

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

Dário Moura Vicente
Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

Sumário:

- I. A consagração da responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002.
- II. O art. 422 do Código Civil brasileiro à luz do Direito Comparado.
 - a) Sistemas de *civil law*.
 - b) Sistemas de *common law*.
- III. Coordenadas fundamentais do regime jurídico da responsabilidade pré-contratual no novo Código.
 - a) Razão de ordem.
 - b) Acto ilícito.
 - c) Culpa.
 - d) Dano indemnizável.
 - e) Nexo causal.
- IV. Conclusão.

* Texto que serviu de base às conferências proferidas pelo autor no Recife, em Brasília e em Porto Alegre, no âmbito da *II Jornada de Direito Civil* promovida pelo Conselho da Justiça Federal do Brasil entre 17 e 25 de Novembro de 2003.

I

A consagração da responsabilidade pré-contratual no Código Civil brasileiro de 2002

Suponhamos que um empresário estabelecido em Porto Alegre convida um colega do Recife a viajar até àquela 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 informa-o 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 uma indemnização por ter perdido a oportunidade de celebrar o mesmo contrato com um terceiro?

Admitamos agora que um comerciante de arte estabelecido em São Paulo adquire a uma pessoa idosa, por 1.000 Reais, uma peça de arte sacra que a vendedora tinha em sua casa, ignorando a sua autoria e valor, e que o primeiro logo em seguida revende por 100.000 Reais.

Pode a vendedora reclamar do comerciante uma compensação pelo dano que sofreu em virtude do negócio ruinoso que celebrou?

São situações como estas 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 destes 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 acto ilícito que, nas

condições que examinaremos adiante, importa para aquele que o praticar a obrigação de reparar os danos culposamente causados a outrem.

Pode, assim, afirmar-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, i. é, *a responsabilidade civil por danos decorrentes de actos ou omissões verificados no período que antecede a celebração do contrato*.

Não se trata, em rigor, de uma novidade absoluta, porquanto o referido preceito é complementado por outros, que constituem como que concretizações da mesma ideia fundamental relativamente a certas matérias particulares, os quais já existiam no Código Civil de 1916.

São eles: o art. 430 (antigo art. 1082), relativo à hipótese de a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, o qual deve comunicar imediatamente esse facto ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos; e o art. 443 (que era o art. 1103), que, a respeito dos vícios redibitórios, impõe ao alienante que conhecia o vício ou defeito da coisa o dever de restituir o que recebeu 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.

¹ Sobre a responsabilidade pré-contratual perante o Código Civil brasileiro de 1916, vejam-se: Ruy de Albuquerque, *Da culpa in contrahendo no Direito Luso Brasileiro*, Lisboa, polic., 1961; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1991, vol. II, p. 235, e vol. III, p. 26; Antônio Chaves, *Responsabilidade Pré-Contratual*, 2.^a ed., São Paulo, 1997; Judith Martins-Costa, *A boa-fé no Direito Privado. Sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo, 1999, pp. 472 ss.; Flávio Alves Martins, *A boa fé objectiva e sua formalização no Direito das Obrigações brasileiro*, Rio de Janeiro, 2000, pp. 84 ss.; Carlyle Popp, *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*, Curitiba, 2001; e Regis Fichtner Pereira, *A responsabilidade civil pré-contratual. Teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*, Rio de Janeiro/São Paulo, 2001, pp. 192 ss.

II

O art. 422 do Código Civil brasileiro à luz do Direito Comparado

a) *Sistemas de civil law*

O art. 422 tão-pouco se pode 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.

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

Esta 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.º, n.º 1, dispõe que «*[q]uem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras*

² «Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen», in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 1861, pp. 1 ss. (reproduzido in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts von Rudolph von Jhering*, vol. I, Iena, 1881, pp. 327 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 indemnizar os danos desse modo causados à contraparte.

⁴ Dispõe o art. 1337 desse diploma: «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. 1338 do mesmo diploma, que é 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».

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 Obrigações, 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.

b) Sistemas de common law

⁵ Sobre essa disposição, vejam-se: António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil português*, vol. I, *Parte geral*, t. I, *Introdução. Doutrina geral. Negócio jurídico*, 2.^a ed., Coimbra, 2000, pp. 391 ss.; Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 9.^a ed., Coimbra, 2001, pp. 267 ss.; Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a ed., Coimbra, 2002, pp. 203 ss.; Ana Prata, *Notas sobre a responsabilidade pré-contratual*, reimpressão, Coimbra, 2002; João Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10.^a ed., reimpressão, 2003, pp. 267 ss.; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria geral*, vol. II, *Ações e factos jurídicos*, 2.^a ed., Coimbra, 2003, pp. 440 ss.; Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. I, 3.^a ed., Coimbra, 2003, pp. 355 ss.; Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos*, vol. I, 2.^a ed., 2003, pp. 169 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 dispôr 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 através de: 1. A assunção de negociações contratuais. 2. A preparação de um contrato pelo qual uma parte, com vista a uma eventual relação negocial, concede à outra parte a possibilidade de agir sobre os seus direitos, bens jurídicos ou interesses, ou confia nela ou dá azo a contactos semelhantes a negociais»; tradução portuguesa de António Menezes Cordeiro, in «A modernização do Direito das Obrigações. II – O Direito da perturbação das prestações», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2002, pp. 319 ss. (p. 340)]. Segundo o § 241 (2) do Código, «[d]as 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 vertreten hat» [«Quando o devedor viole um dever proveniente de uma relação jurídica, pode o credor exigir a indemnização 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 Claus-Wilhelm Canaris (organizador), *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, Munique, 2002. Sobre os preceitos referidos, *vide* Martin Schwab, «Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuen Schuldrecht», *Juristische Schulung*, 2002, pp. 773 ss. e 872 ss.

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.

Daí que nos exemplos acima referidos nenhum dever de indemnizar houvesse perante o Direito inglês, sendo, todavia, diversa a solução que se extrai dos Direitos português, italiano e alemão, e, como veremos, do brasileiro.

A protecção 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.

⁷ Veja-se, por exemplo, a decisão proferida pela Câmara dos Lordes no caso *Walford v. Miles* (*in The Weekly Law Reports*, 1992, vol. 2, pp. 174 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 indemnizar. 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 Cfr. Richard Zimmermann/Simon Whittaker (organizadores), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, pp. 208 ss.

Esta diversidade de regimes explica-se por diversos factores, jurídicos e metajurídicos, que apenas podemos expor aqui sucintamente⁹.

Avulta a este 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 deposite na válida celebração do contrato, por outro.

Em todas as épocas e em todos os lugares se reconheceu que, a fim de que a vida em comunidade seja viável, é necessário que o interesse individual consinta algum grau de sacrifício a favor do interesse alheio.

Mas a medida desse sacrifício tem variado consideravelmente no tempo e no espaço. A imposição, nos Direitos alemão, italiano e português (bem como, conforme se verá, no brasileiro), de deveres pré-contratuais de conduta e da obrigação de indemnizar os danos causados pelo seu incumprimento reflecte determinado ponto de vista acerca do equilíbrio entre esses interesses: o de que *o contrato aceitável não é qualquer contrato, mas tão-só o que for conforme com as exigências da ética e da sua função social*.

É justamente esta ideia que o novo Código brasileiro exprime, ao declarar no art. 421 que «*[a] liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*».

Ora, este ponto de vista não é aceite pelos sistemas de *common law*.

Nestes 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 aí menor acolhimento¹⁰.

⁹ Para mais desenvolvimentos, veja-se o nosso *Da responsabilidade pré-contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, pp. 239 ss.

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 este respeito feita pelo legislador brasileiro coloca, pois, o Direito vigente no Brasil ao lado dos de países como a Alemanha, a Itália e Portugal.

III

Coordenadas fundamentais do regime jurídico da responsabilidade pré-contratual no novo Código

a) Razão de ordem

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

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

Ora, 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, «*[n]ão cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e actualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado*».

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 reflectem-se também na ausência em 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.

Nos termos do segundo, «[a]quele 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 «[h]averá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a actividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem».

Atento o disposto nestes preceitos, pode-se dizer que são em princípio quatro os pressupostos do dever de indemnizar: um *acto ilícito*, a *culpa do lesante*, um *dano indemnizável* e um *nexo causal* entre o acto ilícito e o dano¹².

É destes pressupostos da responsabilidade por *culpa in contrahendo* que iremos agora tratar.

b) Acto ilícito

i) A primeira observação a fazer a respeito do regime do ilícito pré-contratual consignado no art. 422 do Código Civil brasileiro é que o legislador não indicou 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; o que este hão-de fazer atendendo às concepções dominantes no tráfico jurídico¹³.

¹¹ Comete acto ilícito, segundo este preceito, «aquele que, por acção 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 actual Código Civil, Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, 9.^a ed., Rio de Janeiro, 2000, pp. 27 ss. Relativamente ao Código de 2002, consultem-se: Judith Martins-Costa, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (coordenador), *Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*, vol. V, tomo II (arts. 389 a 420), Rio de Janeiro, 2003, pp. 102 ss.; Giovanni Iudica, «Profili della responsabilità extracontrattuale secondo il nuovo *Código Civil* brasileiro», in Alfredo Calderale (organizador), *Il nuovo Codice Civile Brasileiro*, Milão, 2003, pp. 293 ss.; e Jorge Sinde Monteiro, «Responsabilidade civil: o novo Código Civil do Brasil face ao Direito português, às reformas recentes e às actuais discussões de reforma na Europa», in *ibidem*, pp. 305 ss.

O artigo 422 é, nesta medida, uma disposição paradigmática de certo afrouxamento da vinculação do julgador à lei e do reconhecimento a este um poder modelador, que caracterizam os Direitos contemporâneos em várias latitudes¹⁴.

ii) Uma dúvida que se pode suscitar em face do disposto no art. 422 prende-se com o âmbito dos princípios de probidade e boa fé nele consignados.

Valem estes 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 do mesmo?

A dúvida resulta, como é bom de ver, de o referido preceito apenas aludir expressamente à primeira destas fases, omitindo qualquer referência à segunda, que o art. 227.º, n.º 1, do Código Civil português, por exemplo, também coloca sob a égide da boa fé *in contrahendo*.

Essa omissão já foi apontada, aliás, como uma deficiência da formulação actual do art. 422, bem como da disposição que lhe correspondia no Projecto de Código Civil que o antecedeu (o art. 421)¹⁵.

Por isso se propôs no *Projecto Fiuza*, publicado em 2002, a reformulação do preceito, que deveria passar 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.

¹³ Para um enunciado dos deveres jurídicos que se extraem do princípio da boa fé, vide Judith Martins-Costa, ob. cit. (nota 1), pp. 437 ss.

¹⁴ Sobre o ponto, veja-se, na doutrina brasileira, Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 27.ª ed., São Paulo, 2002, pp. 167 ss.; *idem*, *Filosofia do Direito*, 20.ª ed., São Paulo, 2002, pp. 580 ss.

¹⁵ Ver Antonio Junqueira Azevedo, «Insuficiência, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa fé objetiva nos contratos», *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2000, pp. 3 ss. (p. 6).

¹⁶ Cfr. o Projeto de Lei n.º 6960, de 2002, do Deputado Ricardo Fiuza, disponível em www.camara.gov.br.

Supomos, no entanto, que terão de se considerar compreendidas no art. 422 as negociações encetadas com vista à conclusão do contrato¹⁷, 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, que seria 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.

iii) Entre os deveres impostos pela boa fé avultam, segundo a doutrina e a jurisprudência de diversos países, os de *informação*¹⁸.

Estes tanto podem ser violados *por acção* - portanto com informações falsas ou inexactas - como *por omissão* - ou seja, silenciando elementos que a contraparte tinha interesse objectivo em conhecer¹⁹.

Impende, pois, sobre as partes durante a formação do contrato um *dever de omitir informações falsas*, susceptíveis de induzir a contraparte em erro.

Além desta *vertente negativa* do dever de informar, existe uma outra, de carácter *positivo*: o dever de prestar à contraparte certas informações ou esclarecimentos.

Mas qual o seu exacto alcance?

É uma questão a que não é possível responder em termos gerais. Não nos parece, em todo o caso, de admitir um *dever geral de informar ou esclarecer* a contraparte acerca da totalidade das circunstâncias de facto e de Direito determinantes da decisão de contratar: o dever de informar apenas existe onde o

¹⁷ Neste sentido, veja-se Regis Pereira, ob. cit. (nota 1), pp. 210 s.

¹⁸ Cfr., por exemplo, Judith Martins-Costa, ob. cit. (nota 1), p. 439; Flávio Martins, ob. cit. (nota 1), pp. 87 s.; e Regis Pereira, ob. cit. (nota 1), pp. 90 ss. Sobre os deveres de informação em geral, veja-se Christoph Fabian, *O dever de informar no Direito Civil*, São Paulo, 2002.

¹⁹ Parafraseamos Menezes Cordeiro, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, 1985, vol. I, p. 583.

padrão de diligência exigível ao comum das pessoas não requeira que o contraente obtenha, pelos seus próprios meios, as informações e explicações necessárias a fim de se esclarecer²⁰.

iv) A boa fé impõe, em segundo lugar, a observância do *dever de lealdade ou de negociação honesta*²¹. É a «probidade» de que fala o art. 422.

Dela resultam, como corolários, o *dever de segredo* relativamente a informações confidenciais obtidas no decurso das negociações e a *ilicitude*, em determinadas circunstâncias, *do rompimento destas*.

Este último é o problema que se coloca em casos como aquele que foi julgado em 6 de Junho de 1991 pela 5.^a 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 factos 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 relação a outros produtores, as sementes necessárias para o efeito.

Feita a colheita de 1987/1988, a dita empresa não aceitou comprar a produção ao agricultor. Este demandou-a, pedindo a sua condenação no pagamento de uma indemnização pelos danos sofridos com a perda da produção, que não pudera vender a qualquer outra indústria.

O Tribunal julgou procedente a acção. Lê-se, com efeito, na ementa do acórdão: «*Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates,*

²⁰ Sobre o ponto, cfr., na doutrina portuguesa, Jorge Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, pp. 355 ss. e 624 ss.; e na brasileira, Christoph Fabian, ob. cit. (nota 18), pp. 158 ss.

²¹ Cfr. Menezes Cordeiro, ob. e loc. cit. (nota 19). Na doutrina brasileira, consulte-se Regis Pereira, ob. cit. (nota 1), pp. 93 ss.

²² Publicado na *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, vol. 154 (1992), pp. 378 ss.

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. Provimento 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 [...]».

É certo que o rompimento das negociações corresponde, em princípio, ao exercício de um direito: o *direito de não contratar*, que é uma das faces da *autonomia privada*²³.

Mas, 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 económico 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, se o mesmo for irregularmente exercido²⁴.

Deve, a esta luz, ser tido como ilícito o rompimento de negociações, designadamente:

- nas hipóteses de *recesso intencional*, i. é, nas situações em que uma das partes faça malograr intencionalmente negociações que normalmente conduziriam a um resultado positivo, v.g. pondo condições ou fazendo exigências destituídas de justificação económica ou de oportunidade, que obriguem a outra parte a desistir do negócio²⁵; e

²³ Sobre esta e os limites a que se subordina no actual Direito Civil brasileiro, vejam-se: Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 18.^a ed., Rio de Janeiro, 2002, pp. 80 ss.; e Teresa Negreiros, *Teoria do contrato. Novos paradigmas*, Rio de Janeiro/São Paulo, 2002, *passim*.

²⁴ Veja-se sobre o tema José Carlos Barbosa Moreira, «Abuso do direito», *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2003, pp. 97 ss.

²⁵ Ver neste 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. I, pp. 84 ss. (p. 85).

- 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 projectado²⁶. É o que sucedia 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.

v) Ainda a respeito do acto ilícito, observe-se, por último, que não nos parecem determinar responsabilidade pré-contratual, na acepção em que aqui utilizamos este conceito, três outras categorias de situações.

Primeira: o incumprimento de obrigações voluntariamente assumidas pelas partes quanto aos preliminares e à conclusão dos contratos, por exemplo através de *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 incumprimento de acordos desse tipo – os quais têm hoje particular relevância no comércio internacional²⁸ - dá lugar a uma forma de responsabilidade

²⁶ Assim o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português de 5 de Fevereiro de 1981, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 116.º, pp. 81 ss., com anotação de Almeida Costa, a pp. 84 ss.

²⁷ Cfr. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português de 22 de Maio de 1996, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 457 (1996), pp. 308 ss. Vejam-se 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*, 2001, pp. 102 ss.; 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. I, pp. 213 ss., e de 18 de Janeiro de 1990, *Colectânea de Jurisprudência*, 1990, t. I, pp. 144 ss.; bem como a sentença do 3.º Juízo Cível de Lisboa de 16 de Outubro de 1992, *Colectânea de Jurisprudência*, 1992, t. IV, pp. 336 ss.

²⁸ Ver, acerca do tema, o nosso estudo «A formação dos contratos internacionais», nos *Cadernos de Direito Privado*, n.º 3, 2003, pp. 3 ss.

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 que se retiram do artigo 422 do Código Civil brasileiro.

Segunda: o incumprimento do *pré-contrato*, ou *contrato preliminar*, de que se ocupam os arts. 462 e seguintes do Código, o qual é fundamento de responsabilidade contratual, e não pré-contratual. Com efeito, trata-se aí do incumprimento de uma *obrigação contratual* – a obrigação de celebrar o contrato definitivo ou principal -; ao passo que das simples negociações, que o art. 422 disciplina, não deriva qualquer compromisso quanto à celebração futura do contrato²⁹.

Terceira: os acidentes ocorridos em estabelecimentos comerciais, de que resultem danos para potenciais clientes, ainda que se devam a negligência do dono do estabelecimento ou dos seus empregados. É o que ocorre quando uma pessoa escorrega numa poça de água existente no chão de um supermercado, e se fere em consequência disso. Na Alemanha, estas situações são reconduzidas 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 actos dos seus empregados ou comissários se encontra aí restringida aos casos em que ocorra *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, inciso III, responsáveis

²⁹ Cfr. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, *Contratos*, Rio de Janeiro, 2003, p. 81; e Judith Martins-Costa, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (coordenador), *Comentários ao novo Código Civil*, cit. (nota 12), pp. 114 s.

pelos danos causados pelos seus «empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele».

c) 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 há-de consistir, de acordo com o art. 186, numa acção ou omissão voluntária, em negligência ou em imprudência.

Como ajuizar da sua ocorrência – eis outra questão que se suscita a este respeito.

Na falta de disposição especial, aplicam-se os critérios gerais, *maxime* a diligência exigível a um homem médio³⁰.

Para este efeito, deve, no entanto, ter-se presente o seguinte:

1.º - A *diligência exigível* aos negociadores não é a mesma nas negociações entre *profissionais* de determinado ramo da actividade económica 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 esta 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.º - Algum grau de *malícia* tem de ser tolerado nas negociações pré-contratuais. Este deve, a nosso ver, coincidir com o chamado *dolus bonus*, isto é, na expressão do art. 253.º, n.º 2, do Código Civil português, «*as sugestões ou artificios usuais, considerados legítimos segundo as concepções dominantes no*

³⁰ Cfr. Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, 8.ª ed., São Paulo, 2003, p. 475.

comércio jurídico» e «a dissimulação do erro, quando nenhum dever de elucidar o declarante resulte da lei, de estipulação negocial ou daquelas concepções».

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

E a quem compete a *prova* da ocorrência de culpa ou da falta dela?

É questão espinhosa, pois nesta 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 pré-existente, 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.

d) Dano indemnizável

Outro aspecto saliente da problemática em apreço prende-se com a sanção aplicável aos comportamentos pré-contratuais ofensivos da boa fé.

³¹ Cfr. Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, cit. (nota 12); Judith Martins-Costa, *Comentários*, cit. (nota 12), p. 101.

³² Tal a solução para que propende o Supremo Tribunal de Justiça português: cfr., por exemplo, os acórdãos de 4 de Julho de 1991, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 409 (1991), pp. 743 ss. (p. 749), e de 9 de Fevereiro de 1993, *ibidem*, n.º 424 (1993), pp. 607 ss. (p. 611).

Esta deve consistir unicamente na *obrigação de indemnizar*, excluindo-se a *execução específica* do contrato projectado (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 indemnizável* por culpa na formação dos contratos.

Sobre a matéria, dispõe o art. 402 que «*as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar*».

A obrigação de indemnizar 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 indemnização deve ater-se ao *interesse negativo, ou de confiança* - i.é, 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 projectado.

Em dois casos, pelo menos, o Código parece restringir a indemnização ao *interesse negativo*:

- Um é aquele, de que falámos atrás, em que o alienante conhece o vício ou defeito da coisa alienada. Isto, porque seria destituído de sentido que o alienante, além de *restituir aquilo que tiver recebido*, como prevê o art. 443, houvesse de indemnizar o interesse positivo - o que passaria, no caso, pelo pagamento de um *valor equivalente ao da prestação prometida*;
- O outro é o caso em que o negócio jurídico é anulado na sequência do incumprimento 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 restitui-las, serão indenizadas com o equivalente*».

Ao invés, parece-nos que será justo ressarcir o *interesse positivo* nos seguintes casos:

- Aqueles em que, não fora o ilícito pré-contratual, o contrato projectado se teria formado validamente e o *lesado opte por manter o contrato*, que assim se convalida;
- Aqueles outros em que a invalidade do contrato for devida a *insuficiência de forma imputável a uma das partes*, de que esta não possa prevalecer-se sem incorrer em abuso de direito.

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

e) Nexo causal

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

A este respeito, dispõe o art. 403 que «*[a]inda 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 nesta regra - que tem sido considerada aplicável a toda a responsabilidade civil³³ - a teoria dita da *causa próxima*, também acolhida no Direito francês.

³³ Cfr. Gustavo Tepedino, «Notas sobre o Nexo de Causalidade», *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2001, pp. 3 ss. (p. 4).

Nos seus termos literais, apenas se indemniza o dano que constitua *consequência directa e imediata* da inexecução da obrigação; o que exclui a ressarcibilidade do *dano indirecto*.

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

Entre o acto que é imputado ao lesante e o dano sofrido pela contraparte podem, na verdade, *interpor-se outros factos*, que o primeiro de alguma sorte ocasionou e que também constituem condições do dano, mas que não lhe tiram relevância.

O acto ilícito pode, pois, *indirectamente* provocar o dano, através de *factos ulteriores*, que com ele concorram, sem que por isso deixe de dever ser indemnizado o dano, por isso que este não teria ocorrido se aquele acto 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 atempadamente certo bem ou prestar certo serviço, situação esta, por seu turno, devida à não conclusão de um contrato com outra empresa, sua prospectiva fornecedora da matéria prima, que rompeu arbitrariamente as negociações para o efeito encetadas com a primeira.

Deve, por isso, a nosso ver, relevar uma *causa indirecta ou mediata* do dano, desde que essa causa seja, como vem sendo admitido na jurisprudência e na doutrina brasileiras, uma *causa necessária* do dano³⁵.

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

IV

³⁴ Ver neste sentido Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7.^a ed., Coimbra, 1997, p. 403.

³⁵ Cfr. Gustavo Tepedino, est. cit. (nota 33), pp. 18 s.

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.

Mais: 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. Nisto está outra virtualidade – 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 constante do Código 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 indemnizáveis e do ónus da prova da culpa. À jurisprudência cabe agora, por isso, um papel fundamental na *explicitação e no desenvolvimento* desse regime.

Toda a dificuldade desta tarefa resulta de as hipóteses de culpa na formação dos contratos se situarem numa 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 indemnizar.

A fim de se determinar esse regime, há-de, à luz do que dissemos acima, ter-se presente a conveniência de distinguir *categorias de casos*, em função da natureza dos actos geradores de responsabilidade pré-contratual, pois estes são,

como vimos, muito heterogéneos 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 directamente, o regime de responsabilidade civil que melhor corresponda à índole própria dessa categoria; sem prejuízo de, onde a hibridez das situações da vida em apreço o justifique, se *combinarem* as regras aplicáveis às ditas modalidades do dever de indemnizar.