

A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002*

Dário Manuel Lentz de Moura Vicente

RESUMO

Afirma que o art. 422 do novo Código Civil consagra o instituto da responsabilidade pré-contratual ao submeter os contraentes, na negociação e conclusão dos contratos, aos princípios da probidade e da boa-fé, cuja violação constitui ato ilícito que implica a obrigação de reparar os danos causados a outrem.

Aduz que o mencionado artigo se insere numa importante corrente de pensamento, com expressão em diversos ordenamentos jurídicos, e que a responsabilidade pré-contratual representa o equilíbrio entre o interesse individual e o coletivo.

Observa ainda caber à jurisprudência brasileira o papel de explicitar o regime da responsabilidade pré-contratual, tendo em vista a não-especificação no Código de vários de seus aspectos, tais como – os deveres de conduta cuja infração resulta na reparação do dano, os danos indenizáveis e o ônus da prova da culpa.

PALAVRAS-CHAVE

Responsabilidade – civil, pré-contratual; Direito Civil; princípio – boa-fé, improbidade; Código Civil brasileiro de 2002 – art. 422; Direito – alemão, italiano, português; culpa; dano – indenizável, emergente; *common law*; *civil law*; conduta – violação, dever.

* Conferência proferida na "II Jornada de Direito Civil", realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos dias 17 a 25 de novembro de 2003, nos auditórios do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Suponhamos que um empresário estabelecido em Porto Alegre convide um colega do Recife a viajar até aquela cidade, a fim de negociarem um contrato. O convidado apanha um avião, aluga um automóvel e instala-se a expensas suas num hotel. Quando chega ao escritório do anfitrião, este o informa de que celebrou o contrato com um terceiro duas semanas antes.

Pergunta-se: pode o empresário pernambucano exigir do gaúcho o reembolso das despesas que fez tendo em vista a conclusão do referido contrato? E pode, além disso, reclamar indenização por ter perdido a oportunidade de celebrar o mesmo contrato com um terceiro?

Admitamos agora que um comerciante de arte estabelecido em São Paulo adquira de uma pessoa idosa, por R\$ 1.000, uma peça de arte sacra que a vendedora tinha em sua casa, ignorando a sua autoria e valor, a qual o primeiro logo em seguida revende por R\$ 100.000. Pode a vendedora reclamar do comerciante uma compensação pelo dano sofrido em virtude do negócio ruinoso que celebrou?

São situações como essas que uma das disposições mais inovadoras do Código Civil brasileiro de 2002 – o art. 422 – tem em vista, ao estabelecer: *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

A violação de tais princípios – ou, mais precisamente, dos *deveres de conduta* que deles decorrem para cada uma das partes na conclusão do contrato – constitui, perante o art. 186 do novo Código brasileiro, um ato ilícito que, nas condições que examinaremos adiante, importa àquele que o praticar a obrigação de reparar os danos culposamente causados a outrem.

Assim, afirma-se que o Código consagrou o instituto conhecido por “responsabilidade pré-contratual”, também dita responsabilidade por culpa *in contrahendo* ou culpa na formação dos contratos, isto é, a responsabilidade civil por danos decorrentes de atos ou omissões verificados no período que antecede a celebração do contrato.

Não se trata, em rigor, de uma novidade absoluta, porquanto o refe-

rido preceito é complementado por outros, que constituem concretizações da mesma idéia fundamental relativamente a certas matérias particulares, os quais já existiam no Código Civil de 1916.

São eles: o art. 430 (antigo art. 1.082), relativo à hipótese de a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, o qual deve comunicar imediatamente o fato ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos; e o art. 443 (o antigo art. 1.103), que, a respeito dos vícios redibitórios, impõe ao alienante que conhecia o vício ou defeito da coisa o dever de restituir o recebido com perdas e danos, e àquele que o não conhecia, o de restituir o valor recebido, acrescido das despesas do contrato.

É, pois, sobretudo pela amplitude e pela generalidade com que consagra a sujeição dos contraentes à boa-fé na formação do contrato que o novo Código Civil brasileiro se distingue do seu antecessor¹.

2 O ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO COMPARADO

2.1 SISTEMAS DE CIVIL LAW

O art. 422 tampouco pode-se considerar um caso isolado numa perspectiva de Direito comparado: ele insere-se numa importante corrente de pensamento, que tem hoje expressão em diversos ordenamentos jurídicos.

Tal corrente foi iniciada pelo ilustre jurista alemão Rudolph von Jhering, em ensaio publicado em 1861², no qual o autor defendeu que, nos preliminares do contrato, há entre os negociadores uma relação obrigacional integrada por deveres de conduta cuja violação faz incorrer o infrator na obrigação de indenizar os danos desse modo causados à outra parte.

Essa concepção aflorou em várias regras do Código Civil alemão de 1896³ e obteve consagração no Código italiano de 1942⁴. Deste, ela passou para o Código Civil português de 1966, cujo art. 227, n. 1, dispõe: *quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte*⁵.

Mais recentemente, essa orientação foi acolhida na Lei alemã de Modernização do Direito das Obrigação-

ções, de 2001, que estendeu aos preliminares e à conclusão do contrato os deveres de cuidado que vinculam as partes na sua execução e sujeitou a sua violação às regras gerais relativas ao incumprimento dos deveres emergentes da relação obrigacional⁶.

2.2 SISTEMAS DE COMMON LAW

A boa-fé não é, porém, um padrão de conduta nos preliminares e na formação dos contratos aceite, pelo menos com o mesmo alcance, por todos os sistemas jurídicos, mesmo aqueles que comungam dos chamados “valores da civilização ocidental”.

Nos sistemas de *common law*, por exemplo, rejeita-se a existência de qualquer vínculo obrigacional entre aqueles que negociam com vista à conclusão de um contrato, apenas se admitindo a imputação de danos causados *in contrahendo* nos termos da responsabilidade extracontratual.

A abertura de negociações para a celebração de um contrato não cria aí entre as partes qualquer relação jurídica integrada por deveres de conduta específicos fundados na boa-fé: cada uma delas pode, por exemplo, conduzir negociações paralelas sem informar a outra e rompê-las arbitrariamente, mesmo à beira da conclusão do contrato, bem como omitir à contraparte informações vitais para a decisão de contratar, que só ela possui⁷.

Nos exemplos acima referidos, nenhum dever de indenizar há perante o Direito inglês, sendo, todavia, diversa a solução que se extrai dos Direitos português, italiano, alemão e brasileiro.

A proteção conferida pelo Direito inglês contra danos sofridos por uma das partes nos preliminares e na formação dos contratos é, por isso, muito inferior à que se encontra consignada nos códigos português, italiano e alemão⁸ – e agora também no brasileiro. A diversidade de regimes explica-se por diversos fatores, jurídicos e metajurídicos, que apenas podemos expor aqui sucintamente⁹.

Avulta a esse respeito a diferente hierarquização dos valores jurídicos que estão no cerne da problemática em apreço: a **liberdade individual** na negociação e conclusão de contratos, por um lado, e a **solidariedade**, traduzida no respeito pelos interesses legítimos da contraparte e na confiança que esta deposita na válida celebração do contrato, por outro.

Reconheceu-se que, para ser viável a vida em comunidade, é necessário que o interesse individual consinta algum grau de sacrifício a favor do interesse alheio. Contudo, a medida desse sacrifício varia consideravelmente no tempo e no espaço. A imposição, nos Direitos alemão, italiano, português e brasileiro, de deveres pré-contratuais de conduta e da obrigação de indenizar os danos causados pelo seu incumprimento reflete determinado ponto de vista acerca do equilíbrio entre esses interesses: o de que o contrato aceitável não é qualquer contrato, mas tão-só aquele em conformidade com as exigências da ética e da sua função social. Essa idéia encontra-se expressa no novo Código brasileiro, ao declarar, no art. 421, que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Tal ponto de vista não é aceite pelos sistemas de *common law*.

Neles a preocupação dominante do Direito Civil consiste em assegurar as condições essenciais ao funcionamento da economia de mercado: liberdade contratual e força vinculativa dos contratos. Por isso, a responsabilidade pré-contratual, que inevitavelmente envolve certa limitação da autonomia privada, tem menor acolhimento¹⁰.

As divergências aludidas espelham, em suma, entendimentos fundamentalmente diversos acerca da posição relativa das partes nos preliminares do contrato e na sua formação. A opção a esse respeito feita pelo legislador brasileiro coloca, pois, o Direito vigente no Brasil ao lado do de países como Alemanha, Itália e Portugal.

3 COORDENADAS FUNDAMENTAIS DO REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL NO NOVO CÓDIGO

3.1 RAZÃO DE ORDEM

A que condições se subordina, no novo Código brasileiro, a imputação de danos sofridos *in contrahendo*?

A respeito importa, antes de tudo, salientar não haver no art. 422 do Código – diversamente do que sucede no preceito correspondente do Direito português –, disciplina específica da responsabilidade pré-contratual. Nessa matéria, o intérprete é, por isso, remetido (com maior amplitude do que sucede no Direito português) para as regras gerais da responsabilidade civil.

Os preceitos fundamentais sobre esta última são os arts. 389 e 927 do Código Civil, que disciplinam, respectivamente, a responsabilidade civil contratual e a extracontratual.

De acordo com o primeiro, *não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*.

Nos termos do segundo, *aquele que, por ato ilícito (arts. 186¹¹ e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo; e acrescenta-se no respectivo parágrafo único que haverá obri-*

A abertura de negociações para a celebração de um contrato não cria entre as partes qualquer relação jurídica integrada por deveres de conduta específicos fundados na boa-fé: cada uma delas pode (...) conduzir negociações paralelas sem informar a outra e rompê-las arbitrariamente, mesmo à beira da conclusão do contrato, bem como omitir à contraparte informações vitais para a decisão de contratar, que só ela possui.

gação 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.

Em atenção ao disposto nesses preceitos, pode-se dizer que são, em princípio, quatro os pressupostos do dever de indenizar: um ato ilícito, a culpa do lesante, um dano indenizável e um nexo causal entre o ato ilícito e o dano¹².

Trataremos, a seguir, dos pressupostos da responsabilidade por *culpa in contrahendo*.

3.2 ATO ILÍCITO

A primeira observação a fazer a respeito do regime do ilícito pré-contratual consignado no art. 422 do Código Civil brasileiro é a de não ter o legislador indicado neste preceito quais os deveres pré-contratuais de conduta cuja violação dá origem à obrigação de reparar danos causados a outrem. Apenas se indicam nesse preceito os critérios ético-jurídicos à luz dos quais as condutas das partes hão de ser valoradas: probidade e boa-fé.

Confia-se, assim, aos tribunais a determinação em concreto daqueles deveres, atendendo às concepções dominantes no tráfico jurídico¹³.

O art. 422 é, portanto, disposição paradigmática de certo afrouxamento da vinculação do julgador à lei e do reconhecimento deste a um poder modelador, fatores que caracterizam os Direitos contemporâneos em várias latitudes¹⁴.

Uma dúvida, em face do disposto no art. 422, prende-se com o âmbito dos princípios de probidade e boa-fé nele consignados. Valem esses apenas para a fase da conclusão do contrato – *hoc sensu*, a troca das declarações de vontade (proposta e aceitação) pelas quais se forma o contrato – ou também para as negociações que a antecedem (por vezes ditas preliminares do contrato ou tratativas), durante as quais se prepara o conteúdo daquele?

A dúvida resulta de o referido preceito apenas aludir expressamente à primeira dessas fases, omitindo qualquer referência à segunda, que o art. 227, n. I, do Código Civil português, por exemplo, também coloca sob a égide da boa-fé *in contrahendo*.

Tal omissão já foi apontada, aliás, como uma deficiência da formulação atual do art. 422, bem como da disposição que lhe correspondia no Projeto de Código Civil que o antecedeu (o art. 421)¹⁵. Por isso se propôs no Projeto Fiuza, publicado em 2002, a reformulação do preceito, que passaria a dizer, segundo o seu autor: *Os contraentes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade*¹⁶.

Supomos, no entanto, que terão de se considerar compreendidas no art. 422 as negociações enceta-

das com vista à conclusão do contrato⁷, sob pena de, em duas fases do *iter* contratual funcionalmente ligadas entre si, as partes ficarem submetidas a exigências ético-jurídicas divergentes. Semelhante contradição valorativa, desconforme com o princípio da unidade da ordem jurídica e o próprio espírito do preceito, não parece admissível. Também no Direito brasileiro a boa-fé abrange, por isso, a fase dos preliminares do contrato.

Entre os deveres impostos pela boa-fé avultam, segundo a doutrina e a jurisprudência de diversos países, os de informação⁸. Estes tanto podem ser violados por ação – portanto com informações falsas ou inexatas – como por omissão, ou seja, silenciando elementos que a contraparte tinha interesse objetivo em conhecer¹⁹.

Impende, pois, sobre as partes durante a formação do contrato um dever de omitir informações falsas, suscetíveis de induzir a contraparte em erro. Além dessa vertente negativa do dever de informar, existe outra, de caráter positivo: o de prestar à contraparte certas informações ou esclarecimentos.

Mas qual o seu exato alcance? É uma questão a que não é possível responder em termos gerais. Não nos parece, em todo o caso, admitir um dever geral de informar ou esclarecer a contraparte acerca da totalidade das circunstâncias de fato e de Direito determinantes da decisão de contratar: o dever de informar apenas existe onde o padrão de diligência exigível ao comum das pessoas não requiera que o contraente obtenha, pelos seus próprios meios, as informações e explicações necessárias a fim de se esclarecer²⁰.

A boa-fé impõe, em segundo lugar, a observância do dever de lealdade ou de negociação honesta²¹. É a probidade referida no art. 422. Dela resultam, como corolários, o dever de segredo em relação a informações confidenciais obtidas no decurso das negociações e a ilicitude, em determinadas circunstâncias, do rompimento destas. Este último é o problema em casos como o julgado em 6 de junho de 1991 pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão de que foi relator o então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar²².

Os fatos eram, em síntese, os seguintes: Ao longo de vários anos, um agricultor vendera a sua colheita a determinada empresa alimentícia, que lhe doava, tal como fazia em re-

lação a outros produtores, as sementes necessárias para o efeito. Feita a colheita de 1987/1988, a dita empresa não aceitou comprar a produção do agricultor. Este demandou-a, pedindo a sua condenação no pagamento de uma indenização pelos danos sofridos com a perda da produção, que não pudera vender a qualquer outra indústria.

O Tribunal julgou procedente a ação. Lê-se, com efeito, na ementa do acórdão: *Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provento em parte do apelo, para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênera, às instâncias da ré.*

O rompimento das negociações corresponde, em princípio, ao exercício de um direito: o direito de não contratar, uma das faces da autonomia privada²³.

Contudo, segundo o art. 187 do Código brasileiro, *também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*

É a consagração da doutrina do abuso de direito, por força da qual a invocação da titularidade de um direito não retira ilicitude à violação de direito alheio, caso seja este irregularmente exercido²⁴.

Deve, a esta luz, ser tido como ilícito o rompimento de negociações, designadamente: nas hipóteses de recesso intencional, ou seja, nas situações em que uma das partes faça malograr intencionalmente negociações que normalmente conduziram a um resultado positivo, *v.g.*, impondo condições ou fazendo exigências destituídas de justificação econômica ou de oportunidade que obriguem a outra parte a desistir do negócio²⁵; e nas situações em que, tendo uma das partes criado à outra uma convicção razoável de que contrataria com ela, induzindo-a a realizar despesas com esse fim, rompe arbitrariamente as negociações, recusando-se a celebrar, dentro do prazo acordado, o contrato projetado²⁶. Tal suce-

dia na primeira das hipóteses referidas no início desta exposição.

Em contrapartida, não incorre em violação dos deveres de boa-fé nas relações pré-contratuais aquele que advertir a contraparte, com a devida antecedência, de que a celebração do contrato constitui uma mera eventualidade e der por findas as relações pré-contratuais ao verificar a impossibilidade de concluí-lo²⁷.

Ainda a respeito do ato ilícito, observe-se, por último, não nos parecer determinar responsabilidade pré-contratual, na acepção em que aqui utilizamos esse conceito, três outras categorias de situações:

Primeira: o não-cumprimento de obrigações voluntariamente assumidas pelas partes quanto aos preliminares e à conclusão dos contratos, por exemplo, mediante acordos de negociação, acordos de princípio ou cartas de intenção, pelos quais as partes se vinculam a iniciar ou a prosseguir negociações com vista à conclusão futura de um contrato, ou de acordos de confidencialidade, mediante os quais uma ou ambas as partes se obrigam a não divulgar informações obtidas no decurso das negociações. O descumprimento de acordos desse tipo – os quais têm hoje particular relevância no comércio internacional²⁸ – dá lugar a uma forma de responsabilidade cujos pressupostos e conteúdo são em larga medida determinados pela vontade das partes; razão por que ela não se confunde com a responsabilidade por violação de deveres legais como os extraídos do art. 422 do Código Civil brasileiro.

Segunda: o não-cumprimento do pré-contrato, ou contrato preliminar, arts. 462 e seguintes do Código, o qual é fundamento de responsabilidade contratual, e não pré-contratual. Com efeito, trata-se aí do descumprimento de uma obrigação contratual – a obrigação de celebrar o contrato definitivo ou principal –, ao passo que das simples negociações, disciplinadas no art. 422, não deriva qualquer compromisso quanto à celebração futura do contrato²⁹.

Terceira: os acidentes ocorridos em estabelecimentos comerciais de que resultem danos para potenciais clientes, mesmo os devidos à negligência do dono do estabelecimento ou dos seus empregados. Isso ocorre quando uma pessoa escorrega numa poça de água existente no chão de um supermercado e se fere em consequência disso. Na Alemanha, essas situações são recon-

duzidas pela jurisprudência à responsabilidade por culpa *in contrahendo*, a fim de se evitarem as limitações a que nesse país se encontra sujeita a imputação de danos com fundamento em ilícitos extracontratuais: não só não existe, no Direito alemão, uma cláusula geral de responsabilidade extracontratual, como, além disso, a responsabilização do comitente ou do empregador pelos atos dos seus empregados ou comissários se encontra restringida aos casos em que ocorre culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. No Brasil, porém (tal como em Portugal), não é assim: a ampla cláusula geral de responsabilidade civil extracontratual constante do art. 927 do Código Civil brasileiro abrange as situações referidas; e o empregador e o comitente são, nos termos do art. 932, inc. III, responsáveis pelos danos causados pelos seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele.

3.3 CULPA

Nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, só há obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados na lei.

É, por isso, em princípio, exigível a culpa *in contrahendo* como pressuposto da responsabilidade pré-contratual, a qual deve consistir, de acordo com o art. 186, numa ação ou omissão voluntária, em negligência ou em imprudência.

Como ajuizar a sua ocorrência – eis outra questão suscitada a este respeito. Na falta de disposição especial, aplicam-se os critérios gerais, *maxime* a diligência exigível a um homem médio³⁰. Para esse efeito, deve, no entanto, ter-se presente o seguinte:

1. A diligência exigível aos negociadores não é a mesma nas negociações entre profissionais de determinado ramo da atividade econômica e nas negociações entre estes e não-profissionais, pois é merecedora de maior censura a violação de certos deveres pré-contratuais de conduta – *maxime* o de informação – no segundo caso. A essa luz deveria ser apreciada a segunda das hipóteses que referimos no início, na qual um comerciante se aproveita ostensivamente da ignorância e da imprevidência alheias.

2. Algum grau de malícia tem de ser tolerado nas negociações pré-contratuais. Tal deve, a nosso ver,

coincidir com o chamado *dolus bonus*, isto é, na expressão do art. 253, n. 2, do Código Civil português, *as sugestões ou artificios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no comércio jurídico e a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulta da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções*.

Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo em conta a gravidade da sua culpa em confronto com a do autor do dano – estabelece o art. 945 do Código.

Toda a dificuldade da tarefa resulta de situarem-se as hipóteses de culpa na formação dos contratos em espécie de zona cinzenta entre as que dão lugar à responsabilidade contratual e à extracontratual. O regime aplicável à responsabilidade pelos danos desse modo causados a terceiros não pode, (...) por conseguinte, ser linearmente extraído das regras atinentes a qualquer das duas modalidades fundamentais do dever de indenizar.

E a quem compete a prova da ocorrência de culpa ou da falta dela? É questão espinhosa, pois nessa matéria divergem os regimes das duas formas de responsabilidade. Na contratual, a culpa presume-se, em conformidade com a máxima da experiência segundo a qual, em regra, o devedor inadimplente age culposamente; mas na responsabilidade extracontratual, vale a solução oposta, cabendo ao lesado, por conseguinte, demonstrar a censurabilidade da conduta do lesante³¹.

Nas situações de responsabilidade pré-contratual, depõe no sentido do funcionamento da presunção de culpa³² a circunstância de nelas estar em causa, geralmente, a violação de deveres de conduta específicos, emergentes de uma relação jurídica preexistente, o que as aproxima bastante da violação de obrigações contratuais. Mas já não deve ser assim quando o ilícito imputado ao lesante for o rompimento abusivo das negociações e não puder atribuir-se ao lesante a violação de qualquer dever jurídico.

3.4 DANO INDENIZÁVEL

Outro aspecto da problemática em apreço prende-se com a sanção aplicável aos comportamentos pré-contratuais ofensivos da boa-fé, a qual deve consistir unicamente na obrigação de indenizar, excluindo-se a execução específica do contrato projetado (prevista no art. 464 quanto ao contrato preliminar), quando as negociações tendentes à sua celebração se hajam malogrado, o que seria incompatível com a liberdade contratual.

Questão difícil é a extensão do dano indenizável por culpa na formação dos contratos. Sobre a matéria, dispõe o art. 402 que *as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*.

A obrigação de indenizar o dano sofrido *in contrahendo* deve incluir, por conseguinte, tanto o dano emergente – *maxime* as despesas feitas com as negociações contratuais – como o lucro cessante – decorrente, *v.g.*, de outras oportunidades negociais perdidas.

Mais discutível é a questão de saber se essa indenização deve ater-se ao interesse negativo ou de confiança – ou seja, a perda patrimonial sofrida em consequência da abertura de negociações –, ou antes compreende também o interesse positivo ou de cumprimento – *hoc sensu*, os benefícios que o lesado retiraria do cumprimento do contrato projetado.

Em dois casos, pelo menos, o Código parece restringir a indenização ao interesse negativo: um é o caso no qual o alienante conhece o vício ou defeito da coisa alienada. Isso, porque seria destituído de sentido que o alienante, além de restituir o recebido, como prevê o art. 443, houvesse de indenizar o interesse positivo – o que passaria, assim, pelo pagamen-

to de um valor equivalente ao da prestação prometida; o outro refere-se à anulação do negócio jurídico na sequência do não-cumprimento de deveres pré-contratuais de conduta. Nessa hipótese, diz o art. 182: *restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.*

Ao invés, será justo ressarcir o interesse positivo nos seguintes casos: quando não fora o ilícito pré-contratual, o contrato projetado se teria formado validamente e o lesado opta por manter o contrato, que assim se convalida; quando a invalidade do contrato for devida à insuficiência de forma imputável a uma das partes de que esta não possa prevalecer-se sem incorrer em abuso de direito.

Regra geral: a indenização mede-se, de acordo com o art. 944 do Código, pela extensão do dano. Excepcionalmente, porém, pode a indenização ser reduzida equitativamente, nos termos do parágrafo único do mesmo preceito, em atenção à desproporção entre o dano e a gravidade da culpa.

3.5 NEXO CAUSAL

A fim de que se constitua a obrigação de indenizar por culpa na formação dos contratos, é, por último, necessária a existência de um nexo causal entre os danos sofridos *in contrahendo* e o ato gerador deles.

A tal respeito, dispõe o art. 403: *ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato.*

Consagra-se nessa regra – que tem sido considerada aplicável a toda a responsabilidade civil³³ – a teoria dita da causa próxima, também acolhida no Direito francês.

Nos seus termos literais, apenas se indeniza o dano que constitua consequência direta e imediata da inexecução da obrigação; o que exclui a ressarcibilidade do dano indireto.

É, porém, duvidoso que essa solução seja a melhor.

Entre o ato imputado ao lesante e o dano sofrido pela contraparte podem, na verdade, interpor-se outros fatos ocasionados de alguma sorte pelo primeiro, os quais também constituem condições do dano, sem lhe tirar relevância.

O ato ilícito pode, pois, indiretamente provocar o dano, por meio

de fatos ulteriores que com ele concorram, sem haver a extinção da obrigatoriedade de indenizar o dano, o qual não teria ocorrido se aquele ato não tivesse sido praticado³⁴.

No domínio em apreço, será esse o caso, por exemplo, do dano resultante da perda de clientela causada pela circunstância de uma empresa não dispôr da matéria-prima necessária, a fim de produzir certo bem ou prestar certo serviço, situação esta, por seu turno, devida à não-conclusão de um contrato com outra empresa, sua fornecedora da matéria-prima, que rompeu arbitrariamente as negociações encetadas com a primeira.

Deve, por isso, a nosso ver, relevar uma causa indireta ou mediata do dano, desde que tal causa seja, como admite-se na jurisprudência e na doutrina brasileiras, uma causa necessária do dano³⁵.

Para tanto, bastará que entre o primeiro ato e o dano não se haja interposto outro ato que possa ser tido como o causador exclusivo deste.

4 CONCLUSÃO

O art. 422 do novo Código Civil brasileiro, na medida em que sujeita os contraentes aos princípios da probidade e boa-fé na negociação e na conclusão dos contratos, constitui um importante avanço na regulamentação da responsabilidade pré-contratual, tendo colocado o Direito brasileiro, nesta matéria, a par das legislações estrangeiras mais progressivas.

Ainda, por força dele, passou o Direito deste país a constituir, no domínio em apreço, uma referência para os seus parceiros nas organizações regionais de que é parte. Nisso consiste outra virtude – e não das menores – do novo Código, em razão da qual a sua entrada em vigor merece ser saudada.

Além disso, o novo regime da responsabilidade pré-contratual constitui um significativo desafio à criatividade da jurisprudência brasileira.

Como se viu, muitos aspectos do regime daquele instituto ficaram por regular no Código. É o caso, nomeadamente, da determinação dos concretos deveres de conduta que resultam dos referidos princípios, dos danos indenizáveis e do ônus da prova da culpa. À jurisprudência cabe agora, por isso, um papel fundamental na explicitação e no desenvolvimento desse regime.

Toda a dificuldade da tarefa resulta de situarem-se as hipóteses de culpa na formação dos contratos em espécie de zona cinzenta entre as que dão lugar à responsabilidade contratual e à extracontratual. O regime aplicável à responsabilidade pelos danos desse modo causados a terceiros não pode, por conseguinte, ser linearmente extraído das regras atinentes a qualquer das duas modalidades fundamentais do dever de indenizar.

A fim de se determinar esse regime, deve-se, à luz do narrado acima, considerar a conveniência de distinguir categorias de casos, em função da natureza dos atos geradores de responsabilidade pré-contratual, pois estes são muito heterogêneos e não estão, por isso, necessariamente sujeitos às mesmas regras. A cada categoria de casos deve ser analogicamente aplicado, naquilo a que a lei não proveja diretamente, o regime de responsabilidade civil que melhor corresponda à índole própria de tal categoria; sem prejuízo de, onde a hibridade das situações da vida em apreço o justifique, combinarem-se as regras aplicáveis às ditas modalidades do dever de indenizar.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Sobre a responsabilidade pré-contratual perante o Código Civil brasileiro de 1916, vejam-se, na doutrina brasileira: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 2, p. 235; v. 3, p. 26; CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1997; MARTINS-COSTA, Judith. *Aboa-fé no Direito Privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 472 e ss.; MARTINS, Flávio Alves. *Aboa-fé objectiva e sua formalização no Direito das Obrigações brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 84 e ss.; POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001; e PEREIRA, Regis Fiehter. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 192 e ss. Na doutrina portuguesa, consulte-se ALBUQUERQUE, Ruy de. *Da culpa in contrahendo no Direito luso brasileiro*. Lisboa, 1961.
- 2 *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, in Jhemings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*. 1861, p. 1 e ss. (reproduzido em *Gesammelt Aufsätze aus den Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Rudolph von Jhering*. 1881, v. 1, p. 327 e ss.).

- 3 Nomeadamente nos §§ 122 e 179 desse diploma, que impõem ao contraente e ao representante que derem causa à ineficácia do contrato, respectivamente, em virtude de falta ou vício da vontade ou de falta de poderes de representação, a obrigação de indenizar os danos desse modo causados à contraparte.
- 4 Dispõe o art. 1.337 desse código: *Trattative e responsabilità precontrattuale. - Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.* Por seu turno, o art. 1.338 do mesmo diploma, tido como uma especificação do dever consignado no preceito anterior, estabelece: *Conoscenza delle cause d'invalidità. La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.*
- 5 CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil português*. v. 1, t. 1. *Introdução. Doutrina geral. Negócio jurídico*. 2. ed. Coimbra, 2000. p. 391 e ss.; COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 267 e ss.; TELES, Inocêncio Galvão. *Manual dos contratos em geral*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 203 e ss.; PRATA, Ana. *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, reimpressão. Coimbra: 2002; VARELA, João Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 267 e ss.; ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria geral, ações e factos jurídicos*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. 2. p. 440 e ss.; LEITÃO, Luís Menezes. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2003. v. 1, p. 35 e ss.; ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Contratos*. 2. ed., 2003. v. 1, p. 169 e ss.; e o nosso estudo *Culpa na formação dos contratos*, em curso de publicação nas *Actas do Congresso de Direito das Obrigações*, realizado em Coimbra em 2003.
- 6 Para tanto, o Código alemão passou a dispor no § 311 (2): *Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 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.* Uma relação obrigacional com deveres no sentido do § 241/2 surge também por meio de: 1. A assunção de negociações contratuais. 2. A preparação de um contrato pelo qual uma parte, com vista a uma eventual relação negocial, conceda à outra parte a possibilidade de agir sobre os seus direitos, bens jurídicos ou interesses, ou confia nela ou dá azo a contatos semelhantes a negociais tradução portuguesa de CORDEIRO, António Menezes. A modernização do Direito das Obrigações. II - O Direito da perturbação das prestações. *Revista da Ordem dos Advogados*, 2002, p. 319 e ss. (p. 340). Segundo o § 241 (2) do Código, *das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zu besonderer Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*: A relação obrigacional pode, conforme o seu conteúdo, vincular qualquer das partes a especial consideração pelos direitos, bens jurídicos e interesses da outra. A responsabilidade pela violação daqueles deveres decorre do § 280 (1) do Código, nos termos do qual, *Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vermeiden hat*: Quando o devedor viola um dever proveniente de uma relação jurídica, pode o credor exigir a indenização do dano daí resultante. Esta regra não se aplica quando a violação do dever não seja imputável ao devedor; *ibidem*, p. 332. Os trabalhos preparatórios da reforma podem ser consultados em CANARIS, Claus-Wilhelm (Org.), *Schuldrechtsmodernisierung*, Munique, 2002. Sobre os preceitos referidos, vide SCHWAB, Martin. *Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuen Schuldrecht, Juristische Schulung*. 2002. p. 773 e ss. e p. 872 e ss.
- 7 Veja-se, por exemplo, a decisão proferida pela Câmara dos Lordes no caso *Walford v. Miles (The Weekly Law Reports, 1992, v. 2, p. 174 e ss.)*, na qual aquela instância rejeitou de modo expresso a existência no Direito inglês de um dever de negociar de boa-fé e afirmou a liberdade de as partes romperem as negociações a todo o tempo e por qualquer motivo, sem ficarem por isso sujeitas a qualquer dever de indenizar. A esse respeito, declarou Lorde Ackner: *The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations.*
- 8 ZIMMERMAN, Richard; WHITTAKER, Simon (Org.). *Good faith in european contract*. Cambridge, 2000. p. 208 e ss.
- 9 Para mais desenvolvimentos, veja-se o nosso *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 239 e ss.
- 10 As diferenças que, neste particular, separam esses sistemas dos de *civil law* não se restringem, aliás, ao problema da culpa na formação dos contratos: elas refletem-se também na ausência, na Inglaterra, de uma sanção para o abuso de direito – agora regulado no art. 187 do Código brasileiro –, a qual, como se sabe, constitui uma das manifestações mais significativas da concepção social do Direito que enforma os ordenamentos jurídicos referidos em segundo lugar.
- 11 Comete ato ilícito, segundo esse preceito, *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.*
- 12 Sobre a matéria, veja-se, com referência ao Direito anterior ao atual Código Civil, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 27 e ss.; e em relação ao Código de 2002, MARTINS-COSTA, Judith. *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações*. (arts. 389 a 420). Rio de Janeiro, 2003. v. 5, t. 2., p. 102 e ss.
- 13 Para um enunciado dos deveres jurídicos que se extraem do princípio da boa-fé, vide MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.*, p. 437 e ss.
- 14 Sobre o ponto, veja-se, pelo que respeita ao Direito brasileiro, REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 167 e ss.
- 15 AZEVEDO, Antonio Junqueira. Insuficiência, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2000. p. 3 e ss. (p. 6).
- 16 O Projeto de Lei n. 6.960, de 2002, do Deputado Ricardo Fiúza. Disponível em <www.camara.gov.br>.
- 17 Nesse sentido, PEREIRA, Regis. *op. cit.*, p. 210.
- 18 MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p. 439; MARTINS, Flávio, *op. cit.* p. 87 e ss.; e PEREIRA, Regis, *op. cit.*, p. 90 e ss. Sobre os deveres de informação em geral, veja-se FABIAN, Christoph. *O dever de informar no Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- 19 Parafraseamos CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1985. v. 1, p. 583.
- 20 Sobre o ponto, na doutrina portuguesa, MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 355 e ss. e 624 e ss.; e na brasileira, FABIAN, Christoph, *op. cit.*, p. 158 e ss.
- 21 CORDEIRO, Menezes. *op. cit.* Na doutrina brasileira, PEREIRA, Regis, *op. cit.*, p. 93 e ss.
- 22 Publicado na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 154, p. 378 e ss, 1992.
- 23 Sobre essa e os limites a que se subordina no atual Direito Civil brasileiro: GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 80 e ss.; e NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*, Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar 2002. *passim*.
- 24 Sobre o tema, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2003. p. 97 e ss.
- 25 Nesse sentido, na jurisprudência portuguesa, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de Fevereiro de 1999, *Colectânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*, 1999. t. 1, p. 84 e ss. (p. 85).
- 26 Assim o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, de 5 de fevereiro de 1981, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, v. 116, p. 81 e ss., com anotação de Almeida Costa, p. 84 e ss.
- 27 O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português de 22 de maio de 1996, *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 457, p. 308 e ss., 1996 e ainda, sobre o rompimento de

negociações, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de fevereiro de 2001. Disponível em: <www.dgsi.pt/jstj>, de 8 de fevereiro de 2001, *Colectânea de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça*, p. 102 e ss, 2001; de 27 de março de 2001 e de 28 de fevereiro de 2002. Disponíveis em: <www.dgsi.pt/jstj>; e da Relação de Lisboa de 23 de Janeiro 1977, *Colectânea de Jurisprudência*, 1977, t. 1, p. 213 e ss., e de 18 de Janeiro de 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, 1990, t. 1, p. 144 e ss.; bem como a sentença do 3º Juízo Cível de Lisboa de 16 de outubro de 1992, *Colectânea de Jurisprudência*, t. 4, p. 336 e ss, 1992.

- 28 A formação dos contratos internacionais, nos *Cadernos de Direito Privado*, n. 3, p. 3 e ss, 2003.
- 29 PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições...* *op. cit.*, Rio de Janeiro, 2003. v. 3, p. 81; e MARTINS-COSTA, Judith, In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.), *Comentários ... op. cit.*, p. 114 e ss.
- 30 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...* *op. cit.*; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...* *op. cit.*, p. 101.
- 31 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 475.
- 32 Tal a solução para que propende o Supremo Tribunal de Justiça português: por exemplo, os acórdãos de 4 de Julho de 1991, *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 409, p. 743 e ss. (p. 749), e de 9 de fevereiro de 1993, n. 424, p. 607 e ss. (p. 611).
- 33 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, p. 3 e ss. (p. 4), 2001.
- 34 TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Obrigações*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 403.
- 35 TEPEDINO, Gustavo, *op. cit.*, p. 18 e ss.

ABSTRACT

The author asserts that the article 422 of the new Civil Code ratifies the institute of the precontractual responsibility by submitting the obligors, during contracts negotiation and conclusion, to the principles of honesty and good-faith, whose violation is an illicit act that implicates the obligation to make amends for the damages caused to someone else.

He adduces that the mentioned article is set forth in an important line of thinking, having a distinction in several legal systems, and that the precontractual responsibility represents the balance between the individual interest and the collective one.

He also observes that it is up to the Brazilian jurisprudence the role in explicating the precontractual responsibility system, because various of its aspects are not specified in the Civil Code, such as – the conduct obligations whose infraction results in damage reparation, compensatory damages and the burden of proving guilt.

KEYWORDS – Responsibility – civil, precontractual; Civil Law; principle – good-faith, improbity; Brazilian Civil Code of 2002 – article 422; German, Italian, Portuguese – Law; guilt; damage – compensatory, emergent; common law; civil law; conduct – violation, duty.

Dário Moura Vicente é Professor da Faculdade de Direito de Lisboa/Portugal.