, conclui-se que a fase inicial das negociações, reconhecidas nas expressões pre-

<sup>44</sup> Ver supra, p. 4.

paração do contrato e contato negocial, é apresentada como fonte de obrigação; por outras palavras, a lei civil alemã, depois de uma contínua evolução metodológica científica, passou a considerar o contato negocial, se preenchidos os elementos da norma, como uma espécie de relação jurídica obrigacional.

Tal aspecto também é observado na lei civil portuguesa. O art. 227º, desde 1966, representa a recepção da *culpa in contrahendo* pelo sistema normativo daquele país. Menezes Cordeiro explica que a norma portuguesa também atribui à fase de negociação um caráter obrigacional:

Esclareça-se, ainda, sempre pela *culpa in contrahendo* portuguesa, a natureza da responsabilidade em jogo. Trata-se de uma responsabilidade obrigacional, por violação de deveres específicos de comportamento baseados na boa-fé.<sup>45</sup>

A situação no Brasil foi diferente. Couto e Silva, numa dissertação sobre o direito das obrigações, considerada excepcional, apresentou ponto de vista em que expõe a dificuldade dogmática em situar as fases de contato preliminar numa espécie de relação obrigacional.<sup>46</sup> Explica

<sup>45</sup> Op. cit., p. 585. A interpretação do autor à norma civil portuguesa faz notar, ainda, que ela permite o entendimento no sentido de não limitar os danos ao interesse negativo, alcançando o dano positivo, cf. suas palavras: “Por fim, sublinhe-se, na linha de RUY DE ALBUQUERQUE (192), de que foi dada conta oportuna, a inexistência, de qualquer motivo para limitar a responsabilidade do prevaricador ao interesse negativo ou de confiança: ele responde, como manda o art. 227º/1, por todos os danos causados, nos termos gerais, tendo em conta, segundo a causalidade adequada, os lucros cessantes, embora descontando, sempre de acordo com os princípios da responsabilidade, as vantagens advinentes da violação para o prejudicado e, designadamente, não havendo contrato válido, o facto de ele não ter de cumprir e de não correr os riscos inerentes às vicissitudes contratuais.”, também em p. 585.

<sup>46</sup> COUTO E SILVA, Clóvis V. do, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 76: “As atividades pré-contratuais, afirma alguns autores, constituem-se em atos concretos, dirigidos a pessoas também concretamente determinadas, revelando interesses, à sua vez, concretos. E, segundo este raciocínio, a situação diferiria da aplicação *usual do noeminem laedere*, porque se cuida de harmonizar, transigir, demonstrar vantagens e desvantagens, enfim, em cooperar para que se realize um ato jurídico. E a categoria do “contato social” deveria ser, forçosamente, a de ato-fato. Ora, temos então a primeira dificuldade: o ato-fato, ato material, é completamente indiferente à vontade e, em consequência, ao fim, como se deixou claro quando se tratou da tradição. É imprescindível, portanto, que exista um ato anterior que lhe dê sentido, porque o ato-fato como tal não o possui. Como restringir essa figura somente às atividades pré-contratuais? Se se tratasse de categoria na qual fosse inserida a vontade, a restrição viria em razão do fim constante no ato jurídico. Admitindo-se, porém, a figura do “contato social”, não poderá ele ficar adstrito às atividades pré-contratuais, salvo tratamento legislativo específico, como o fez o Código Civil italiano.”

o autor que não seria possível reconhecer a existência de deveres em concreto nesta fase, de modo que tal circunstância impossibilitaria incluir os contatos iniciais “no desenvolvimento da relação obrigacional”, devido a ainda não se ter revelado um propósito, porque também não se tem concreta a determinação da vontade, concluindo, com apoio em Nipperdey, que aquelas atividades iniciais “assemelham-se aos provenientes de um contrato, mas seu suporte fático é de ordem delitual.”<sup>47</sup>

O respeito pela obra de Couto e Silva e de outros consagrados autores levou uma parte da doutrina brasileira a não encaixar aquela situação numa relação jurídica obrigacional<sup>48</sup>. Preferiu-se a opção pela regra dogmática da culpa extracontratual, apoiando-se, no exame do comportamento das partes, ao aspecto culposo durante as negociações preliminares.

A doutrina reconheceu a importância e lhe agradeu a consagração do princípio da boa-fé objetiva no art. 422 do Código Civil dentro do sistema das relações contratuais. Mas mesmo tardia e, ainda, com formato de cláusula geral com menção expressa para as hipóteses de conclusão e execução do contrato, não faltou quem visse aí pano de fundo para possibilitar uma concepção dogmática da *culpa in contrahendo*.

Aconteceu que a doutrina e a jurisprudência brasileira optaram por reconhecer no art. 422 que havia nele reflexos para expressar uma figura da responsabilidade civil pré-contratual, como se viu do texto do enunciado 25, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.<sup>49</sup>

A jurisprudência brasileira não é tão farta em julgados que reconhecem a responsabilidade civil pré-contratual, fundamentada na tese de uma relação obrigacional jurídica, como acontece com a vasta

<sup>47</sup> Op. cit., p. 77.

<sup>48</sup> Apenas para citar alguns exemplos: RÁO, Vicente, *Relações pré-contratuais*, São Paulo: *Justitia*, v. 20, 1958, p. 75; MIRANDA, Pontes de, op. cit., p. 321, onde sintetiza o autor, magistralmente: “[...] todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam *relações jurídicas de confiança* e não só morais. [...] Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato.” (grifos do autor).

<sup>49</sup> Enunciado 25: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.”; de notar que Regis F. Pereira prevendo tal acontecimento, anotou: “Verifica-se, portanto, que a aprovação e a entrada em vigor do Projeto do Código Civil, ora em tramitação, caso mantida a redação do seu art. 422, significará que o sistema jurídico brasileiro disporá de regra jurídica positiva diretamente relacionada à aplicação da responsabilidade civil pré-contratual.” Op. cit., p. 209.

jurisprudência alemã. As decisões judiciais demonstram que elas ativeram-se ao exame do comportamento culposo durante as negociações preparatórias ao contrato inválido e, nas situações de ruptura das negociações, o número é ainda menor.<sup>50</sup>

Entre as decisões do início e da metade do século passado destacam-se a do TJSP 24/07/1936; a Câmara, no exame de contrato de renovação de aluguel encerrado por ruptura das negociações, aplicou a teoria da *culpa in contrahendo*, porém, sem apoio, quanto à natureza jurídica, no reconhecimento duma relação obrigacional, mas, sim, com fundamento no art. 159 do código revogado.<sup>51</sup> Em julgado de 1959, o Extinto TAC, julgou o caso das negociações preliminares encerradas entre atriz e companhia cinematográfica. Não reconheceu direito a indenização, pelo interesse negativo, tendo afirmado não caracterizada a responsabilidade da companhia, fundada na regra da culpa extracontratual.<sup>52</sup> Outros exemplos são encontrados em RT 167/363, RT 410/378, RT 440/95<sup>53</sup>.

A utilização da *culpa in contrahendo* para corrigir injustas negociações iniciais, de onde uma das partes saiu – com aplicação de deveres de lealdade e referência à boa-fé, foi feita pelo TJRS 06/06/1991. A 5ª Câmara, por maioria, reconheceu a responsabilidade pré-contratual da ré por ter violado o dever de lealdade durante as negociações e devido aos contatos iniciais ter criado na parte contrária uma forte expectativa de conclusão do negócio. O Tribunal de Justiça gaúcho, com referência à doutrina de Almeida Costa, entendeu que a parte que dera causa à ruptura injustificada, violou deveres de lealdade e de comunicação informados pela boa-fé<sup>54</sup>.

A amostra jurisprudencial em questão indica a aplicação da *culpa in contrahendo* na vertente de orientação da teoria do dano da confiança. De notar, embora não apresentada de forma analítica, existir uma referência a tal doutrina, para preencher o espaço reservado ao fundamento jurídico, porque são utilizados como referências: a criação, por uma das partes, de uma situação de confiança e o aprovei-

<sup>50</sup> Tais circunstâncias já tinham sido observadas, no final do século passado, por COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das obrigações*, 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991, p. 277. Também já tinha observado tal sintoma Antonio Chaves, op. cit., p. 13.

<sup>51</sup> Em RT 104/608, apud de Regis F. Pereira, op. cit., p. 405-407.

<sup>52</sup> Em RT 289/630, apud de Regis F. Pereira, op. cit., p. 408.

<sup>53</sup> Apud Mário Júlio de Almeida Costa, op. cit., p. 277.

<sup>54</sup> Apud Antônio Chaves, op. cit., p. 163-166.

tamento, pela outra, desta situação, o comportamento desleal manifestado pela saída repentina dos contatos e o dano é reconhecido pela situação na qual a parte lesada confiou no comportamento da contraparte crendo que cumpriria com os deveres inerentes à boa-fé durante as negociações.

De notar, ainda, que a amostra em questão evitou as regras da culpa extracontratual para o enquadramento jurídico da questão, de modo que assim considerou os contatos negociais como uma relação obrigacional.

As amostras da recente jurisprudência do TJSP deste século demonstram que, na aplicação da culpa in contrahendo existe a preocupação em salvaguardar a autonomia privada, porém, já há decisões que reconhecem uma responsabilidade pré-contratual por interrupção das negociações, cujos fundamentos, ainda que não de todo modo analíticos, dispensam o exame da culpa da parte responsável e, ao contrário, se assentam nos deveres especiais de comportamento sob o comando da boa-fé, que é, também, a adotada pela atual linha de jurisprudência do STJ.<sup>55</sup>

## 6. Conclusões

A hipótese de incidência da responsabilidade pré-contratual é o período de preparação da relação negocial; a fase de contato fica marcada por um conjunto de deveres de comportamento (deveres laterais), que tem no comando da boa-fé seu fundamento. Com isso, cria-se em tal fase uma situação de confiança, na qual hoje, em virtude dessa situação, se reconhece ter-se estabelecido espécie de relação jurídica obrigacional.

Assim, a verificação dos danos por ocasião da formação de um contrato tem lugar dada uma confiança depositada pelas partes na va-

<sup>55</sup> STJ - REsp. 1.051.065-AM, j. 21/02/13; TJSP - AC 0028838-82.2012, j. 19/04/14; AC 0034670-81.2010, j. 8/04/14; AC 0007502-64.2012, j. 17/03/14; AC 4001140-19.2013, j. 10/02/13; AC 9191407-64, j. 24/10/13; AC 0166582-35.2010, j. 10/10/13; AC 0125095-22.2009, j. 28.11.2012; AC 0200890-97.2010, j. 21/10/13, de notar que esta decisão, em especial, aplicou a *culpa in contrahendo* por ruptura das negociações, na violação dos deveres de lealdade, com aplicação da teoria da confiança de Ballerstedt, e negou a indenização por lucros cessantes; confirma a tese majoritária da jurisprudência alemã, de que ela compõe o dano positivo, e, no caso, concedeu indenização somente pelo interesse negativo.

lidade do negócio jurídico celebrado ou na sua celebração futura. Se essa confiança não se confirma, os fatos que impediram a conclusão do contrato estão ligados às despesas e às ocasiões de lucro desperdiçados, por terem estado empenhadas as partes em certa relação de negócio, que depois não se revelou concreta.

O substrato teleológico da eficácia é a proteção da confiança de cada uma das partes nas proposições da outra; é a tutela das expectativas de quem se propõe a contratar, de acordo com o justo e o socialmente conveniente.

Trata-se de obrigações em sentido amplo desprovidas de deveres primários de prestação, compreendendo apenas deveres de conduta e deveres secundários de prestação.

Nas situações de falta de contato, ocorre situação diferente. Nestas há apenas o dever fundado no princípio *neminem laedere* – de não causar dano a outrem. Tais situações são marcadas pelas circunstâncias ordinárias do cotidiano e obrigam a todos, pois o dever de indenizar não pressupõe o estabelecimento de uma relação jurídica. O dano surge e é decorrente da conduta violadora da norma, sendo que do seu aparecimento vai ser estabelecida a relação jurídica e a determinação do sujeito que vai responder pelo dever de ressarcir.

A responsabilidade pré-contratual, portanto, é marcada pela passagem da confiança, fruto da observação de deveres de comportamento. Ao violar um dever de consideração, lealdade, informação, proteção ao patrimônio do outrem, etc., surge o pressuposto da sua incidência. A justificativa para ressarcir repousa na criação da situação de confiança, por uma das partes, e seu aproveitamento pela outra, depositada na conclusão do contrato, mas não se pode perder de vista que a chave do seu reconhecimento – face ao princípio da autonomia e liberdade de contratar - apoia-se em condutas violadoras dos deveres de comportamento guardados pela boa-fé.

O avanço da doutrina alemã, como visto, devido à dedicação devotada ao tema e a vasta jurisprudência produzida por aquele país sobre a responsabilidade pré-contratual, permitiu a ampliação do seu sistema jurídico, com elaboração de regra normativa de caráter estrito e semelhante situação é verificada em Portugal e na Itália, mas tal não é visto no Brasil, onde, neste século, ela passou a ser reconhecida pela jurisprudência, nas negociações preliminares, numa vertente da teoria do dano da confiança.

O estudo comparado, embora pouco desenvolvido neste curto espaço, permitiu verificar que a experiência em outros sistemas jurídicos está mais avançada no campo normativo do que aqui.

A atualização do sistema jurídico civil alemão em 2001, que já dispunha de um conceito normativo, com ampliação da definição da regra jurídica sobre a responsabilidade pré-contratual, traz significativos benefícios para elaboração de juízos jurídicos concretos, especialmente em relação ao problema da subsunção.

Apesar da evidente diferença e o fato de, principalmente na Alemanha, a fase de contato ou a preparação do negócio ser vista como espécie de relação jurídica especial, sem o dever de prestação principal, algo que ainda não é visto no Brasil no campo normativo, verifica-se aqui que a literatura e a jurisprudência brasileiras passaram a se ocupar de uma releitura da responsabilidade civil pré-contratual, com referências à boa-fé objetiva e à teoria da confiança, num abandono gradual da aplicação das regras da culpa extracontratual.

Isso tem mostrado que o pensamento jurídico brasileiro se alinha com a atual doutrina dominante e está buscando definir o alcance do tratamento dado às relações contratuais pelo novo Código Civil, através da ampliação do horizonte dos conceitos de seus princípios gerais, ocupando-se, a jurisprudência, da tarefa de preencher o vazio da norma.

### Referências bibliográficas

BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Dott. A. Guffrè, 1963.

BÜRGERLICHES Gesetzbuch – BGB. versão em inglês. Disponível em: <<http://direitoalemao.com/>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CARRILHO, Fernanda. *Dicionário de latim jurídico*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade pré-contratual. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. II.

CORDEIRO, Antonio Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CRETELLA JR., J.; CRETELLA, Agnes. *Institutas do imperador justiniano*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FRADERA, Véra Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 34, n. 136, p. 169-179, 1997.

FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. *RT/Fasc. Civ.*, São Paulo, ano 98, v. 883, 2009.

JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução e nota introdutória de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Pautas para a interpretação do art. 187 do novo código civil. *RT/Fasc. Civ.*, São Paulo, ano 94, v. 838, p. 11-41, 2005.

MADEIRA, Hércio Maciel França. *Digesto de justiniano liber primus*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 4, p. 141-172, 1992.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

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

PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIGNATTA, Francisco Augusto. *La phase précontractuelle sous l’empire de la Convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien*. Université Robert Schuman Strasbourg – Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14791/000668615.pdfdefAPignatta-2008>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, supl. XIV, p. 143-250, 1966.

\_\_\_\_\_. *Cessão da posição contratual*. Coimbra: Atlântida, 1970.

PINTO, Paulo Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra, 2009.

RÁO, Vicente. Relações pré-contratuais. *Justitia*, São Paulo, ano XI, v. 20, p. 59-76, 1958.

Revista dos Tribunais, v. 289, acórdão do Tribunal de Alçada de São Paulo, p. 630 e segs.

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

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.