

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

**INTERESSE NEGATIVO E INTERESSE POSITIVO: SUBSÍDIOS PARA O
RESSARCIMENTO DO DANO PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO**

**Belo Horizonte
2015**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Fabio Queiroz Pereira

**INTERESSE NEGATIVO E INTERESSE POSITIVO: SUBSÍDIOS PARA O
RESSARCIMENTO DO DANO PRÉ-CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como um dos requisitos para a obtenção do Grau de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: A expressão da liberdade em face da pessoa e da empresa.

Projeto Estruturante: A expressão da liberdade no Direito Privado.

Orientador: Professor Doutor Giordano Bruno Soares Roberto.

**Belo Horizonte
2015**

P436i Pereira, Fabio Queiroz
Interesse negativo e interesse positivo: subsídios para
o ressarcimento do dano pré-contratual no direito brasileiro.
- 2015.

Orientador: Giordano Bruno Soares Roberto.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito - Teses 2. Responsabilidade contratual 3. Contratos
4. Reparação do dano (Direito civil) I.Título

CDU (1976): 347.44.036

Universidade Federal de Minas Gerais
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação

Tese intitulada *Interesse negativo e interesse positivo: subsídios para o ressarcimento do dano pré-contratual no direito brasileiro*, de autoria do doutorando Fabio Queiroz Pereira, _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professor Doutor Giordano Bruno Soares Roberto (Orientador) – UFMG

Belo Horizonte, _____ de _____ de 2015.

*Aos meus pais,
Helena Maria Queiroz Pereira e
Silverio Alves Pereira,
exemplos de vida nos quais
sempre procuro me espelhar.*

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é fruto de uma pesquisa que se estendeu por quatro anos. No decurso desse período, foram tantos aqueles que contribuíram para o seu desenvolvimento, que se demonstra árdua a tarefa de elencar essas várias pessoas e as tantas instituições às quais devo o meu sincero agradecimento. Mesmo correndo o risco de cometer alguma injustiça por omissão, exprimo, neste espaço, o meu muito obrigado àqueles que contribuíram de forma decisiva para a elaboração da presente investigação.

Primeiramente, gostaria de externar a minha gratidão ao meu orientador, Professor Giordano Bruno Soares Roberto, pela confiança depositada, pela acolhida nos momentos turvos e pelos direcionamentos ofertados durante todo o meu percurso acadêmico. A devoção pela Academia e a seriedade de seu trabalho servem de inspiração a todos aqueles que com ele convivem.

Agradeço ao Professor Francesco Delfini a excelente recepção durante meu estágio doutoral, na *Università degli Studi di Milano*, e à Professora Chiara Tenella Sillani toda a ajuda concedida, quando o referido período de pesquisas era apenas uma aspiração.

Ao Professor Brunello Souza Stancioli e ao Professor Fabrício Bertini Pasquot Polido, as profícuas contribuições para o desenvolvimento da presente pesquisa, em decorrência de suas participações na banca de qualificação.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em especial, ao seu corpo docente e aos seus funcionários, agradeço o essencial apoio em todos os momentos de desenvolvimento desta tese. À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), o financiamento das pesquisas realizadas na Itália.

À Faculdade de Direito Milton Campos, na pessoa de sua Diretora, Professora Lúcia Massara, e ao Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Ibmec-MG), na pessoa do

Coordenador do Curso de Direito, Professor Dorival Guimarães, a compreensão e o estímulo constante na elaboração deste trabalho.

Agradeço à Sílvia Volpini a minuciosa e atenta revisão de todo o texto, que permitiu ganho significativo a este trabalho.

Aos colegas da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, que se tornaram verdadeiros amigos ao longo deste percurso. Ao Felipe Quintella, agradeço o companheirismo acadêmico, presente em nosso constante diálogo. À Jordhana Costa Gomes, a generosidade e a fundamental contribuição na elaboração deste trabalho. À Mariana Lara, o apoio e por dividir comigo as mais variadas inquietações sobre o Direito Civil. À Sarah Guimarães, o incentivo na transposição dos obstáculos e o carinho presente em nosso convívio.

Aos amigos de Coimbra, em especial à Ássima Farah, à Brisa Paim e à Karina Espina, por me acompanharem na construção de meu percurso acadêmico e por estarem sempre presentes, mesmo a quilômetros de distância. Devo um especial agradecimento à Flávia Machado, por ser uma “irmã”, com quem compartilho sempre momentos inesquecíveis.

Aos amigos *universais* Felipe Castro, Gláucia Delboni, Isaac Netto, João Paulo Medeiros, Marcelo Ramos, Marcelo Giacomini, Maria Clara Santos, Pablo Leurquin, Raoni Bielschowski e Tayara Lemos, agradeço os encontros especiais, as conversas e o contínuo apoio, mesmo quando não compreendiam muito bem a minha inquietação com a “*multa*”. Agradeço, especialmente, ao amigo Pedro Nicoli a oportunidade de uma vivência conjunta das angústias, alegrias e descobertas de um doutorado.

Aos amigos Carla Queiroz, Clarissa Araújo, Henrique Carvalhais, Isabela Riegert, Leonardo Lobato, Lucas Castro, Maria Luiza Filgueiras, Mariana Souto, Mariana Onofre, Raquel Onofre, Sílvia Diniz, Paula Gabriela Lima e Pedro Andrade, por tornarem o caminho mais leve e por me incentivarem continuamente a seguir em frente.

Agradeço ao Guilherme Deckers todo o companheirismo durante o curso de doutorado e por ter sido um forte apoio ao longo desta trajetória. Sua ajuda na transposição dos obstáculos e o seu inabalável estímulo foram fundamentais para a conclusão do presente trabalho.

À minha família, por ser a base que possibilitou meu desenvolvimento como pessoa e como profissional. Aos meus pais, a quem dedico este trabalho, e aos meus irmãos, Ricardo, Guilherme, Rodolfo e Braulio, por me acompanharem e me impulsionarem sempre.

Por fim, presto uma homenagem aos meus alunos, pela constante troca de saberes, fonte do verdadeiro crescimento acadêmico. Grande parte do que aqui está é resultado do estímulo gerado pelas salas de aula.

*Soy quien puede más que Amor,
y es Amor el que me guía;
soy de la estirpe mejor
que el cielo en la tierra cría,
más conocida y mayor.
Soy el Interés, en quien
pocos suelen obrar bien,
y obrar sin mí es gran milagro;
y cual soy te me consagro,
por siempre jamás, amén.*

(CERVANTES, Miguel. **Don Quijote de La Mancha**)

RESUMO

A presente pesquisa centra-se no estudo das noções de interesse negativo e interesse positivo e em sua ponderação para o alcance de adequado ressarcimento do dano pré-contratual. Trata-se de uma investigação de vertente jurídico-teórica e de tipo jurídico-propositivo, que busca trabalhar bases normativas, doutrinárias e jurisprudenciais, para a formulação de novos enquadramentos relativos à matéria. O percurso investigativo foi iniciado com uma análise de natureza conceitual, em que foram revisitadas as noções de interesse, dano e reparação, de modo a fornecer uma unidade semântica para premissas básicas correlatas ao tema. Em seguida, buscou-se efetuar um pequeno recuo histórico, justificado pela necessidade de se encontrar a origem da moderna concepção de responsabilidade pré-contratual, bem como da aplicação do interesse negativo e do interesse positivo. Os pressupostos da responsabilidade civil pré-contratual foram também examinados, identificando-se uma interconexão do instituto com a proteção da confiança e da boa-fé objetiva. Com a referida base, demonstrou-se a interface existente entre responsabilidade pré-contratual, interesse negativo e interesse positivo, em variadas hipóteses de dano identificadas na fase de formação do contrato. O estudo da responsabilidade pré-contratual no direito brasileiro permitiu concluir por uma incipiente proteção dos lesados, podendo ser verificado que a doutrina e a jurisprudência não apresentam adequados critérios para a ponderação de valores indenizatórios. Nesse sentido, as noções de interesse negativo e interesse positivo foram retomadas como contribuições para a ponderação de adequado ressarcimento que salvguarde as partes dos prejuízos sofridos na fase de pré-contratual. A ausência de uma cultura jurídica brasileira sobre as referidas noções demonstrou a necessidade de se repensar a sua utilização como importante elemento para a fixação de valores indenizatórios, não sendo afastada, inclusive, a possibilidade de que a legislação brasileira adote expressamente as noções como parte de seus mecanismos ressarcitórios.

ABSTRACT

The present research focused on the study of the notions of negative interest and positive interest and on its pondering for the achievement of appropriate compensation of pre-contractual injuries. It is a legal-theoretic research of the legal-propositional type, which sought to work on the bases of written law, legal authors' texts and court decisions for the formulation of new frameworks related to the matter. The first step was a conceptual analysis, in which the notions of interest, injury and compensation were reviewed, in order to achieve a semantic unit for the basic premises related to the topic. After that, the research proceeded to a historical outline, justified by the need to find the origins of the modern conception of pre-contractual liability and of the application of negative interest and positive interest. The requisites of pre-contractual civil liability were also examined, and a link between it and the protection of trust and objective good faith was found. It was then possible to demonstrate the existing interface between pre-contractual liability, negative interest and positive interest, in several hypotheses of injury identified in the phase of contract formation. The study of pre-contractual liability in Brazilian Law allowed the conclusion that there is only an incipient protection of those who suffer injuries. Legal texts and court decisions do not present appropriate criteria for the awarding of monetary compensation. Thus, the notions of negative interest and positive interest were discussed as contributions for the pondering of appropriate compensation for injuries suffered in the pre-contractual phase. The absence of a Brazilian legal culture about such notions pointed to the need to suggest its use as an important element for the awarding of monetary compensation. It is also possible that future legislation may adopt the notions expressly as a tort law tool.

RIASSUNTO

La ricerca si è focalizzata sull'analisi dei concetti di interesse negativo e di interesse positivo e sulla loro applicazione per ottenere un adeguato risarcimento del danno precontrattuale. Si tratta di un'indagine di inclinazione giuridico-teorica e tipo giuridico-propositivo, che ha svolto un'esame sulle basi normative, sulla dottrina e sulla giurisprudenza, per la formulazione di nuove proposizioni sul tema. Il percorso investigativo è iniziato con un'analisi di natura concettuale, in cui sono stati rivisitati i concetti di interesse, di danno e di riparazione, al fine di fornire un'unità semantica per i presupposti di base relativi al tema. Poi si è cercato di fare un piccolo ritorno storico, giustificato dalla necessità di trovare l'origine della moderna concezione di responsabilità precontrattuale, nonché dell'applicazione di interesse negativo e di interesse positivo. Sono stati esaminati anche i presupposti della responsabilità precontrattuale, identificando un'interconnessione del istituto, con la protezione della fiducia e della buona fede oggettiva. Su tale base, è stata dimostrata l'interfaccia tra responsabilità precontrattuale, interesse negativo e interesse positivo, in varie ipotesi di danni individuati nella fase di formazione del contratto. Lo studio della responsabilità precontrattuale secondo il diritto brasiliano consente la conclusione da una incipiente protezione delle vittime e si può verificare che la dottrina e la giurisprudenza non hanno appositi criteri per la ponderazione dei valori di compensazione. In questo senso, i concetti di interesse negativo e interesse positivo sono stati presi come contributi per l'esame di un risarcimento adeguato per salvaguardare le parti che hanno sofferto pregiudizio nella fase precontrattuale. La mancanza di una cultura giuridica brasiliana su tali nozioni ha dimostrato la necessità di ripensare il loro uso come un importante elemento per l'impostazione dei valori di indennizzo e, non viene rimossa la possibilità che la legge brasiliana possa adottare espressamente i concetti come parte dei suoi meccanismi di risarcimento.

SUMÁRIO

Introdução	15
I – Interesse, dano e reparação.....	26
1.1 O interesse	26
1.2 O dano	33
1.3 A reparação.....	42
1.4 A responsabilidade civil: uma interface entre interesse, dano e reparação	47
II – Aspectos históricos da responsabilidade pré-contratual e da distinção entre interesse negativo e interesse positivo.....	51
2.1 As Escolas germânicas do século XIX e a <i>culpa in contrahendo</i>	51
2.1.1 Da Escola Histórica à Escola da Pandectística.....	52
2.1.2 A Pandectística e o interesse negativo.....	57
2.2 Rudolf von Jhering e a <i>culpa in contrahendo</i>	61
2.3 Críticas e divergências à construção teórica de Jhering	67
III – Pressupostos da responsabilidade pré-contratual	74
3.1 A formação do contrato	75
3.2. Boa-fé objetiva e a responsabilidade pré-contratual.....	81
3.2.1 O princípio da boa-fé objetiva.....	82
3.2.2 Complexidade intra-obrigacional e responsabilidade pré-contratual	93
3.2.3 A confiança e o conteúdo ético da responsabilidade pré-contratual	97
3.3 Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual	104
3.3.1 Teoria da responsabilidade extracontratual	108
3.3.2 Teoria da responsabilidade contratual	111
3.3.3 Teoria do “tertium genus”	127
3.3.4 Teorias híbridas	131
IV – A distinção entre interesse negativo e interesse positivo	137
4.1 Precedentes teóricos para a distinção entre interesse negativo e interesse positivo.....	138
4.1.1 Fuller e Perdue: “reliance interest” e “expectation interest”	138
4.1.2 Claudio Turco e o interesse negativo	142
4.2 Atuais fundamentos para a distinção entre interesse negativo e interesse positivo	146
4.3 Ampliação do emprego da fórmula-par interesse negativo e interesse positivo	153
4.3.1 Primeiro momento: interesse negativo e invalidade contratual.....	154
4.3.2 Segundo momento: interesse negativo e responsabilidade pré-contratual	155
4.3.3 Terceiro momento: interesse negativo e inadimplemento contratual.....	158
4.4 O alcance dos danos ressarcíveis.....	164
4.5 Relações entre o interesse negativo ao interesse positivo	168
4.5.1 Impossibilidade de cumulação dos interesses	169
4.5.2 Limitação do ressarcimento do interesse negativo ao interesse positivo	170
4.6 Elementos de influência no “quantum” indenizatório.....	175
4.6.1 Compensação de benefícios.....	176
4.6.2 Mitigação dos prejuízos.....	182
V – O “quantum” indenizatório nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual e a ponderação entre interesse negativo e interesse positivo	187
5.1 Interesse negativo e interesse positivo na responsabilidade pré-contratual	189
5.2 Hipóteses de responsabilidade pré-contratual e ponderação dos interesses	192
5.2.1 O contrato vem a ser invalidado ou padece de ineficácia.....	196
5.2.2 Interrupção das negociações preliminares	204
5.2.3 A recusa em contratar	218

5.2.4 A impossibilidade de concluir o contrato em decorrência de culpa.....	226
5.2.5 Revogação da proposta e responsabilidade pré-contratual.....	229
5.2.6 Quebra de deveres de informação em contratos válidos	236
VI – Responsabilidade pré-contratual, interesse negativo e interesse positivo no ordenamento jurídico brasileiro.....	245
6.1 A construção da doutrina brasileira sobre o tema.....	246
6.2 Análise do Código Civil de 1916	255
6.3 Análise do Código Civil de 2002	262
6.4 Casuística.....	269
6.4.1 O caso do totalizador de apostas do Jockey Club de São Paulo.....	269
6.4.2 O caso do Grupo Pão de Açúcar.....	271
6.4.3 O caso da recusa em contratar seguro	274
6.4.4 O caso dos tomates	276
6.4.5 O caso das esmeraldas	279
Conclusão	282
Referências Bibliográficas.....	286

Introdução

Os contornos da autonomia contratual são objeto de uma contemporânea releitura, notadamente, em razão de variadas limitações que caracterizam todos os momentos do processo de contratação, incluindo a sua fase de formação. Esses limites à livre atuação dos indivíduos encontram seus fundamentos em valores éticos e nascem de previsões normativas que buscam concretizar maior proteção e segurança de todos aqueles que se encontram envolvidos em negociações contratuais.

Vivencia-se, assim, um processo intervencionista que busca conformar os comportamentos dos indivíduos às expectativas de justiça presentes no corpo social¹. Esse fenômeno, no entanto, originou uma forte crítica em torno da própria direção pela qual seguia a figura contratual. Nesse sentido, por exemplo, algumas construções teóricas norte-americanas chegaram a condenar à morte o instituto *contrato*, devido às crescentes ingerências estatais em seu conteúdo e em sua forma. Grant Gilmore sustenta que o *contrato* está sendo reabsorvido no campo do *delito*, isto é, o direito contratual aproxima-se cada vez mais do direito dos danos, prescindindo de uma disciplina própria². Em paralelo à teoria da morte dos contratos, construiu-se uma forte corrente doutrinária assentada na ideia de crise dos contratos, principalmente na Ciência Jurídica francesa, por meio de obra organizada por Christophe Jamin e Denis Mazeaud, intitulada *La nouvelle crise du contrat*. Em um dos artigos da referida obra, Jamin aponta que a referida crise está relacionada com a quebra da concepção individualista e liberal de contrato. De acordo com o autor, “os indivíduos estão presos em uma rede de relações que não permite mais pensar o direito em termos puramente individualistas. Já não é possível limitar a sua função somente à procura de uma harmonia das

¹ Sobre a relação existente entre liberdade contratual e justiça, sustenta Claus-Wilhelm Canaris: “No que respeita ao conjunto dos problemas da liberdade contratual e da justiça contratual [...], pode dizer-se, em suma, que a liberdade contratual é protegida por causa da liberdade e não por causa da justiça. A ordem jurídica, é certo, não deve admitir a liberdade contratual sem colocar a questão da justiça. Um sistema que se funda na liberdade contratual e na concorrência contém, contudo, segundo a sua própria estrutura, tantos entraves efectivos contra os resultados gravemente injustos, que a sua admissão jurídica não oferece, de um ponto de vista de justiça, em princípio, qualquer dificuldade”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»*. **Contratos: actualidade e evolução**. Coord. António Pinto Monteiro. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 60.

² GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2. ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995. p. 95.

liberdades, contrariamente ao que pensam os juristas liberais”³. Transpondo a referida concepção para o direito brasileiro, Claudia Lima Marques defende a existência de uma nova crise dos contratos, fundamentada na crise de confiança típica da sociedade pós-moderna. De acordo com a autora, “essa crise de confiança nos instrumentos atuais da teoria geral dos contratos traz a necessidade de desenvolver uma dogmática nova, com preocupações mais sociais a fim de alcançar a proteção dos consumidores”⁴.

Apesar da importância das referidas construções teóricas, demonstra-se necessário o exame de questão preliminar, qual seja a existência ou inexistência de uma real situação de morte ou de crise da figura contratual. Desse modo, não nos parecem apropriadas as referidas ilações jus-científicas, principalmente se tomado como parâmetro o momento presente. Primeiramente, o contrato não está morto, e isso nos demonstra o nosso cotidiano, pois são variadas as avenças travadas por todos aqueles que convivem em sociedade. Embora não apresente as mesmas características de sua concepção liberal, não significa que o contrato não continue exercendo seu papel essencial de efetiva circulação de riquezas. Crise é um termo que tem sua base na excepcionalidade em relação ao que seria considerado habitual. Porém, ao analisar o *contrato*, faz-se possível verificar, na verdade, uma constante renovação e readaptação dessa categoria jurídica, pois o instituto apresenta-se como consequência do contexto social e político em que está inserido. Isso nos leva a perceber a sua maleabilidade no decurso do tempo, permitindo uma constante readaptação aos novos desenhos oferecidos pelas vivências fáticas⁵. Pensando desse modo, a crise sempre esteve presente; não se trata de uma novidade. Os contextos fáticos são constantemente alterados, exigindo posicionamentos também distintos por parte dos ordenamentos jurídicos, que se tornam cada vez mais dinâmicos e permitem dar um adequado tratamento a figuras jurídicas antigas⁶. Logo,

³ No original : “Les individus sont pris dans un réseau de relations qui ne permet plus de penser le droit en termes purement individualistes. Il n’est plus possible de limiter sa fonction à la seule recherche d’une harmonie des libertés, contrairement à ce que pensent les juristes libéraux”. JAMIN, Christophe. *Quelle nouvelle crise du contract? Quelques mots en guise d’introduction. La nouvelle crise du contract*. Sous la direction de Christophe Jamin e Denis Mazeaud. Paris : Dalloz, 2003. p. 9.

⁴ MARQUES, Claudia Lima. *A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. Org. Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

⁵ Sobre a falsa sensação de crise, discorre António Gomez Ramos: “Lo que en estos días se llama crisis, y es más bien un lío enorme, un desproporcionado desajuste (propenso, por eso, a justificar todo tipo de ajustes), responde menos a ese anhelo que lo ignora. Ignora que, seguramente, lo que está en crisis es la crisis «normal», la habitual crisis de la modernidad. Y eso es lo que hace anhelar, con la realidad misma, una crisis de verdad”. GÓMEZ RAMOS, António. *La inmediatez de la crisis y la experiencia del tiempo. Normalidad de la crisis / crisis de la normalidad*. Org. Luciana Cadahia e Gonzalo Velasco. Madrid: Katz, 2012. p. 122.

⁶ Neste sentido, posiciona-se Mario Bessone: “Analisando bem, normas de direito e teorias são o resultado de uma interpretação diferente dos dados da experiência, que, de tempos em tempos, se move para privilegiar uma

demonstra-se relevante a elaboração de estudos e pesquisas que busquem abordar essa figura a fundo, assim como outras construções jurídicas e, somente por meio de uma densa análise da dogmática contratual, far-se-ão possíveis novos enquadramentos práticos, consentâneos com a realidade atualmente vivenciada.

Grande parte da presente civilística brasileira, todavia, parece alheia a essas necessidades, persistindo em abordagens demasiadamente amplas, sem que se possa identificar qualquer ordem de incremento dogmático. Verifica-se um excesso de construções atinentes à perspectiva constitucional do direito civil ou à publicização do direito privado, afastando-se de problemas práticos que são de demasiada importância⁷. Não se pretende aqui afirmar a desnecessidade de estudos atinentes às influências da Constituição no direito civil brasileiro, porém é preciso destacar que uma parcela considerável dessas construções demonstra-se inócua ou meramente tautológica, após mais de vinte anos de vigência do atual texto constitucional e mais de dez anos de vigência da codificação civil.

De modo oposto a essa realidade, o presente trabalho objetiva trabalhar um tema de natureza dogmática, qual seja a responsabilidade civil pré-contratual e as suas consequências ressarcitórias. Não se trata, contudo, de um estudo de dogmática formalista, mas sim de uma tentativa de compreensão da dogmática como essência para o desenvolvimento do direito civil. Os estudos doutrinários e as construções jurisprudenciais têm, em sua gênese, a possibilidade de contribuir no processo de construção e aperfeiçoamento do direito e, somente por meio de uma reflexão crítica e dialógica acerca de institutos, como os contratos e seus múltiplos desdobramentos, faz-se possível o incremento da Ciência Jurídica. Portanto, revela-se necessário um novo diálogo que tenha por ponto central a responsabilidade pré-contratual e

determinada política de direito. Nesse sentido, os argumentos atuais constituem uma série de instrumentos empregados para assegurar forma conveniente a princípios que parecem dever ter crédito”. No original: “A veder bene, norme giurisprudenziali e teorie sono il risultato di una diversa interpretazione dei dati di esperienza, che volta a volta muove a privilegiare una certa politica del diritto. In questo senso, le argomentazioni correnti costituiscono una serie di strumenti impiegati per assicurare forma conveniente a principi che pare di dover accreditare”. BESSONE, Mario. Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Ano XXVI, 1972. p. 970.

⁷ Sobre a pretensa publicização do privado, discorre João Baptista Villela: “Disse-se da fórmula ainda que é pobre em revelações. É que o sentido profundo das transformações por que passa o direito privado reside no seu progressivo dimensionamento social, que se traduz por uma melhor incorporação da pessoa humana na sua sistemática, pela substituição das idéias de concorrência e competição, por aquelas mais humanas de colaboração e boa vontade, tornando-se, enfim, mais dúctil e funcional. Ora, público não é sinônimo de social, nem privado é sinônimo de individual. A publicização de um ramo do direito, não importa, assim, necessariamente, na sua melhor adequação aos valores sociais e humanos. Pode até exprimir uma direção inversa. Por isto é que se disse que a apregoada publicização não surpreende a evolução no que ela tem de mais importante”. VILLELA, João Baptista. Por Uma Nova Teoria do Contrato. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Vol. 261, 1978. p. 33.

as balizas jurídicas para a fixação do adequado ressarcimento.

O tema da responsabilidade pré-contratual, por si só, já demonstra relevo, principalmente, se examinado sob a perspectiva da proteção da confiança e da boa-fé objetiva. Observa-se, contudo, que a responsabilidade gerada pela avença, como regra, só era questionada a partir do momento em que o contrato já se encontrava formado. Antes dessa aludida fase do ajuste, não eram constatadas vinculações jurídicas a guiar o comportamento das partes. O fato de existirem negociações preliminares, ou mesmo declarações de vontade, não abria espaço para ponderações sobre a responsabilidade civil das partes na hipótese de não conclusão dos termos contratuais.

Diante desse panorama, a prática negocial levou à necessidade de se repensar o esquema clássico, buscando proteger as partes lesadas por um contrato inválido ou que não viesse a existir. Propugnando pelo afastamento de aduções centradas na máxima de que o regime de responsabilidade restringir-se-ia à apuração dos danos originados do inadimplemento do pactuado, materializou-se dissonância no sentido de dar proteção aos interesses lesados na fase pré-contratual. Desse modo, questão que, até hoje, é objeto de reflexões centra-se na busca da proteção daqueles que não estão vinculados a uma estrutura contratual, mas em razão da confiança demonstrada, sofrem danos com a não efetivação ou a invalidação de um negócio jurídico contratual.

A referida preocupação já era identificada, ainda que sem contornos sistemáticos, no direito romano. Francesco Benatti indica alguns elementos que justificam o entendimento de que o problema já era analisado no contexto de Roma. O autor utiliza-se de um recurso à obra filosófica de Cícero *De officiis*, trazendo a seguinte narrativa:

O cidadão romano Canio, desejando passar os meses de verão em Siracusa, queria aí adquirir uma casa. Sabendo disto, o banqueiro siracusano Pizio convidou Canio para cear em sua casa, que ficava situada sobre o mar, mas primeiro recomendou aos pescadores do lugar que lhe levassem, na noite do banquete, grande quantidade de peixes. Assim, no dia aprazado, a meio da ceia, chegaram os pescadores com cestos cheios de peixe. Admirado, Canio perguntou: “Quid est Pythi? Tantumne piscium, tantumne cumbarum?” Respondeu Pizio: “Qui mirum? hoc loco est Syracusis quidquid est piscium, luc aegnatio, hac villa isti carere non possunt”. Então, Canio tanto insistiu na aquisição da casa que Pizio... se deixou convencer a vender-lha por preço elevadíssimo. No dia seguinte, foi em vão que Canio esperou pelos pescadores. “Quid facere? – pergunta Cicero – nondum enim C. Aquilius,

collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas”⁸.

O trecho transcrito⁹ revela a preocupação de Cícero com os comportamentos das partes na fase das negociações preliminares. É certo que o caso narrado está ligado ao comportamento doloso, com intuito de tirar vantagem no momento das tratativas, até mesmo porque as situações que materializavam a culpa em sentido estrito não eram analisadas, inicialmente, como hipóteses passíveis de responsabilização do agente. Assim, apesar de o tratamento dado ao tema em estudo, no direito romano, revelar-se ausente de sistematicidade¹⁰, é considerável a inquietude romana com relação à fase não vinculativa das tratativas negociais.

Todavia, mais imperiosa que a própria qualificação da responsabilidade pré-contratual é a questão do *quantum* indenizatório a ser fixado nessas hipóteses, pois é matéria dotada de grande complexidade e, muitas vezes, trabalhada de maneira superficial, tanto pela doutrina

⁸ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 9.

⁹ O aludido trecho é apresentado da seguinte forma em uma tradução do texto de Cícero diretamente para o português: “Caio Cânio, um cavaleiro romano, homem não totalmente desprovido de presença de espírito e razoavelmente culto, como se encontrasse em Siracusa para repousar, conforme tantas vezes costumava, e não para tratar de negócios, dizia frequentemente desejar para si adquirir alguns jardins onde pudesse convidar os amigos e aí poder desfrutar, ele próprio, sem ser interrompido por alguém. Tornando-se isto do domínio público, um certo Pítio, que então dirigia uma casa bancária em Siracusa, comunicou-lhe possuir alguns jardins que não estavam para a venda, mas que Cânio poderia, caso o desejasse, usá-los como seus; simultaneamente convidou-o para jantar consigo nestes jardins no dia seguinte. Quando Cânio aceitou o convite, Pítio, que, como banqueiro que era, podia satisfazer gente de todas as classes sociais, chamou alguns pescadores e pediu-lhes que viessem para ali pescar no dia seguinte em frente dos seus jardins, explicando-lhes tudo aquilo que desejava eles fizessem. Cânio chegou com pontualidade para o jantar, tendo Pítio para ele preparado um sumptuoso festim: uma multidão de barcos, cada homem trazendo por sua vez aquilo que pescara e lançando os peixes aos pés de Pítio. Então, Cânio “Mas então pergunto”, assim disse, “o que é tudo isto? Tantos peixes? Tanta comida?” O outro: “Tanta admiração?”, e respondeu: “Neste lugar existe toda a espécie de peixes de Siracusa, neste tanque e nesta casa de campo nada falta”. Cego de avidez, Cânio pediu a Pítio com grande insistência que lhe vendesse. Aquele ficou sério a princípio. “Quanto?”, perguntou. O homem, ávido e rico, pagou tanto quanto Pítio lhe pediu, e ainda todo o mobiliário pertencente àquela propriedade. Assinaram-se os nomes, fechou-se o negócio. No dia seguinte, convida Cânio alguns amigos, ele próprio chegando cedo, mas não avista barco algum. Decide, então, perguntar ao vizinho mais próximo se porventura se encontravam os pescadores de férias já que não os via. “Não que eu saiba”, respondeu o vizinho, “mas, não costumam pescar aqui; por isso, ontem muito me admirei eu com aquilo tudo que estava a acontecer”. Cânio ficou furioso, mas que fazer? Além do mais, o meu colega Caio Aquílio ainda não tinha introduzido aqueles procedimentos para acusar alguém por fraude criminal”. CÍCERO. **Dos deveres (De officiis)**. Tradução: Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 135.

¹⁰ Nesse contexto, Francesco Benatti assevera: “A tutela concedida pelo direito romano à parte prejudicada durante as negociações pela actividade incorrecta da outra era limitada e fragmentária. É que não se estendia aos casos expressamente considerados nas fontes, isto é, além da hipótese de originária impossibilidade da prestação ou à hipótese de conduta, dolosa ou culposa, dirigida, quer a ocultar vícios, quer a exagerar as qualidades da coisa vendida, locada, emprestada empenhada, etc.. Essa tutela não sofreu ampliação alguma no direito comum, pois naquele tempo não se sentiu a necessidade de mais completa protecção dos contraentes. Começou, pelo contrário, a mostrar-se inadequada quando a intensificação do comércio e das trocas exigiu dos sujeitos uma maior lealdade e honestidade nas suas relações”. BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 12.

quanto pela jurisprudência. Não se realiza a justiça pautando-se simplesmente no dever de indenizar; é necessário que os parâmetros para a fixação do valor a ser pago a título de ressarcimento sejam sólidos e propiciem um ambiente de equilíbrio jurídico. Assim, não se trata, então, de laborar apenas as situações em que nasce o dever de indenizar, mas também as questões relativas à quantificação de valores reparatórios. Sobre a importância das reflexões discorre Adriano De Cupis:

Em verdade, se importante é a solução dos problemas sobre os pressupostos da responsabilidade (*an respondeatur*), isto é, sobre a determinação das hipóteses em que o ônus do dano deva ser transferido mediante obrigação ressarcitória do lesado para outro sujeito (responsável), não menos importante é resolver o ulterior problema sobre o *quantum* de dano a ser suportado pelo responsável, sobre a gravidade da responsabilidade. Para fins de justiça, a solução correta para o segundo problema é tão urgente quanto aquela do primeiro: o *iter* da justiça é percorrido somente à metade, quando se estabelece a existência do dever de ressarcimento, mas não a extensão desse dever; e a correta dosagem de tal instituto exige uma sensibilidade jurídica e uma prudência não menor que aquela exigida para a verificação daquela existência¹¹.

Nesse sentido, causa grande estranheza o fato de que não há grande preocupação da Ciência Jurídica brasileira com as questões relativas ao ressarcimento do dano. Normalmente, as obras de direito privado tratam do dever de indenizar, mas não apresentam os adequados parâmetros para tanto. A jurisprudência, por sua vez, apresenta uma disparidade imensa de critérios e valores, muitas vezes aplicando balizas diversas para situações bastante similares. O problema não se mostra diferente no campo da responsabilidade pré-contratual, havendo uma manifesta ausência de certeza quanto a patamares indenizatórios a serem fixados para o ressarcimento de danos concretizados ainda na fase de formação da avença.

Nesse contexto, a busca de parâmetros indenizatórios deve ser concretizada de modo a efetivar uma real salvaguarda das partes lesadas por condutas empreendidas ainda na fase de formação do negócio jurídico contratual. Breve análise de outros ordenamentos jurídicos faz surgir imediata inquietação: Alemanha, Itália e Portugal, por exemplo, têm variadas

¹¹ No original: “In verità, se importante è la soluzione del problema circa i presupposti della responsabilità (*an respondeatur*), circa la determinazione, cioè, delle ipotesi in cui l’onere del danno dev’essere trasferito mediante l’obbligazione risarcitória dal danneggiato ad altro soggetto (responsabile), non meno importante è risolvere l’ulteriore problema circa il *quantum* di danno da porre a carico del responsabile, circa la gravità della responsabilità. Ai fini di giustizia, la retta soluzione del secondo problema urge quanto quella del primo: l’*iter* della giustizia è percorso solo a metà, quando si è accertata l’esistenza dell’obbligo di risarcimento e non ancora l’entità di questo obbligo; ed il retto dosaggio di tale entità esige una sensibilità giuridica ed una prudenza non minore di quella richiesta per l’accertamento di quella esistenza”. DE CUPIS, Adriano. Il problema giuridico del “*quantum respondeatur*”. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano XIII, Parte I, 2004, p. 516.

construções jurídicas sobre o ressarcimento dos danos baseadas na fórmula-par interesse contratual negativo e interesse contratual positivo¹². As noções foram originalmente concebidas por Rudolf von Jhering, ao teorizar sobre a *culpa in contrahendo*¹³, e consubstanciam elementos fundamentais para a fixação do *quantum* indenizatório. Assim, a compreensão das variantes existentes entre o interesse contratual positivo e o interesse contratual negativo deve ser concretizada, objetivando definir suas interfaces e seus limites de salvaguarda na responsabilidade pré-contratual. Nesse sentido, importa transcrever as palavras de Hans Albrecht Fischer, sobre a diferenciação entre as duas expressões:

Quem pede a indenização do interesse contratual positivo não desiste do negócio jurídico válido, pois reclama, pelo contrário, a sua execução, ainda que em vez do cumprimento efectivo, que se tornou impossível ou perdeu todo o interesse por ele, exija outro objecto, subsidiário da prestação principal: o pedido tem a sua base no contrato ou negócio jurídico válido e perfeito. Por interesse contratual negativo entende-se, ao invés, aquele que se deixa invocar, para efeitos de indemnização, a quem confiou na validade dum negócio que no fim de contas vem a ser nulo, quer em consequência de vício original quer por causas posteriores¹⁴.

A distinção proposta por Fischer encontra-se baseada na noção de nulidade negocial, concebendo o interesse negativo como aquele a ser invocado por quem confiou em uma contratação inválida ou ineficaz. No entanto, as referidas noções possuem, atualmente, âmbito de aplicação mais amplo podendo ser sopesadas em outras contingências ocorridas no momento da formação do contrato, como, por exemplo, a interrupção das negociações preliminares, a recusa em contratar, a revogação da proposta, ou mesmo quando a celebração do contrato foi válida e eficaz, mas em termos tais que o modo como foi celebrado gere danos para uma das partes¹⁵.

Pietro Trimarchi distingue as noções sustentando que o interesse contratual positivo representa as vantagens que teriam sido obtidas e os danos que teriam sido evitados, obtendo-

¹² Sobre a referida distinção, sustenta Paulo Mota Pinto: “Não se tratando de distinção cuja relevância seja pacífica, está, porém, firmada em muitas ordens jurídicas, tratando-se de uma impostação extremamente afortunada, que exerceu uma influência notabilíssima não só na Europa como também nos Estados Unidos. Pode mesmo dizer-se que se trata de um distinção conhecida em todos os quadrantes onde vigora o direito dos contratos do *civil law* e do *common law*”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 5.

¹³ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁴ FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 104.

¹⁵ Atualmente, o interesse negativo e o interesse positivo são também ponderados nas hipóteses de inadimplemento contratual. Cf. LUMINOSO, Angelo. La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile. **Contratto e impresa**. Padova. Vol. 3. 1988. p. 802.

se a execução do contrato, e o interesse negativo representa, ao invés disso, as vantagens que teriam sido obtidas e os danos que teriam sido evitados, se não tivesse se comprometido nas tratativas contratuais (em particular: despesas inutilmente efetuadas em razão das tratativas, para a eventual conclusão e visando à execução do contrato, e o ganho perdido relativo a outras ocasiões negligenciadas)¹⁶.

A noção de interesse negativo, de modo natural, vinculou-se à ideia de responsabilidade pré-contratual, justamente pelo fato de não se ter ainda um contrato formado. Assim, as duas temáticas acabaram por ter reflexos e tratamentos aproximados, nas mais variadas ordens jurídicas. Sobre a referida sobreposição de institutos e a necessidade de revisão dos temas, discorre Angelo Luminoso:

Entre as tantas questões que se concentram dentro do interminável instituto da responsabilidade civil, que mereceriam uma “revisitação” adequada, está seguramente aquela concernente ao denominado *interesse contrattuale negativo*. Quais são o exato significado, o valor normativo e o alcance sistemático dessa fórmula, não obstante o seu emprego frequente em matéria de ressarcimento do dano, é tema, em verdade, bastante obscuro. Por reflexo, são também incertos os contornos e, sobretudo, a finalidade da responsabilidade pré-contratual, a qual – como se sabe – é comumente, considerada o terreno de eleição do denominado interesse negativo; e também essa constitui uma das causas das persistentes oscilações dos intérpretes na sistematização, no âmbito da responsabilidade civil por *culpa in contrahendo*¹⁷.

Assim, apesar de o interesse negativo e o interesse positivo serem fórmulas reconhecidas para a ponderação de valores indenizatórios na Ciência Jurídica de variados países europeus, sua distinção e sua respectiva aplicação encontram inconstâncias e mesmo

¹⁶ No original: “L’interesse contrattuale positivo rappresenta i vantaggi che sarebbe stati ottenuti e i danni che sarebbero stati evitati ottenendo l’esecuzione del contratto. L’interesse negativo rappresenta invece i vantaggi che sarebbero stati ottenuti e i danni che sarebbero stati evitati non impegnandosi nelle trattative contrattuali (in particolare: spese inutilmente sostenute per le trattative, per l’eventuale conclusione e in vista dell’esecuzione del contratto e mancato guadagno da altre occasioni trascurate)”. TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. 20. ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 275.

¹⁷ No original: “Tra le tante questioni che si addensano entro lo sterminato istituto della responsabilità civile, che meriterebbero una <<revisitazione>> adeguata, vi è sicuramente quella concernente il c.d. *interesse contrattuale negativo*. Quali siano l’esato significato concettuale, la valenza normativa e la portata sistematica di questa formula, nonostante il suo frequente impiego nella materia del risarcimento del danno, è, in verità, abbastanza oscuro. Di riflesso, risultano incerti anche i contorni e soprattutto la finalità della responsabilità precontrattuale, la quale – come è noto – viene comunemente considerata il terreno di elezione del c.d. interesse negativo; e anche questa costituisce una delle cause delle persistenti oscillazioni degli interpreti nella sistemazione, entro la cornice della responsabilità civile, della *culpa in contrahendo*”. LUMINOSO, Angelo. *La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile*. **Contratto e impresa**. Padova. Vol. 3. 1988. p. 792.

questionamentos que precisam ser enfrentados¹⁸. Além disso, não se identifica na literatura jurídica brasileira uma preocupação com as noções, sendo raras as referências à ponderação dos valores indenizatórios, tendo por consonância o interesse negativo ou o interesse positivo. Há uma forte preocupação centrada na necessidade de se indenizar, porém, não são apresentados instrumentos adequados que guiem o aplicador do direito no momento em que é sopesado o valor a ser entregue à vítima do dano.

A presente pesquisa tem, assim, por objetivo a construção de uma reflexão teórico-prática acerca da utilização das noções de interesse contratual negativo e de interesse contratual positivo, no processo de ressarcimento dos danos pré-contratuais. Para tanto, buscou-se dividir o trabalho em seis capítulos distintos.

O primeiro capítulo busca realizar um acerto semântico, concernente a termos basilares utilizados no desenvolvimento da pesquisa. Há uma manifesta inconstância no uso de noções como dano, interesse e reparação. Logo, a busca de um significado adequado para cada um desses termos e a identificação das suas respectivas interfaces com a teoria da responsabilidade civil demonstram-se tarefas essenciais que possibilitam, inclusive, ofertar um adequado tratamento para o que se procura denominar interesse negativo ou interesse positivo.

O segundo capítulo tem por objetivo trabalhar elementos históricos relativos às possibilidades de configuração da responsabilidade pré-contratual e a sua correlação com as noções de interesse negativo e interesse positivo. Nesse sentido, faz-se necessário compreender a importância das construções jurídicas elaboradas pela Escola da Pandectística, notadamente, por Rudolf von Jhering, em sua teoria da *culpa in contrahendo*. Esses elementos históricos são dotados de relevância extrema, tendo ali nascido as bases para a configuração de uma responsabilidade ainda na fase de formação do negócio jurídico. A repercussão de tais construções teóricas até hoje encontra lugar na Ciência Jurídica, sendo indispensável o seu estudo para qualquer questão que envolva o tema.

¹⁸ Paulo Mota Pinto, abordando as referidas intempéries relativas exclusivamente ao interesse negativo, afirma que “a vida do interesse contratual negativo não foi fácil, noção incompreendida, rejeitada como construção artificial ou impossível de provar, combatida tanto pelos declarativistas como pelos voluntaristas mais extremos, obteve, porém, consagração legal e consolidou-se na dogmática, acompanhando, numa primeira fase, a expansão (aparentemente sem limites) da *culpa in contrahendo*”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1.

O terceiro capítulo trabalha os pressupostos da responsabilidade pré-contratual. Faz-se importante compreender o modo como se forma uma relação contratual, bem como identificar cada uma de suas fases e de suas correlatas características. Atualmente, também devem ser creditadas como pressupostos da responsabilidade em análise a boa-fé objetiva¹⁹ e sua repercussão na proteção das relações de confiança geradas pelo contato social, mesmo na fase pré-contratual. Por fim, a identificação da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual precisa ser analisada, tendo em vista a necessidade de oferecer adequado regime jurídico para o tratamento relativo a cada uma das hipóteses de dano verificadas no momento de formação do contrato.

O quarto capítulo tem por objeto o aprofundamento das questões referentes à distinção existente entre o interesse negativo e o interesse positivo. Para tanto devem ser analisados alguns precedentes teóricos, como a teoria americana em torno das noções de *reliance interest* e *expectation interest* e a construção doutrinária do italiano Claudio Turco. O exame dos atuais fundamentos para as diferentes aplicações do interesse negativo e do interesse positivo deve ser ainda contrastado com a ampliação do emprego da fórmula-par. Antes reduzido às hipóteses de invalidade do contrato, o interesse negativo vivenciou avanço crescente, ultrapassando, inclusive, os limites da responsabilidade pré-contratual. Em seguida, busca-se verificar as vicissitudes produzidas pelo uso das noções na fixação de valores indenizatórios, bem como a relação com outros institutos, como os danos emergentes e os lucros cessantes. Outros elementos que podem influenciar o ressarcimento do dano também devem ser sopesados, tais como a necessidade de mitigação dos prejuízos por parte do lesado e a compensação dos benefícios gerados pelo evento lesivo pré-contratual.

O quinto capítulo busca verificar o contraste da fórmula-par interesse negativo e interesse positivo com as principais hipóteses de danos relacionados com a fase pré-

¹⁹ Sobre a boa-fé objetiva e a *culpa in contrahendo*, discorre António Menezes Cordeiro: “Com torções ou rupturas, sempre possíveis, 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-relacionar 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. Pela tradição romanística, a boa fé está vocacionada para normatizar as relações entre pessoas específicas e, devidamente reforçada pela prática comercial do século XIX, para reger o tráfego negocial, à míngua de preceitos expressos. Pela sua dimensão sistemática, ela concatena lugares distantes, aproximados pelas exigências ordenadoras de um Direito que, porque positivo e logo efectivo, deve ter um qualquer sentido global. Pela elaboração científica, ela permite ver luz onde, de outro modo, reina o empirismo. Pela sua consagração legal, ela confere a todas as soluções que patrocine, uma viabilidade da qual, em termos realísticos, seria inoportuno desdenhar”. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 563.

contratual. Como a responsabilidade pré-contratual é tomada como um fenômeno multifacetado, deve ser empreendido um exame que busque qualificar em cada um de seus principais enquadramentos as formas de sopesamento do ressarcimento, em consonância com o interesse negativo ou o interesse positivo.

O último capítulo tem seu centro no direito brasileiro, buscando identificar a formação e o atual estado da doutrina, da legislação e da jurisprudência brasileiras nas abordagens referentes à responsabilidade pré-contratual e à ponderação do interesse negativo e do interesse positivo. Revela-se imperiosa a identificação do atual estado da matéria, e isso só se pode concretizar por meio de um levantamento das construções teóricas sobre o tema e pela verificação de como os nossos tribunais têm enfrentado a responsabilidade civil pré-contratual e seu consequente ressarcimento. Por sua vez, a análise dos contornos fornecidos pela atual codificação pode servir de ponto basilar para o desenvolvimento de aplicações práticas das noções de interesse negativo e de interesse positivo, no momento de ponderação dos valores indenizatórios para danos pré-contratuais.

Dentro desse panorama, justifica-se, assim, um estudo sobre a aplicação das teorias relativas ao interesse contratual negativo e ao interesse contratual positivo, tendo por cenário o ordenamento jurídico brasileiro. Os subsídios que se procura apresentar podem servir de base para a busca de parâmetros mais tangíveis no momento de fixação de valores indenizatórios, relativos aos danos ocorridos no momento de formação do contrato. Como destacado por João Baptista Villela, “na teoria da responsabilidade civil, o que se procura obter, em última análise, é a restauração de uma igualdade destruída”²⁰. Nesse sentido, a restauração da igualdade destruída pela configuração de um dano pré-contratual só se faz concreta quando o ressarcimento é pensado de forma justa e equânime, baseando-se em parâmetros objetivos, como o interesse negativo ou o interesse positivo.

²⁰ VILLELA, João Baptista. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, n. 22/91, 2ª quinzena de novembro, 1991, p. 490.

I – Interesse, dano e reparação.

A distinção entre interesse negativo e interesse positivo e a sua aplicação às hipóteses de responsabilidade civil pré-contratual no direito brasileiro são os pontos centrais a serem desenvolvidos no presente trabalho. No entanto, a utilização e a problematização das referidas noções deve ser precedida de um acerto semântico que permita a adequada compreensão de alguns termos e expressões aos quais estão diretamente relacionadas.

Desse modo, antes de iniciar a análise dos perfis dogmáticos de verificação e aplicação do interesse negativo e do interesse positivo na formação dos contratos, faz-se imprescindível elencar alguns dos múltiplos significados da expressão *interesse*, bem como identificar analiticamente o seu sentido quando seguida dos termos negativo e positivo. Em paralelo, justifica-se a estruturação conceitual de noções centrais, tangenciadas no desenvolvimento do tema. Além do termo *interesse*, as expressões *dano* e *reparação* não são definidas e aplicadas de maneira unívoca, o que leva à necessidade de se identificar, dentre as suas variadas acepções, um significado adequado para o alcance de nossas pretensões. Nesse contexto, buscar-se-á estabelecer o funcionamento dos mecanismos de *responsabilidade civil* como ponto unificador capaz de fornecer os sentidos apropriados a cada uma das referidas noções.

1.1 O interesse

Entender o conceito de *interesse* revela-se como imperiosa premissa para a compreensão do tema em estudo. O vocábulo não é utilizado de maneira unívoca, apresentando grandes variações semânticas em sua utilização. Trata-se, na verdade, de palavra densa de significados, aproveitada por variados ramos das ciências humanas com acepções bastante diversas. François Ost sustenta que o termo é onipresente, concretizando um *passer-partout*, noção realmente dotada de ubiquidade²¹. Em razão da aludida complexidade,

²¹ OST, François. **Droit et intérêt**. Vol. 2 – entre droit et non-droit: l'intérêt. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. p. 10.

demonstra-se apropriada a transcrição do verbete *interesse*, apresentado no Novo Dicionário da Língua Portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda:

interesse. (Do v. lat. *interesse*, ‘estar entre, no meio; participar’, substantivado.) *S.m.* **1.** Lucro material ou pecuniário; ganho. **2.** Parte ou participação que alguém tem nalguma coisa: *Qual o seu interesse na firma?* **3.** Vantagem, proveito; benefício: *Só age em seu próprio interesse.* **4.** Aquilo que convém, que importa, seja em que domínio for. **5.** Sentimento de cobiça; avidez. **6.** Procura de vantagem pessoal, de proveito. **7.** Sentimento de zelo, simpatia, preocupação ou curiosidade por alguém ou por alguma coisa: *Demonstra interesse pela menina; Tem interesse por assuntos científicos.* **8.** Empenho: *Não tenho interesse na resolução do caso.* **9.** Curiosidade: *O assunto da peça não despertou o menor interesse.* **10.** Qualidade de interessante (2): *história cheia de interesse.* **11.** Relação de reciprocidade entre um indivíduo e um objeto que corresponde a uma determinada necessidade daquele. **12.** V. *juro* (1). **13.** *Jur.* Pretensão que se baseia ou pode basear-se em direito²².

Pela leitura dos significados fornecidos pelo dicionário, resta clara a multiplicidade de usos e acepções da palavra *interesse*²³. Se realizada uma análise apenas no âmbito do direito, o problema não se apresenta de maneira diferente, sendo encontradas variadas formas de emprego da expressão, sem que haja uma correlata uniformidade. Por conta disso, François Ost afirma haver uma imprecisão no uso do termo, originada da diversidade de significações possíveis da palavra. Nesse contexto, a noção de *interesse* apresenta-se mal distinguida, aderindo-se a outros termos, como *causa*, *prejuízo* ou *direito subjetivo*²⁴.

Com relação a esta última categoria, a noção de interesse pode ser analisada como sendo a base para o próprio conceito de *direito subjetivo*. Desse modo, dá-se, por exemplo, a concepção de Jhering, para quem os direitos subjetivos nada mais são que interesses juridicamente protegidos²⁵. De acordo com o autor, poderiam ser identificados em todos os direitos dois elementos: um de natureza material, marcado pelo interesse, e outro de natureza formal, marcado pela proteção concedida pela lei e correlacionado ao direito de ação²⁶.

²² HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 957.

²³ Apesar de o verbete identificar uma noção com conteúdo jurídico, não existe, no campo da ciência do direito, apenas uma forma de aplicação do referido termo, como se verá à frente.

²⁴ OST, François. **Droit et intérêt**. Vol. 2 – entre droit et non-droit: l'intérêt. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. p. 11.

²⁵ JHERING, Rudolf von. **O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Vol. IV. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. p. 220.

²⁶ Na tradução de Rafael Benaion: “Dois elementos constituem o princípio do direito: um substancial, que reside no fim prático do direito (ou interesse), produzindo a utilidade, as vantagens e os lucros que asseguram; outro formal, refere-se a esse fim, unicamente como meio, a saber: proteção do direito, ação da justiça”. JHERING,

Apoiando-se nessa compreensão, como assinalado por Franco Montoro²⁷, “verifica-se que o interesse não é, em si mesmo, o direito subjetivo, mas, sim, o objeto desse direito”²⁸.

Não obstante a referida conclusão, não raro os termos são utilizados de maneira análoga, como se fossem expressões sinônimas. Neste sentido, Ost afirma que, “em razão de certo abrandamento de estilo, vê-se frequentemente as noções de interesse e de direito subjetivo utilizadas de modo indiferente, uma no lugar da outra”²⁹. Todavia, para sua construção teórica, Ost não parte de uma pueril similitude entre as duas noções. O autor desenvolve seu trabalho no sentido de reconhecimento do interesse como elemento de interseção entre o direito e o não direito, cabendo ao ordenamento jurídico reconhecer quais são os interesses mercedores de proteção e tutela jurídica, por meio da elaboração do próprio sistema normativo³⁰. Não é difícil perceber que, analisado dessa forma, o interesse passa a ser compreendido como o elemento propulsor da realização dos direitos em nossa sociedade.

Ost reconhece, ainda, uma série de funções exercidas pelo interesse, em nossa ordem jurídica, que ultrapassam a noção de direito subjetivo. Sobre essas funções, o autor apresenta uma apropriada síntese:

Uma vez que o interesse apresenta-se para nós como uma noção operacional,

Rudolf von. **O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Vol. IV. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. p. 219.

²⁷ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 446.

²⁸ Em outra obra, Jhering apresenta o seguinte conceito de interesse: “El interés, en sentido subjetivo, designa el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida. Si mi intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque yo siento que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de la vida en su sentido lato”. JHERING, Rudolf von. **De interes en los contratos**. Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires : Editorial Atalaya, 1947. p. 76.

²⁹ No original: “Ainsi par exemple, en raison d’un certain relâchement de style (parfois présent même dans les attendus des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme), voit-on fréquemment les notions d’intérêt et de droit subjectif utilisées indifféremment l’une à la place de l’autre”. OST, François. **Droit et intérêt**. Vol. 2 – entre droit et non-droit: l’intérêt. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. p. 11.

³⁰ Sobre a referida questão, François Ost apresenta interessante consideração: “A vida jurídica é feita da luta de incontáveis interesses que frequentemente tomam a forma de ‘pretensões ao direito’ e são, por isso, variadas ‘possibilidades jurídicas’ – direito virtual que aguarda sua atualização sob a forma particular, mas não exclusivamente, de direitos subjetivos. De modo que, em definitivo, o interesse parece bem ser a fonte, senão a medida dos principais conceitos jurídicos. ‘Não havendo interesse, não há ação’, mas, também, ‘não havendo interesse, não há direito’, ‘não havendo interesse, não há obrigação’, ‘não havendo interesse, não há contrato’”. No original: “La vie juridique est faite de la lutte d’innombrables intérêts qui prennent souvent la forme ‘prétentions au droit’ et sont donc autant de ‘possibles juridiques’ – droit virtuel qui attend son actualisation, sous forme notamment, mais pas exclusivement, de droits subjectifs. De sorte qu’en définitive, l’intérêt paraît bien être la source, sinon la mesure, des principaux concepts juridiques. ‘Pas d’intérêt, pas d’action’, mais aussi ‘pas d’intérêt, pas de droit’, ‘pas d’intérêt, pas d’obligation’, ‘pas d’intérêt, pas de contrat’”. OST, François. **Droit et intérêt**. Vol. 2 – entre droit et non-droit: l’intérêt. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. p. 10.

principalmente no direito privado, parece precisamente necessário entender seu modo de ação. Três funções nos aparentam dever ser postas em destaque. Uma função criativa que faz do interesse, tal como o barqueiro da mitologia, o atravessador que conduz novos atores e novas prerrogativas às portas da cena jurídica. Em seguida, uma função limitativa, que consiste em controlar o exercício dos direitos subjetivos e a onipotência das vontades individuais. [...] Enfim, uma função regulativa global, que nos parece ter tomado corpo à ocasião da emergência do direito social, no início deste século, e que se traduz, hoje em dia, em um modelo jurídico coerente, rival e às vezes vitorioso do modelo de adjudicação de direitos³¹.

Observa-se, assim, na tese de Ost, um novo papel a ser desempenhado pelo interesse dentro de um ordenamento jurídico. O interesse gera os direitos, controla o exercício dos direitos e permite uma regulação global, por meio de um equilíbrio necessário entre todos os direitos. O termo passa a ser compreendido em sua complexidade, servindo como base para uma ajustada e nova teoria do direito.

No contexto italiano, objetivando trabalhar com a imprecisão da noção de interesse, em 1984, o cientista político Lorenzo Ornaghi publicou uma antologia denominada “*Il concetto di interesse*”. Na mencionada obra, o autor apresentou um vasto elenco de textos, escritos por famosos teóricos, nos quais o termo foi abordado e analisado em perspectivas variadas, permitindo uma ampla compreensão de sua utilização. Em um texto introdutório, objetivando contextualizar a sua seleção de literatura, Ornaghi trabalhou a história e a compreensão do conceito de interesse, oferecendo uma importante resenha em torno de uma expressão tão vastamente usada no âmbito das ciências da humanidade³².

³¹ No original : “Puisqu’aussi bien l’intérêt nous est apparu comme une notion opératoire, principalement en droit privé, il semble précisément nécessaire comprendre son mode d’action. Trois fonctions nos paraissent devoir être mises en lumière. Une fonction créatrice qui fait de l’intérêt, tel le nocher de la mythologie, le passeur qui conduit nouveaux acteurs et nouvelles prérogatives aux portes de la scène juridique. Une fonction limitative, ensuite, qui consiste à contrôler l’exercice des droit subjectifs et la toute-puissance des volontés individuelles. [...] Une fonction régulative globale, enfin, qui nous paraît avoir pris corps à l’occasion de l’émergence du droit social au début de ce siècle et qui se traduit aujourd’hui par un modèle juridique cohérent, rival parfois victorieux, du modèle d’adjudication des droits”. OST, François. **Droit et intérêt**. Vol. 2 – entre droit et non-droit: l’intérêt. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. p. 17.

³² ORNAGHI, Lorenzo. **Il concetto di interesse**. Milano: Giuffrè, 1984. p. 3 e ss.

Ornaghi apresenta uma análise filológica do termo interesse no âmbito da língua italiana, afirmando que *interesse* constitui a forma substantivada do infinitivo latino *inter-esse*, que significaria propriamente um “estar entre”, “ser parte”, “participar”. Significaria também, impessoalmente, “haver uma diferença entre”, como, por exemplo, entre uma coisa que será feita ou não será feita, expressando o valor de ser importante, de importar para um sujeito de direito³³. Discorrendo, ainda, sobre a significação do termo interesse, Ornaghi sustenta a existência de uma dupla ordem de sentidos:

O semantema, desde as suas origens, apresenta-se, de fato, em uma forma ambivalente. Na primeira acepção, preservada intacta até os nossos dias, "interesse" é entendido no sentido de "fruto do dinheiro". [...] Na segunda acepção, diametralmente oposta àquela que a substituirá (e da qual deriva o significado – para nós ainda hoje o mais comum e familiar – de "vantagem", "utilidade", "atração"), "interesse" é entendido, por outro lado, como "dano", "detrimento", "desvantagem"³⁴.

Percebe-se que as duas significações identificadas por Ornaghi possuem grande repercussão no campo do direito.

O primeiro sentido, como destacado por Ornaghi, é verificado, ainda hoje, em diversos ordenamentos jurídicos. Nesse contexto, a expressão interesse é habitualmente utilizada no sentido de produção de juros, isto é, o interesse gerado por um capital equivaleria aos juros por ele produzidos no decurso do tempo. Assim, quando alguém empresta alguma quantia em dinheiro, vê-se privado do uso de seu capital, devendo, por isso, ser remunerado. Essa remuneração, por sua vez, consubstancia o interesse deste sujeito na própria realização daquele contrato.

A segunda acepção identificada é a que se apresenta mais aderida ao uso comum e a que, também, terá maiores consequências no âmbito jurídico. Inicialmente, há uma aplicação do termo como expressão sinônima de dano. A interface entre essas duas noções revela-se como um constante na literatura jurídica, levando, por outro lado, a diferentes

³³ Na original redação do autor: “La voce italiana ‘interesse’, secondo quanto ci insegnano i filologi, costituisce la forma sostantivata dell’infinito latino « inter-esse », che se propriamente è un ‘essere tra’ (quindi, ‘essere parte’ e ‘partecipare’), significa anche, impersonalmente, ‘esserci una differenza fra’ (ad esempio, fra il fatto che una cosa si farà oppure non si farà: da cui il valore – già in età classica – di ‘essere importanza’ e ‘importare’).” ORNAGHI, Lorenzo. **Il concetto di interesse**. Milano: Giuffrè, 1984. p. 4.

³⁴ No original: “Il semantema, sin dalle sue origini, si presenta infatti in una forma ambivalente. Nella prima accezione, preservatasi intatta fino ai nostri giorni, ‘interesse’ è inteso nel senso de ‘fruto del denaro’. [...] Nella seconda accezione, diametralmente oposta a quella che la soppiantterà (e da cui deriva il significato – per noi ormai il più comune e familiare – di ‘vantaggio’, ‘utilità’, ‘attrattiva’), ‘interesse’ è inteso invece come ‘danno’, ‘detrimento’, ‘svantaggio’”. ORNAGHI, Lorenzo. **Il concetto di interesse**. Milano: Giuffrè, 1984. p. 4.

enquadramentos e formas de compreender o que é um dano e, mais ainda, o que é um interesse. As múltiplas formas de inter-relacionar os dois termos conduziram a uma notável imprecisão, tendo o seu uso se modificado no decurso do tempo. Sobre a evolução no emprego do termo, sustenta Ornaghi:

Na verdade, o essencial papel do *interesse* – e, ao mesmo tempo (o que importa aqui, sobretudo, observar), a sua natureza ambivalente – se desenvolve por inteiro somente após esse, já usado na forma de substantivo a partir do século XIII, tornar-se um conceito-chave para indicar o dano derivante de um dever de ressarcimento: com a consequência de que, se um interesse envolve – visto da parte do devedor – “algo” a ser pago (e, portanto, se identifica com uma “desvantagem”), esse mesmo interesse, comporta, por outro lado – visto da parte do credor – uma “coisa” a ser recebida (e se identifica, portanto, com um “benefício”)³⁵.

A aproximação do interesse ao dano pode ser compreendida, também, como concretização de uma forma de quantificar o ressarcimento em razão da vivência de um prejuízo no âmbito de titularidade de um determinado sujeito de direito. Paulo Mota Pinto afirma que o termo interesse é empregado, nesse senso, “tanto como *situação jurídica tutelada* como enquanto “*fórmula de cálculo*” ou quantificação do *dano* –, o que seria responsável por grande parte das perplexidades e incertezas que se encontram na doutrina e na prática a seu respeito”³⁶.

É importante compreender que, do ponto de vista histórico, a utilização do interesse como parte do método de reparação do lesado já se encontrava presente no direito romano. A expressão *id quod interest* é comumente identificada como elemento usado para a ponderação de valores indenizatórios. Em verdade, “tratava-se não de um conceito formal, mas de uma noção valorativa, não sendo a sua aplicação no caso concreto uma subsunção lógica, e antes conformação criadora”³⁷. Paulo Mota Pinto apresenta duas distintas linhas de compreensão da romanística sobre o uso do termo nas fontes romanas:

Os critérios (e o alcance) desta valoração dividem, porém, a doutrina: por

³⁵ No original: “In effetti, però, l’essenziale ruolo dell’*interesse* – ed ad un tempo (ciò che qui conta soprattutto osservare) la sua natura ambivalente – si dispiega per intero soltanto dopo che esso, ormai usato in forma di sostantivo a partire dal secolo XIII, diventa un concetto-chiave per indicare il danno derivante da un obbligo di risarcimento: con la conseguenza che, se un interesse comporta – visto dalla parte del debitore – ‘qualcosa’ da pagare (e, quindi, s’identifica con uno ‘svantaggio’), questo stesso interesse comporta invece – visto dalla parte del creditore – un ‘qualcosa’ da ricevere (e s’identifica, pertanto, con un ‘vantaggio’)”. ORNAGHI, Lorenzo. **Il concetto di interesse**. Milano: Giuffrè, 1984. p. 6.

³⁶ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 502.

³⁷ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 95.

um lado, sublinhando-se embora os vários sentidos da expressão *id quod interest* e a liberdade do *iudex* para tal valoração (sendo essa concessão uma margem de liberdade justamente a função da noção de *id quod interest*), indica-se como sua linha geral, autonomamente seguida pelo *iudex*, a referência, numa consideração tipicizante, a grandezas *objectivas*, tais como o preço da compra ou o valor do mercado (tratar-se-ia de valorar situações objectivas e típicas); do outro lado, salienta-se antes que a noção de *quod interest* implica justamente a contraposição em relação a um cálculo assente em padrões objectivos, apontando desde sempre para uma avaliação subjectiva e concreta, em função das circunstâncias individuais do demandante, incluindo interesses que recairiam hoje sob a designação de danos indiretos, e apenas não chegando a uma obrigação de indenização demasiado ampla por não se perguntar pela causalidade entre o evento lesivo e o prejuízo (ante o *iudex* procuraria determinar livremente considerando a prova produzida, a soma pecuniária que compensaria a lesão). E outras limitações ao conceito de *id quod interest* têm sido também defendidas³⁸.

António dos Santos Justo, por exemplo, compreende o *id quod interest* como uma avaliação ligada a aspectos subjectivos do demandante. Ao tratar da determinação das fórmulas, o autor afirma: “se tem uma *intentio certa*, a condenação é fixada no valor objectivo da *res* (*quanti ea res est*); se a *intentio* for *incerta*, pode funcionar o critério subjectivo: a *condemnatio* incide sobre o valor que a *res* tem para o credor (*id quod interest*)”³⁹.

Não obstante a carência de unidade na identificação da real utilização da expressão no direito romano clássico, verifica-se que o *id quod interest* apresentava-se, ao menos, ligado ao processo de quantificação dos valores indenizatórios. Seja pautando-se em critérios objetivos ou em uma maior abertura de apreciações subjectivas pelo *iudex*, o interesse estava diretamente relacionado a uma avaliação da situação patrimonial a ser reparada, notadamente, no que concerne aos ideais de valores reparatórios. Nesse sentido, afirma Giuliano Crifò que “a medida do ressarcimento é dada pelo *id quod interest*, que compreendia o dano emergente e o lucro cessante: isso permite verificar a relação estreitíssima entre dano e interesse”⁴⁰.

Somente no direito germânico, o termo interesse vai finalmente interligar-se ao instituto da *culpa in contrahendo*, sendo acompanhado das expressões *negativo* e *positivo*. Rudolf Von Jhering foi o responsável pela criação das locuções, dotando-as de sentido

³⁸ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 95.

³⁹ JUSTO, António Santos. **Direito privado romano**. Vol. II – Direito das obrigações. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 206.

⁴⁰ Na redação original: “La misura del risarcimento è data dall’*id quod interest*, comprensivo del danno emergente e del lucro cessante: ciò che fa vedere il rapporto strettissimo fra danno e interesse [...]”. CRIFÒ, Giuliano. **Danno (storia)**. **Enciclopedia del diritto**. Coord. Francesco Calasso. Vol. XI. Milano: Giuffrè, 1967. p. 618.

próprio, como se verá no capítulo seguinte. Sua teoria foi extremamente discutida no período que o seguiu e, atualmente, identifica-se, inclusive, sua consagração no texto do Código Civil alemão. No entanto, mesmo nesse âmbito, não há uma única compreensão sobre os sentidos que seu emprego apresenta. Sobre as referidas controvérsias, sustenta Paulo Mota Pinto:

[...] a noção “interesse” também é utilizada do BGB para designar hipóteses de “interesse negativo”, no § 122, n.º 1, parte final, e no § 179, n.º 2 (uma vez que o § 307, n.º 1, relativo à impossibilidade originária, foi revogado em 2002). O sentido específico do “interesse” que é referido em tal expressão é também controvertido: enquanto alguns identificam aqui o “interesse” com a *medida da indenização* ou com o dano, nos termos gerais, há quem entenda que, no contexto da distinção corrente entre interesse positivo e interesse negativo, teria um *sentido específico*, designando o *aditivo* ou *minuendo* na subtração para que remete a “fórmula da diferença” (“a quantia superior na ‘subtração’ para obtenção do dano, portanto o estado em caso de hipotético cumprimento ou hipotética não existência da relação específica”)⁴¹.

Observa-se, por conseguinte, que nem mesmo no específico campo da *culpa in contrahendo*, faz-se possível identificar um único sentido para a palavra interesse. Como a noção carrega consigo, desde sua origem, uma contínua indeterminação, revela-se tarefa difícil dotá-la de um tratamento uniforme, mesmo quando está em análise algum tema específico. Desse modo, como forma de afastar a referida imprecisão, demonstra-se necessária a realização de um contraste com as noções de dano e de reparação. A delimitação de um específico campo para a aplicação do interesse, conjuntamente com a interface conceitual empreendida, permitirá dotar o termo de uma apropriada significação para o contexto do presente trabalho.

1.2 O dano

A crescente complexidade social traz consigo um maior potencial de concretização de danos. O avanço tecnológico e as suas múltiplas vicissitudes, presentes em nosso cotidiano, multiplicaram as situações danosas, requerendo novos posicionamentos do direito, de modo a propiciar maior proteção a todos os indivíduos. A necessidade de segurança levou a um incremento da teoria da responsabilidade civil, sem que, no entanto, fosse afastado o seu elemento basilar, qual seja o dano.

A noção de dano ocupa posição central na teoria da responsabilidade civil, pois a sua

⁴¹ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 525.

configuração é elemento imprescindível, até mesmo, para que se fale de reparação. Não há lugar para a fixação de um *quantum* indenizatório, se não houver prova de que ocorreu uma lesão que a justifique, sob pena de restar configurado enriquecimento sem causa de um sujeito⁴².

No entanto, do mesmo modo que ocorre com o termo interesse, não se revela possível a identificação de uma uniformidade no tratamento dado ao dano⁴³. O recurso às fontes romanas não facilita o trabalho do intérprete, tendo em vista que, já naquele momento histórico, são variados os seus usos e aplicações. Sobre a questão, posicionam-se Francesco Busnelli e Salvatore Patti:

Nem mesmo o exame das fontes jurídicas romanas ajuda a reconstruir um conceito unitário de dano, encontrando-se numerosas especificações, um uso frequente de sinônimos e antônimos e uma insuficiente expressão das várias possibilidades conceituais. As incertezas encontradas no plano etimológico foram explicadas observando que somente depois de uma longa evolução o termo *damnum* adquiriu o significado de perda ou diminuição patrimonial, bem como o de preço de composição para o prejuízo causado⁴⁴.

Como asseverado pelos autores, nem mesmo no direito romano, demonstra-se factível a identificação de uma unidade conceitual na aplicação da expressão dano. Não obstante tal fato, o ordenamento jurídico romano é tomado como base para os estudos históricos sobre a disciplina do *dano*. Em tal contexto, a *Lex Aquilia* é apontada como marco normativo, do qual se origina a atual noção de responsabilidade extracontratual, e que propiciou novos enquadramentos jurídicos sobre o tema⁴⁵. Sua principal repercussão reside na criação de um

⁴² Excepciona-se aqui a construção jurídica do denominado dano *in re ipsa*. De acordo com Cavalieri Filho, essa tipologia de dano “deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto*, está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum”. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116.

⁴³ O Código Civil brasileiro utiliza em variados momentos a locução “perdas e danos”. Contudo, Francisco Paulo de Crescenzo Marino destaca que: “Ao passo que o dano é uma categoria geral estudada no quadro da responsabilidade civil (seja contratual, seja delitual), as perdas e danos traduzem uma determinada bipartição classificatória dos prejuízos patrimoniais indenizáveis (danos emergentes e lucros cessantes), representando, portanto, uma fórmula sintética, desenvolvida na regra geral do art. 402 e nas demais regulações de pretensões indenizatórias típicas esparsas pelo Código Civil”. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Perdas e danos. Obrigações*. Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011. p. 657.

⁴⁴ Na redação original: “Neanche l’esame delle fonti giuridiche romane aiuta a ricostruire un concetto unitario di danno, rinvenendosi numerose specificazioni, un uso frequente di sinonimi e contrari ed una insufficiente espressione delle varie possibilità concettuale. Le incertezze riscontrabili sul piano etimologico sono state spiegate osservando che soltanto a seguito di una lunga evoluzione il termine *damnum* acquistò il significato di perdita o diminuzione patrimoniale, nonché di prezzo di composizione per il pregiudizio arrecato”. BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. 3. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2013. p. 3.

⁴⁵ De acordo com Max Kaser, a *Lex Aquilia* foi elaborada em torno de 286 a.C., segundo precedentes nas XII Tábuas, e estabelecia um regime fundamental para os danos que alguém sofria por lesão (ou destruição) de

novo tipo de delito: *damnum iniuria datum*. Michel Villey assinala que a história da referida figura é bastante curiosa. Inicialmente, era preciso que o prejuízo fosse causado materialmente no *corpo* do bem. Mas, no decurso da época clássica, verifica-se uma contínua ampliação em sua aplicação a situações semelhantes, levando-a, pouco a pouco, a dar reparação de quase todos os prejuízos causados por uma falta⁴⁶.

Ainda sobre a figura do *damnum iniuria datum*, dispõe António dos Santos Justo tratar-se de “um *delictum* que consiste na produção culposa de um dano em *res* alheia. Foi regulado pela *Lex Aquilia* provavelmente um plebiscito que terá sido votado no ano 287 a.C. para assegurar aos plebeus o pagamento de danos causados aos seus bens pelos patrícios”⁴⁷. Assim, apesar de as fontes romanas não apresentarem uma sistematicidade relativamente à noção de *damnum*, as origens do instituto, conforme sua atual compreensão, já pode ser ali identificada. Por outro lado, como destacado por Geneviève Viney, o direito romano manteve-se sempre fiel ao método casuístico, não tendo jamais sido ali identificado um princípio geral de responsabilidade civil⁴⁸.

Partindo para uma análise semântica, de acordo com o Novo Dicionário da Língua Portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda, dano poderia ser assim conceituado:

dano. (Do lat. *damnu*) S.m. **1.** Mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral: *Grande dano lhe fizeram as calúnias*. **2.** Prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus. **3.** Estrago, deterioração, danificação: *Com o fogo o prédio sofreu enormes danos*⁴⁹.

Todos os verbetes apresentados traduzem, de certo modo, uma vivência negativa suportada por uma pessoa. A alteração de uma situação fática, convertida em uma posição desfavorável para uma pessoa, pode ser denotada de todas as definições. Transpondo a referida análise para o campo da ciência do direito, de acordo com Adriano De Cupis, dano

escravos ou bens materiais. KASER, Max. **Direito privado romano**. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 287.

⁴⁶ VILLEY, Michel. **Direito romano**. Trad. Fernando Couto. Porto: Res, 1991. p. 149. No mesmo sentido: KASER, Max. **Direito privado romano**. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 288.

⁴⁷ JUSTO, António Santos. **Direito privado romano**. Vol. II – Direito das obrigações. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 132.

⁴⁸ No original: “Toutefois, le droit romain est toujours resté fidèle à la méthode casuistique : il n’a jamais dégagé un principe général de responsabilité civile”. VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil**: introduction à la responsabilité. Sous la direction de Jacques Ghestin. 3. ed. Paris : L.G.D.J., 2007. p. 10.

⁴⁹ HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 519.

significa perda ou prejuízo, isto é, uma aniquilação ou alteração de uma situação favorável⁵⁰. Desse modo, quaisquer prejuízos que tenhamos em nosso atual estado, sejam esses com origem na natureza ou na atuação do homem, seriam considerados como consequências de danos, podendo ser identificados prejuízos de ordem material (ligado aos bens patrimoniais) e prejuízos de ordem moral (ligados a um abalo emocional ou pessoal).

A literatura jurídica, habitualmente, emprega as expressões dano e prejuízo como se sinônimos fossem. No entanto, releva que seja feito um breve exercício distintivo tomando-se por base diferentes perspectivas de apreciação do evento lesivo: dano é o que se produz, prejuízo é o que se sofre. O dano é compreendido como o fato ocasionador de uma lesão a bem jurídico. Desse modo, uma colisão entre veículos, por exemplo, pode ser tomada como hipótese de materialização de dano. Já o prejuízo é entendido como a consequência do dano, localizada no âmbito de titularidade do lesado. Tomando por base o exemplo acima, o prejuízo seria a diminuição patrimonial ocasionada pelo dano, isto é, o equivalente aos prejuízos causados ao carro vitimado⁵¹. Apesar dessa diferenciação, o fenômeno é apenas um, sendo tratado de maneira única pelo nosso ordenamento jurídico. A importância distintiva reside, apenas, no plano teórico, tendo em vista que o enquadramento como dano ou como prejuízo já é suficiente para ensejar a aplicação dos mecanismos de responsabilidade civil.

Ao analisar a configuração do dano, no contexto presente, demonstra-se necessário tomar a figura sob duas perspectivas diversas. De um lado, o dano deve ser ponderado enquanto fenômeno social, passível de concretização em variados contextos e situações. De outro lado, o dano pode ser examinado enquanto fato jurídico, ou seja, fato capaz de gerar repercussões em um dado ordenamento. Há, desse modo, uma tarefa distintiva que merece ser, aqui, desenvolvida, qual seja a diferenciação entre o conceito vulgar de dano e conceito

⁵⁰ DE CUPIS, Adriano. *Danno*. **Enciclopedia del diritto**, Vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962. p. 622.

⁵¹ Sobre a diferenciação entre dano e prejuízo sustentam Geneviève Viney e Patrice Jourdain: “No entanto, vemos florescer uma corrente doutrinária denunciando essa confusão e suplicando por uma nítida distinção. Baseia-se na origem histórica dos termos, para relembrar que no direito romano, o *damnum* da lei *aquilia*, que era o ataque à integridade física, não tinha o mesmo significado que o *praejudicium*. O dano seria a lesão, o ataque a um bem, à integridade física de uma pessoa, isto é, um simples fato sem significação jurídica. Quanto ao prejuízo, apenas tidos em conta pela lei, é uma consequência patrimonial ou extrapatrimonial do dano e é objeto de uma indenização”. No original: “Pourtant, on voit fleurir un courant doctrinal dénonçant cette confusion et plaidant pour une distinction tranchée. Il s’appuie sur l’origine historique des termes pour rappeler qu’en droit romain le *damnum* de la loi *aquilia*, qui était l’atteinte à l’intégrité physique, n’avait pas le même sens que le *praejudicium*. Le dommage serait la lésion, l’atteinte soit à un bien, soit à l’intégrité physique d’une personne, c’est-à-dire un simple fait sans signification juridique. Quant au préjudice, seul pris en compte par le droit, il est une conséquence patrimoniale ou extrapatrimoniale du dommage et est l’objet d’une indemnisation”. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les conditions de la responsabilité. Sous la direction de Jacques Ghestin. 3. ed. Paris : L.G.D.J., 2006. p. 3.

jurídico de dano. Sobre a questão, Hans Albrecht Fischer apresenta apropriadas considerações:

Na linguagem vulgar entende-se por dano todo o prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a causa da lesão. O dano pode inclusivamente causá-lo o próprio indivíduo que o experimenta, nem sequer deixando de ser tal a lesão que não puder atribuir-se à actividade de qualquer pessoa. Na linguagem científica (jurídica) parte-se inicialmente duma acepção semelhante da palavra dano (*damnum*). É dano todo o prejuízo que o sujeito de direitos sofre através da violação dos seus bens jurídicos, com excepção única daquele que a si mesmo tenha inferido o próprio lesado: êsse é juridicamente irrelevante. Na verdade, dentro do direito positivo o dano só interessa emquanto facto que condiciona a aplicação duma *pena* ou a constituição dum *dever de indemnizar* como consequências jurídicas⁵².

O que efetivamente converte um dano em um fato relevante para o direito é o elemento juridicidade. Apenas quando o direito reconhece efeitos para a ocorrência do fenómeno dano, estaremos diante de um dano como fato jurídico. Desse modo, os denominados meros aborrecimentos, apesar de causarem prejuízos ao sujeito, não são vistos como dano em sentido jurídico, merecedores de uma tutela indenizatória. É a norma a responsável por definir um prejuízo como configurador de um dano, prevendo efeitos jurídicos para as hipóteses em que ocorra a sua concretização. Em nenhum ordenamento, o legislador reagiu a quaisquer tipos de danos, sendo justamente esse o critério de distinção entre o dano como fenómeno e o dano como fato jurídico (não se olvidando que este último é espécie qualificada do primeiro tipo)⁵³. Afirma Adriano De Cupis:

Aderindo-se a fato jurídico, o dano não descarta a própria essência física, mas a esta acrescenta a juridicidade. Dois elementos concorrem, então, para constituir sinteticamente a sua estrutura: 1) o elemento material ou substancial, representando o núcleo interior e consistindo no fato físico (fato considerado seja em sua concretização, atuação – aspecto dinâmico – seja em sua subsistência – aspecto estático); 2) o elemento formal, que provem da norma jurídica⁵⁴.

Analisando o dano enquanto fato jurídico, é preciso destacar que um fato humano deve estar na base do dano materializado. De acordo com Adriano De Cupis, fora dos fatos

⁵² FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 7.

⁵³ DE CUPIS, Adriano. **Danno**. **Enciclopedia del diritto**, Vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962. p. 623.

⁵⁴ Na redação original: “Assurgendo a fatto giuridico, il danno non dismette la propria essenza fisica, ma a questa si aggiunge la giuricità. Due elementi concorrono allora a costituire sinteticamente la sua struttura: 1) l’elemento materiale o sostanziale, rappresentante il nucleo interiore e consistente nel fatto fisico (fatto considerato sia nel suo divenire, attuarsi – aspetto dinamico – sia nel suo sussistere – aspetto statico); 2) l’elemento formale, che proviene dalla norma giuridica”. DE CUPIS, Adriano. **Danno**. **Enciclopedia del diritto**, Vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962. p. 622.

humanos, não se pode falar de antijuridicidade ou ilicitude, do mesmo modo que não se pode falar de licitude⁵⁵. Assim, somente quando o dano é produzido por um fato humano, é possível pensar-se em um dano antijurídico.

Adriano De Cupis apresenta outra importante contraposição, qual seja aquela existente entre danos antijurídicos e danos não antijurídicos. Habitualmente, os danos apresentam-se sob a forma de danos antijurídicos, ou seja, causados por uma atuação em desconformidade com a norma. Assim, quando o sujeito atua fora dos limites trazidos pelo ordenamento jurídico, pode vir a causar um prejuízo a outrem, configurando um dano antijurídico. Sustenta o autor que “o dano antijurídico caracteriza-se pela especial natureza da reação jurídica que se executa contra esse. A reação assume, em verdade, a fisionomia mais determinada de sanção”⁵⁶.

No entanto, nem toda conduta antijurídica será capaz de materializar um dano na esfera jurídica de um titular. Adriano De Cupis esclarece a questão por meio de um exemplo significativo. Ao invadir uma propriedade alheia, o sujeito está agindo em desconformidade com a norma e, portanto, materializando conduta antijurídica. Ocorre que, de tal fato humano e antijurídico, não necessariamente decorreram prejuízos, não concretizando, por consequência, nenhuma tipologia de dano⁵⁷.

Passando para análise dos danos não antijurídicos, deve ser destacado que existem algumas situações em que o sujeito sofre um prejuízo, apesar de o mesmo não ter tido origem em uma conduta ilícita. De acordo com Adriano De Cupis, quando um interesse é atingido, verifica-se um prejuízo, um dano; e se esse dano provém de uma causa estranha ao sujeito que o sofre e produz uma reação jurídica a favor deste último sujeito, será sempre, com toda clareza, um dano em senso jurídico, independentemente da sua antijuridicidade⁵⁸.

Os casos de passagem forçada⁵⁹ e de passagem de cabos e tubulações⁶⁰ são bons

⁵⁵ DE CUPIS, Adriano. Danno. **Enciclopedia del diritto**, Vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962. p. 623.

⁵⁶ No original: “Il danno anti-giuridico si caratterizza per la speciale natura della reazione giuridica che se svolge contro di esso. La reazione assume, invero, la fisionomia più determinata di sanzione”. DE CUPIS, Adriano. Danno. **Enciclopedia del diritto**, Vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962. p. 624.

⁵⁷ DE CUPIS, Adriano. Danno. **Enciclopedia del diritto**, Vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962. p. 623.

⁵⁸ DE CUPIS, Adriano. Danno. **Enciclopedia del diritto**, Vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962. p. 624.

⁵⁹ Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.

exemplos para ilustrar a ausência de ato antijurídico, mas a existência de um dano. Nessas situações, o proprietário é obrigado a permitir acesso à via pública de vizinho ou a tolerar a passagem de cabos e tubulações pela sua propriedade, sendo clara a existência de um prejuízo ao titular do domínio. Ocorre que, em ambos os casos, não se está diante de comportamento violador de regra imposta pela norma. Contrariamente, trata-se de situação tutelada pelo direito e que se realiza em sua absoluta conformidade. Como é causadora de um dano, também nessa hipótese, é prevista uma indenização a ser paga pelo sujeito que deseja impor a passagem forçada ou que pretenda fazer passar cabos e tubos pela propriedade alheia. Nessas hipóteses, a qualificação como dano não revela uma sanção do ordenamento jurídico, mas apenas uma forma de equilibrar as situações jurídicas particulares envolvidas no caso concreto. Afirma Adriano De Cupis que não se pode acolher em seu caráter absoluto o direito romano, o qual subordinava o conceito jurídico de dano àquele de injúria; mas deve também se admitir que o dano somente, de forma excepcional, assume senso jurídico⁶¹.

Em senso jurídico, deve ser destacada uma constante tentativa de tipificar os danos em categorias distintas, baseando-se em variados critérios classificatórios. Esse labor doutrinário segue algumas premissas e tipologias básicas e, em outros momentos, busca construir novas figuras, tomando por supedâneo características distintivas e peculiares presentes no contemporâneo contexto jurídico-social. Para o presente trabalho, revela-se, no entanto, essencial a abordagem apenas de algumas das contraposições, notadamente, aquela existente entre dano material e dano moral e aquela presente na distinção entre dano emergente e lucro cessante.

No que concerne à primeira categorização, demonstra-se importante ter em consideração a possibilidade de os danos repercutirem diretamente sobre o patrimônio de um determinado indivíduo, ou sobre aspectos de sua vivência pessoal. Sem ter a pretensão de esgotar a temática, deve ser destacado que o dano material – também denominado patrimonial – é relativo a questões que envolvem diretamente bens e ganhos do lesado. Já o dano moral –

⁶⁰ Art. 1.286. Mediante recebimento de indenização que atenda, também, à desvalorização da área remanescente, o proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa.

⁶¹ Na redação original: “Non può accogliersi nella sua assolutezza il diritto romano << nemo damnun facit nisi qui id fecit, quod facere ius non habet>> (Dig. 50, 17, 151), il quale assolutamente subordinava il concetto giuridico di danno a quello dell’ingiuriosità; ma deve anche ammettersi che il danno, il quale non sia contra ius, solo eccezionalmente assume senso giuridico”. DE CUPIS, Adriano. Danno. **Enciclopedia del diritto**, Vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962. p. 625.

ou dano extrapatrimonial – deve ser analisado em interface com os prejuízos sofridos pela pessoa em elementos atinentes à sua personalidade, como lesões à honra, à imagem, à privacidade ou à integridade física. Não é difícil notar que as situações ensejadoras de dano material são facilmente conduzidas a uma solução ressarcitória, ligada à ponderação das perdas patrimoniais vivenciadas pela vítima. De modo oposto, os danos morais apresentam-se como realidades de difícil ponderação no caso concreto, levando a uma grande variação no momento de sua fixação pelo juiz. No que concerne à responsabilidade pré-contratual, ver-se-á à frente que ambas as categorias de dano podem ser também sopesadas, sem que seja verificado qualquer tipo de limitação a uma das categorias⁶².

A outra distinção está centrada em uma contraposição entre passado e futuro. Os danos emergentes são aqueles apurados tomando em consideração o passado, isto é, são aqueles prejuízos concretizados diretamente pela conduta lesiva ou aquilo que se perdeu. Já os lucros cessantes voltam-se para o futuro, uma vez que objetivam reconstituir o que a vítima do dano deixou de ganhar. Nessa hipótese, o cálculo deve ser realizado tendo em consideração os ganhos que seriam razoavelmente colhidos pelo sujeito, se o dano não tivesse se materializado. Ambas as categorias, também, poderão ser configuradas nas hipóteses de dano na formação do contrato, tendo em vista a possibilidade de serem gerados prejuízos imediatos e prejuízos ligados aos proveitos futuros que deixaram de ser percebidos.

Após a breve descrição do que se compreende por dano, tomado como fato jurídico, bem como as suas tipologias mais importantes, revela-se essencial verificar a intrínseca relação existente entre esse conceito e a noção de interesse. Como já visto, não raro, a doutrina conceitua o dano como “lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado”⁶³. Assim, somente um interesse humano poderia ser tratado como dano, prevendo o ordenamento jurídico os mecanismos para a sua proteção. Segundo Adriano De Cupis, para compreender o que seja interesse é necessário, primeiramente, entender o que é um bem jurídico. Para o autor, um bem, em sentido amplo, se identifica com tudo aquilo que pode satisfazer uma necessidade humana⁶⁴. A partir desse conceito, o autor apresenta sua

⁶² Destaca-se, neste ponto, que no Brasil, por meio da construção jurisprudencial do STJ, admite-se, hoje, a ponderação autônoma do dano estético, sem que tenham que ser feitos recursos às figuras do dano material ou do dano moral. O referido entendimento encontra-se atualmente sumulado pelo Tribunal, conforme se pode verificar por meio da leitura da Súmula 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 93.

⁶⁴ DE CUPIS, Adriano. **Danno**. *Enciclopedia del diritto*, Vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962. p. 626.

compreensão de interesse, bem como a sua relação com a ideia de dano:

Quanto ao interesse, esse pode ser definido como a relação intermediária entre o ente que sofre a necessidade e o ente idôneo a satisfazê-lo. Enquanto, para o conceito de bem é suficiente a atitude de satisfação de uma necessidade humana, interesse, contrariamente, é a possibilidade que uma necessidade de um ou mais sujeitos indeterminados venha a ser satisfeita mediante um bem. É propriamente o interesse, assim compreendido, que vem considerado como objeto da tutela jurídica e do dano em senso jurídico⁶⁵.

Como já assinalado, por vezes, é possível encontrar na doutrina a utilização da expressão interesse como sinônima de dano. Segundo Paulo Mota Pinto, haveria inclusive “uma predominância para a identificação do interesse com o dano, medido nos termos da fórmula mommseniana da diferença, ou como medida da indemnização”⁶⁶.

A teoria da fórmula da diferença, desenvolvida por Friedrich Mommsen, apresenta-se, nesse campo, como importante marco para o estudo da figura do dano⁶⁷. De acordo com o mencionado referencial teórico, um dano corresponderia à exata diferença entre a situação atual em que se encontra o lesado e a situação em que ele estaria se o evento lesivo não tivesse se concretizado. Desse modo, por exemplo, o dano ocasionado por uma colisão veicular seria identificado na diferença patrimonial gerada no âmbito de titularidade da vítima, o que corresponderia aos defeitos ocasionados no veículo. Além disso, é fácil perceber que a fórmula da diferença atua diretamente sobre a ponderação do *quantum* indenizatório, tendo em vista que o ressarcimento deverá ser o suficiente para colocar o lesado na situação em que estava antes do advento da ocorrência do dano.

Adriano De Cupis, ao trabalhar o conceito de dano construído por importantes autores italianos, apresenta uma interessante relação entre os conceitos de dano e interesse, estabelecendo que o interesse consubstanciaria a medida do dano:

⁶⁵ No original: “Quanto all’interesse, esso può definirsi come la relazione intercedente tra l’ente che subisce il bisogno e l’ente idonea a soddisfarlo (bene). Mentre al concetto di bene è sufficiente l’attitudine alla soddisfazione di un bisogno umano, interesse, invece, è la possibilità che un bisogno di uno o più determinati soggetti venga soddisfatto mediante un bene. È proprio l’interesse così inteso che va considerato come oggetto della tutela giuridica e del danno in senso giuridico”. DE CUPIS, Adriano. Danno. **Enciclopedia del diritto**, Vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962. p. 626.

⁶⁶ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 521.

⁶⁷ A fórmula da diferença, proposta por Friedrich Mommsen, será aprofundada no item 2.1.2 do presente trabalho.

Se consultarmos dois entre os mais importantes escritores italianos em matéria de dano, Ferrini e Chironi, observamos a diversidade de definições: o primeiro considera dano “tudo quanto seja custo produzido pelo ato culposo”; o segundo afirma que este é constituído “da diferença que existe entre o estado do patrimônio no tempo que a culpa ocorreu e o estado que estava antes, e aquele em que estaria se à obrigação fosse dada a devida execução”. A segunda definição exprime o interesse (medida do dano): enquanto a primeira se refere ao prejuízo em que consiste o dano. Oertmann observou que alcançar o *id quod interest* constitui um cálculo a ser realizado pelo juiz, e que coisas diferentes são o prejuízo e a sua expressão quantitativa⁶⁸.

Dessa forma, de acordo com o autor italiano, o interesse seria a diferença existente no patrimônio da pessoa que sofreu o dano, delimitando a extensão do último. O prejuízo seria o que caracteriza o dano em si. Já o interesse materializaria o alcance do aludido prejuízo, sendo representado por uma fórmula. A referida conceituação leva-nos ao elemento reparação; tal instituto é o resultado final para o qual se volta o interesse, que, por sua vez, tem sua origem na ocorrência material de um dano.

1.3 A reparação

Apoiando-se na teoria da responsabilidade civil, a materialização de um dano tem como premissa a identificação de prejuízos na esfera de titularidade de um sujeito, prejuízos esses que não teriam ocorrido se não fosse o ato lesivo. Logo, demonstra-se imprescindível apurar se haverá ou não a necessidade de reparar o dano, bem como quais serão os meios para se restaurar a situação do sujeito lesado⁶⁹. A reparação, desse modo, apresenta-se como a principal consequência do evento lesivo. Quando se verifica a concretização de um dano, os

⁶⁸ Na redação original: “Se consultiamo due tra i più importanti scrittori italiani in materia di danno, il Ferrini e il Chironi, osserviamo la diversità delle definizioni: il primo considera dano “tutto quanto lo *scapito* prodotto dall’atto colposo”; il secondo afferma che esso è costituito “dalla *differenza* ch’è tra lo stato del patrimonio nel tempo in cui la colpa è avvenuta e lo stato in cui era prima, e quello in cui sarebbe stato se alla obbligazione si fosse data la dovuta esecuzione”. La seconda definizione esprime l’interesse (misura del danno): mentre la prima si riferisce al pregiudizio in cui consiste il danno. L’Oertmann ha osservato che accertare l’*id quod interest* costituisce un calcolo spettante al giudice, e che diversa cosa sono il pregiudizio e la sua espressione quantitativa”. DE CUPIS Adriano. **Contributi alla teoria del risarcimento del danno**. Milano: Giuffrè, 1939. p. 12.

⁶⁹ Sobre a ocorrência de um dano e sua reparação, discorre Hans Albrecht Fischer: “Não está na mão do homem eliminar do mundo da realidade factos já verificados. Quando muito, poder-se-á fazer cessar os seus efeitos presentes e futuros mediante o emprêgo de medidas apropriadas, mas nunca converter acontecimentos que realmente se deram no passado em acontecimentos não produzidos. [...] O acontecimento danoso interrompe a sucessão normal dos factos: o dever do indemnizante, em tal emergência, é provocar um novo estado de coisas que se aproxime o mais que fôr possível da situação frustrada, daquela situação, isto é, que segundo os cálculos da experiência humana e as leis da probabilidade seria a existente (e que é portanto irreal) a não ter-se interposto o dano. Se consegue adaptar-se a nova realidade a tal situação imaginária, ter-se-á resolvido o problema da sua reparação”. FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 139.

mecanismos de responsabilidade civil devem ser provocados, justamente, para permitir que o sujeito recupere o *status* em que se encontrava, e, não sendo possível, que se indique algum sucedâneo para tanto. Verifica-se, pois, que a reparação pode ser operacionalizada de duas maneiras distintas: a denominada reparação natural – também chamada de indenização específica – ou a fixação de um *quantum* indenizatório – também denominada indenização pecuniária.

A reparação natural atinge os objetivos da responsabilidade civil de maneira mais apropriada, uma vez que permite a reconstituição exata de um *status quo ante*. Utilizando-se desse sistema reparatório, “o credor é satisfeito com a prestação de um bem igual ao devido”⁷⁰. Assim, se um devedor se obriga a entregar uma tonelada de laranjas para um credor, nada mais adequado que os instrumentos de reparação concretizem a entrega de laranjas em detrimento de valores em dinheiro. Observa-se que a reparação natural possibilita que a responsabilidade civil atinja a sua finalidade premente, qual seja a de restaurar integralmente a situação em que estava o lesado anteriormente ao evento danoso.

A segunda via reparatória reside na fixação de valores pecuniários em substituição à prestação à qual estava vinculado o sujeito causador do dano. Trata-se da entrega de uma quantia em dinheiro para o lesado, de modo a ressarcir-lo pelos prejuízos sofridos. Na doutrina italiana, o termo *risarcimento* designa, especificamente, a reparação em pecúnia. Adriano De Cupis conceitua a referida forma de reparação:

O conceito de “ressarcimento” se coliga, mais ou menos, àquele de “sub-rogação”: por meio do ressarcimento é neutralizado o dano entregando-se ao lesado uma soma de dinheiro apta a compensá-lo mediante a sub-rogação do interesse atingido. O dano – o que é sempre e absolutamente impossível – não é cancelado do mundo dos fatos; mas nem mesmo vem criada – assim como acontece na reintegração em forma específica – uma situação idêntica àquela que existiria na ausência do acontecimento do dano: vem criada, no entanto, uma situação simplesmente paritária, ou seja, correspondente, tendo o mesmo valor daquela que foi eliminada⁷¹.

⁷⁰ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 420.

⁷¹ Na redação original: “Il concetto di « risarcimento » si ricollega, più o meno, a quello della « surrogazione »: per mezzo del risarcimento è neutralizzato il danno prestandosi al danneggiato una somma di denaro atta a compensarlo mediante la surrogazione dell’interesse colpito. Il danno, ciò che è sempre e assolutamente impossibile, non è cancellato dal mondo dei fatti; ma nemmeno viene creata, così come avviene nella reintegrazione in forma specifica, una situazione *identica* a quella che esisterebbe in mancanza dell’arrecamento del danno: viene creata, invece, una situazione semplicemente *pari*, ovverosia *corrispondente*, *avente il medesimo valore* di quella che è stata eliminata”. DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1946. p. 329.

Refletindo sobre os danos patrimoniais, tendo em consideração que sua reparação é fruto de um cálculo aritmético que tem por base a situação do lesado, antes e depois da ocorrência do dano, é factível a fixação de uma quantia que seja equivalente a essa diferença. Sobre o referido tipo de reparação, Hans Albrecht Fischer afirma que, “em cada caso concreto, o credor vem a obter por tal via, a título de reparação, não o mesmo que teria obtido sem o dano, mas uma coisa diferente, uma soma pecuniária”.

Da análise de nosso ordenamento jurídico, é possível concluir pela adoção da primazia da reparação natural. O Código Civil brasileiro, em seu art. 947, prevê que “se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”. Ou seja, havendo a possibilidade de cumprimento na espécie ajustada, deve ser perquirida a responsabilidade civil *in natura*; somente se busca a fixação de valores ressarcitórios para as hipóteses em que não se revela possível essa reconstituição integral da situação pretendida.

Relativamente à preferência pelo sistema de reparação natural, o mesmo pode ser dito se tomarmos como parâmetro outros ordenamentos jurídicos⁷². O Código Civil português, por exemplo, prevê, na primeira parte de seu art. 566.º, que “a indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor”. O Código Civil alemão⁷³ faz, do mesmo modo, uma previsão nesse sentido, conforme se depreende da leitura do § 249: “Quem estiver obrigado à indenização do dano, terá de restabelecer o estado de coisas que havia de existir se

⁷² Identifica-se, por outro lado, no direito romano clássico, um sistema de responsabilidade civil marcado pela condenação em pagamento em dinheiro, não havendo espaço para a reparação natural. Sobre o referido sistema, discorre Paulo Mota Pinto: “A dificuldade na busca de um critério para a medida de indemnização no direito romano resulta desde logo de este não conhecer um conceito *geral e unitário* de indemnização. Se alguém tivesse sofrido um prejuízo cujos efeitos devessem ser afastados, não existia (ou só se divisam rudimentos de) uma regra geral sobre a indemnização, ou sequer um conceito unitário de dano. Não se previa qualquer *dever geral* de indemnizar, mas apenas tipos ou hipóteses individuais, reguladas especificamente, de danos a ressarcir. Por outro lado, o processo formular romano era dominado pelo princípio *omnis condemnatio pecuniaria*: a condenação só podia ser num certo montante pecuniário, não sendo dirigida à reconstituição natural nem se permitindo a execução específica”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 89.

⁷³ Sobre a primazia da reparação natural no direito alemão, discorre Hans Albrecht Fischer: “Com isto [§ 249 do Código Civil alemão] se eleva a reparação natural, na esteira do código prussiano e contra o direito romano comum, a sistema *fundamental, primário* de indemnização dos danos. A obrigação de indemnizar não incide em princípio sobre a entrega duma quantia em dinheiro, sobre um *dare*, mas sobre um *facere*; e esta obrigação de fazer [...] não consiste apenas no dever de eliminar certos obstáculos, tendo antes um conteúdo positivo: a criação dum estado de facto de momento não existente”. FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 147.

a circunstância, que obriga à indenização, não se tivesse produzido”⁷⁴. Também o Código Civil italiano apresenta disposição similar em seu art. 2058, que prevê que “o lesado pode requerer a sua reintegração em forma específica, desde que seja no todo ou em parte possível. Todavia, o juiz pode dispor que o ressarcimento se realize somente pelo equivalente, se a reintegração em forma específica resultar excessivamente onerosa para o devedor”⁷⁵.

Embora se identifiquem essas previsões legislativas, nem todas as situações são passíveis de reparação natural, e, como destacado por Hans Albrecht Fischer, tal sistema, “sendo embora teoricamente preferível ao da indemnização pecuniária, defronta-se, todavia, na sua actuação prática, com obstáculos insuperáveis. Muitas vezes acontece ele ser mesmo objectivamente impossível, caso em que torna necessário, por isso, recorrer à indemnização em dinheiro”⁷⁶. O ressarcimento pela via indenizatória não permite a restauração integral, porém, do ponto de vista prático, apresenta conveniências que o justificam, sendo a principal o fato de que qualquer situação jurídica pode ser recomposta ou compensada por meio da fixação de valores em dinheiro. Do ponto de vista do funcionamento dos mecanismos de tutela judicial, tal fato apresenta-se como um importante ganho, permitindo ao juiz maior maleabilidade no trato das situações de responsabilidade civil.

Já com relação aos danos morais, a reparação natural demonstra-se impossível faticamente, devendo ser fixado um *quantum* indenizatório que compense a vítima pelos prejuízos vivenciados. Aqui, não se trata nem mesmo de uma reconstituição do *status quo ante*, mas, sim, de uma forma de oferecer, por meio de uma quantia em dinheiro, algum alento pelo prejuízo moral vivenciado. Assim, por exemplo, um dano à intimidade de uma pessoa não se revela passível de recomposição pela reparação natural, restando, portanto, a via indenizatória como forma de compensar a vítima pelo mal perpassado.

Seja nas hipóteses de um dano moral, seja nas conjecturas de um dano material, a reparação realizada pela via pecuniária segue alguns parâmetros assentados pelo ordenamento jurídico. Apoiando-se no Código Civil brasileiro, é possível identificar o art. 944 como a regra básica para o ressarcimento do lesado, estabelecendo que “a indenização mede-se pela

⁷⁴ **Código civil alemão**. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 57.

⁷⁵ Tradução livre de: “Art. 2058. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”.

⁷⁶ FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 140.

extensão do dano” e, em seu parágrafo único, que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Da leitura do dispositivo, é possível depreender que a indenização deve seguir o alcance fático do dano. A referida orientação impede que a reparação sirva como meio apto a locupletar indevidamente a vítima do dano. É necessário, pois, que seja mantida uma relação de equilíbrio entre o dano causado e a medida reparadora, a ser utilizada em sua liquidação, concretizando, por conseguinte, uma tentativa de buscar parâmetros proporcionais para a delimitação da reparação, e evitando o excesso na condenação.

Apona-se, assim, que o art. 944 concretiza o denominado princípio da reparação integral do dano (*restitutio in integrum*). Pelo referido princípio, o lesado deve ser colocado, na medida do possível, na situação em que estava antes da ocorrência do evento causador de seu prejuízo. Essa restauração de um *status* alberga tanto as perdas efetivas, quanto as possibilidades de ganhos que o lesado detinha. Sergio Cavalieri Filho aponta que “a extensão do princípio da reparação integral foi magistralmente sintetizada pela doutrina francesa, como abrangendo *tout le dommage, mais rien que le dommage* – todo o dano, mas não mais que o dano”⁷⁷.

Deve ser destacada a exceção ao princípio da reparação integral, prevista no próprio art. 944, que autoriza a redução equitativa do *quantum* indenizatório, quando se verificar uma excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e do dano. Como regra, o grau de culpa não é usado como baliza para a fixação dos valores a serem pagos a título de ressarcimento, atendo-se o juiz à extensão do dano. No entanto, são identificadas algumas situações que justificam a redução, em razão de uma desproporcionalidade manifesta. Tal se justifica, por exemplo, quando, em decorrência de um ato quase insignificante, marcado por uma culpa levíssima, são ocasionados danos de grande magnitude. Ao julgador, assim, é aberta a possibilidade de ponderação de elementos de ordem subjetiva, e não somente aqueles de ordem objetiva ligados ao alcance dos prejuízos vivenciados.

Os parâmetros indenizatórios fornecidos por nosso ordenamento jurídico não oferecem, no entanto, respostas para todas as situações lesivas. Afirmar que a reparação será

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27.

operada em consonância com a extensão do dano, por si só, pode não configurar, de imediato, a solução para todos os casos, tendo em vista, inclusive, a imprescindível delimitação do alcance dos danos, principalmente, nas hipóteses que se enquadrem como danos oriundos de um contrato ou de sua frustração. Importa verificar, assim, como a reparação dos danos sofridos será engendrada dentro dos mecanismos de responsabilidade e em que medida as noções de interesse negativo e interesse positivo podem colaborar para se chegar a um apropriado *quantum indenizatório*.

1.4 A responsabilidade civil: uma interface entre interesse, dano e reparação

Contemporaneamente, grande parte dos avanços no campo do direito civil esteve atrelada a considerações relativas à responsabilidade civil. Diante de uma complexidade social crescente, identifica-se, em paralelo, uma ampliação dos mecanismos jurídicos que objetivam salvaguardar os sujeitos de direito que sofrem algum dano em sua esfera de titularidade. Francesco Busnelli e Salvatore Patti apresentam interessante metáfora sobre o desenvolvimento da responsabilidade civil nos últimos anos:

Um curso d'água, alimentado por uma antiga nascente, atravessa um amplo território, condicionando seu aproveitamento econômico. Com a passagem de uma economia agrícola de subsistência para um sempre mais intenso desenvolvimento industrial, o fluxo de água revela-se insuficiente; assim, os peritos se engendram, com a construção de diques, canais e outros artefatos, a fim de melhor utilizar e distribuir a escassa água disponível. Mas, improvisamente, o curso d'água se engrossa, pela confluência de uma série de riachos lodosos provenientes de novas fontes. Eis que, então, os peritos são chamados a uma obra de contenção das águas, a fim de evitar transbordamentos e inundações⁷⁸.

Percebe-se da referida metáfora que o intenso desenvolvimento industrial e tecnológico levou à necessidade de se ampliar as possibilidades de enquadramento e aplicação da responsabilidade civil. Como asseverado por Louis Josserand, “acontece muito naturalmente que, desprovidos da segurança material, aspiramos de mais a mais à segurança

⁷⁸ No original: “Un corso d'acqua, alimentato da un'antica sorgente, attraversa un ampio territorio condizionandone lo sfruttamento economico. Col passaggio da un'economia agricola di sostentamento a un sempre più intenso sviluppo industriale, il flusso dell'acqua si rivela insufficiente; si che gli esperti si ingegnano, con la costruzione di dighe, canali e altri manufatti, al fine di meglio utilizzare e distribuire la scarsa acqua disponibile. Ma, improvvisamente, il corso d'acqua si ingrossa, per il confluire di una serie di rivoli limacciosi provenienti da nuove polle. Ecco che, allora, gli esperti sono chiamati ad un'opera di contenimento delle acque, onde scongiurare straripamenti e alluvioni”. BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. 3. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2013. p. 148.

jurídica”⁷⁹. Nesse contexto, por exemplo, podem ser identificados os avanços com relação à tutela dos danos extrapatrimoniais ou as variadas previsões de responsabilidade objetiva, em decorrência do simples risco. Porém, no atual cenário, os peritos da área do direito devem oferecer novos contornos para as hipóteses de responsabilidade civil, sob pena de provocar um extravasado âmbito de aplicação da matéria, sem que se encontre como base uma apropriada técnica jurídica.

No que concerne às noções refletidas acima – “dano”, “interesse” e “reparação” – verifica-se que estará, justamente, no estudo da responsabilidade civil, o mecanismo apto a fornecer uma adequada interface, que permita chegar aos significados apropriados para o desenvolvimento do presente trabalho. Como se pode verificar, as noções trabalhadas até aqui são dotadas de múltiplas significações, restando imprescindível a identificação dos adequados sentidos a serem adotados. Assim, por meio da análise da responsabilidade civil, poder-se-á correlacionar os referidos conceitos, permitindo uma melhor compreensão do que se pretende designar por interesse contratual negativo e interesse contratual positivo.

Preambularmente, é importante compreender que a fase pré-contratual pode também ser marcada pela ocorrência de um dano, isto é, de um prejuízo na esfera de titularidade de um sujeito de direito. Por conseguinte, diante da configuração de um dano, necessário faz-se refletir sobre a reparação do lesado, de modo a equilibrar a situação jurídica abalada pelos prejuízos vivenciados. A noção de interesse será o ponto de intermediação entre o dano, com origem no contrato, e a sua reparação. Diante de um evento lesivo, a parte deverá se socorrer dos adequados mecanismos de responsabilidade civil que levarão à fixação de um correspondente *quantum* indenizatório. No entanto, os parâmetros para a fixação desse valor não são aprioristicamente dados pelo ordenamento jurídico, podendo se socorrer à noção de interesse como ponto intermédio entre os anteriores conceitos.

Assim, o conceito de interesse – para o presente trabalho, e que se pretende identificar nas categorias interesse negativo e interesse positivo – está centrado na relação entre o lesado e a situação em que estaria sem a ocorrência de um evento lesivo. Paulo Mota Pinto apresenta uma interessante síntese sobre a noção:

⁷⁹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Ano XXXVIII, Vol. LXXXVI, 1941, p. 549.

[...] o “interesse” a que se referem estas expressões é a situação em que estaria o lesado sem o evento lesivo, [...] situação, essa, que é “construída” fundamentalmente pela adição de um elemento positivo ou pela abstracção de algo que aconteceu, isto é, pela consideração de elementos negativos. Mais rigorosamente, poderíamos dizer que o interesse é antes uma *relação* entre o lesado e tal situação em que estaria sem o evento lesivo, pois a essa é que corresponde um dos sentidos da expressão, como o que “está entre” (*inter-esse*), ou “aquilo que vale” para ele, lesado, essa situação (*quod in re est*)⁸⁰.

Como assinalado pelo autor, a referida conceituação apresenta-se, inclusive, mais consentânea com a etimologia da palavra “interesse”, uma vez que o interesse é o ponto médio entre o dano e a reparação. Essa noção possibilita a realização de uma harmônica interface com os demais conceitos trabalhados, concretizando, justamente, o elo entre o dano e a correspondente reparação pela via indenizatória. Assim, do ponto de vista da responsabilidade civil, o lesado tem o interesse em recompor a situação em que ele estaria se o evento lesivo não tivesse se concretizado. A relação entre o lesado e a referida situação é o que concretiza a adequada compreensão do termo interesse.

Neste ponto, demonstra-se necessário afastar uma inadequada compreensão da possível conexão entre os conceitos. Hans Albrecht Fischer apresenta a seguinte consideração: “Entende-se por «interêsse» (*id, quod interest*) o dano patrimonial avaliado em dinheiro e calculado dum modo preciso segundo a fórmula diferencial”⁸¹. Pela descrição do autor, percebe-se que interesse e dano são tomados como expressões sinônimas. Apesar da proximidade existente entre as duas noções, compreende-se, na verdade, a existência de uma relação de complementação entre os conceitos.

Desse modo, propõe-se que a utilização das expressões – “interesse”, “dano” e “reparação” – esteja pautada em uma diversidade de significados, não podendo ser tomadas nunca como sinônimas. Paulo Mota Pinto assim expõe a questão:

O interesse não se identifica, pois, com o dano nem com o seu ressarcimento ou a sua medida, como se entende correntemente [...]. Para nós, é, antes, a relação entre o lesado e o estado em que se estaria se não fosse o evento lesivo (que determina a obrigação de indemnizar), e, também, (por metonímia), apenas o *estado ou situação em que o lesante estaria* se não fosse o evento, caracterizados *fundamentalmente* pela circunstância *positiva*

⁸⁰ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 150.

⁸¹ FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 34.

do cumprimento, pelo facto *negativo* da não conclusão do contrato ou da falta de vinculação negocial, ou pela circunstância (negativa) da falta de suscitação e depósito de confiança⁸².

Por esse ângulo, resta clara a necessidade de concatenar os conceitos de modo que eles possam se complementar. Em razão de um fato lesivo (*v.g.* ato ilícito ou inadimplemento obrigacional), ter-se-á a concretização de um dano na esfera jurídica de um sujeito de direito. Como consequência do dano, faz-se necessária a reparação do lesado, o que habitualmente é feito por meio da fixação de *quantum* indenizatório a ser pago. O interesse surge, então, como o ponto de conexão, permitindo que se criem balizas para a ponderação de adequados valores. O órgão julgador, no momento de fixação do valor da indenização, deve tomar por elemento basilar a situação em que estaria o lesado, caso o evento lesivo não tivesse ocorrido. Assim, o caminho para a fixação de uma reparação adequada, em razão de um dano ocasionado, perpassa pela noção de interesse, que será negativo quando a situação em jogo envolver a ponderação de um *status quo*, ou seja, a contingência de se restabelecer uma situação como se a contratação não se tivesse realizado. Diferentemente, o interesse será positivo quando se buscar a materialização de um *status ad quem*, isto é, a produção dos efeitos esperados do negócio jurídico em causa.

⁸² PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 842.

II – Aspectos históricos da responsabilidade pré-contratual e da distinção entre interesse negativo e interesse positivo

O tema do interesse contratual negativo e a sua contraposição ao interesse contratual positivo podem ser considerados matérias jurídicas de formação recente, tendo forte e estreita relação com o pensamento da Escola da Pandectística, do século XIX, e, principalmente, com a construção teórica empreendida por Rudolf von Jhering. Não obstante tal fato, é possível depreender que o problema da responsabilidade pré-contratual já era vivenciado em tempos mais remotos, embora não fosse dotado de profundidade teórica ou mesmo de contornos dogmáticos suficientes.

Pequeno recuo histórico faz-se, portanto, necessário para melhor compreensão do problema e adequado enquadramento da questão. Verificar as origens jurídicas da configuração de um dano pré-contratual, bem como os contornos então utilizados para a fixação dos valores indenizatórios, permitirá construir a percepção de direito como realidade mutável e passível sempre de adaptação diante de novas contingências e realidades. Desse modo, o presente capítulo busca identificar alguns contornos históricos da responsabilidade pré-contratual, notadamente as construções doutrinárias empreendidas no direito germânico e a teorização sobre a *culpa in contrahendo* elaborada por Rudolf von Jhering. A análise das aludidas informações possibilitará uma apropriada compreensão dos elementos que atualmente circunscrevem as proposições sobre a responsabilidade pré-contratual.

2.1 As Escolas germânicas do século XIX e a *culpa in contrahendo*

A noção de interesse negativo, acompanhada da correlata ideia de interesse positivo, demonstra-se como construção do pensamento germânico. Sobre sua origem, discorre Paulo Mota Pinto:

A doutrina do interesse negativo – quer no tratamento substantivo (a

definição de interesse e dano) quer quanto ao adjectivo (a distinção entre o interesse negativo e o interesse positivo) – é um produto da pandectística alemã do século XIX. Aliás, em geral a dogmática dos pressupostos de responsabilidade civil, recebida entre nós, foi decisivamente influenciada pela doutrina pandectística, quer quanto aos respectivos pressupostos ou condições, quer especificamente na noção de dano, e, em particular, na adoção da hipótese ou “fórmula da diferença”⁸³.

Apesar de as construções mais centrais, referentes ao tema, serem identificadas como produtos da mencionada Escola do pensamento, é preciso ter atenção para o fato de que não surgiram de forma abrupta, mas, sim, demonstram-se como produto de um tempo e de um desenvolvimento de teses sobre questões conexas. Desse modo, o pensamento construído no curso da primeira metade do século XIX, identificado com a chamada Escola Histórica do Direito, forneceu os subsídios para os desenvolvimentos teóricos por parte dos adeptos do conceitualismo presente na Pandectística.

Diante de tais premissas, demonstra-se importante a compreensão dos subsídios deixados pelo historicismo, bem como das bases da Escola de *Pandectas* (também chamada de Jurisprudência dos Conceitos), passando pelos seus fundamentos, para, em seguida, analisar a construção jurídica sobre o tema, principalmente, a teoria sobre a *culpa in contrahendo*, elaborada por Jhering.

2.1.1 Da Escola Histórica à Escola da Pandectística

A Escola Histórica Alemã foi uma importante corrente do pensamento jurídico do século XIX, que teve o seu desenvolvimento metodológico centrado no dedutivismo aliado a aspectos de ordem cultural. Sobre os fundamentos dessa escola, discorre António Manuel Hespanha:

O programa da Escola Histórica era, justamente, o de buscar fontes não estaduais e não legislativas do direito. A sua pré-compreensão da sociedade levava-a a conceber a sociedade como um todo orgânico, sujeito a uma evolução histórica semelhante à dos seres vivos, em que no presente se lêem os traços do passado e em que este condiciona naturalmente o que vem depois. Em toda esta evolução, peculiar a cada povo, manifestar-se-ia uma lógica própria, um espírito silenciosamente actuante, o “espírito do povo” (*Volksgeist*), que estaria na origem e, ao mesmo tempo, daria unidade e

⁸³ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 150.

sentido a todas as manifestações histórico-culturais de uma nação⁸⁴.

Frederich Carl von Savigny é reconhecido como o principal representante da Escola Histórica Alemã. Sua obra *Da vocação de nosso tempo para a legislação e jurisprudência* é um importante texto que sintetiza as ideias centrais do programa da aludida linha de pensamento. Fruto do embate com o jurista Thibaut, a obra defendia a inadequação de um código civil para reger a Alemanha naquele momento, tendo em vista a ausência de uma unidade cultural que permitisse abarcar todo o povo germânico⁸⁵. Não havia a concretização de um “espírito do povo” (*Volksgeist*) apto a fornecer a unidade necessária para um ordenamento coerente, e o direito não deveria ser um elemento de sobreposição externa e artificial, mas, sim, de construção histórico-cultural, dado que afastava a ideia de codificação como solução para a dogmática civil alemã⁸⁶.

A Escola da Pandectística correlaciona-se com o período final do pensamento da Escola Histórica. António Manuel Hespanha aponta a Escola da Pandectística como a vertente formalista ou conceitualista da Escola Histórica⁸⁷. O referido desenvolvimento na Ciência Jurídica alemã é justificado principalmente pela grande preocupação que os doutrinadores passaram a ter com o conceito de sistema, que acabaria por se voltar ao estudo dos institutos de Direito Romano como solução para as questões jurídicas vivenciadas naquele ordenamento. Wieacker apresenta a forma como se deu a transposição do programa histórico para o programa pandectístico:

Apesar da aparência externa de seu programa e apesar de muitas contribuições individuais de natureza histórico-jurídica, a Escola Histórica do direito aplicou a maior parte do seu vigor espiritual à construção de uma civilística sistemática; ela tornou-se – de acordo com o título dos seus manuais característicos – numa «pandectística» ou «ciência das pandectas». Prosseguiu, assim, a orientação formalista, aberta por Anselm Feuerbach e pela teoria metodológica do jovem Savigny, e que transportou para a matéria

⁸⁴ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 21.

⁸⁵ Cf. SAVIGNY, Frederik Charles von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Trad. Abraham Hayward. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2011. p. 182.

⁸⁶ Sobre a referida construção teórica de Savigny, Giordano Bruno Soares Roberto assevera: “Savigny baseia sua crítica em dois argumentos principais. Em primeiro lugar, afirma que o direito tem surgido nas comunidades sempre na forma de costumes e que um código seria uma forma artificial de impor regras jurídicas. Em segundo lugar, mesmo que se decidisse por adotar um código, o momento não seria oportuno, pois a Prússia e a Áustria já possuíam os seus e provavelmente eles não renunciariam, o que não permitiria a pretendida unificação do direito nos territórios alemães, além de que a ciência jurídica não estaria atravessando um período brilhante, o que, segundo ele, seria essencial para se elaborar um bom código”. ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 38.

⁸⁷ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 391.

do direito comum a construção sistemática e conceitual do anterior juracionalismo. A justificação programática para esta missão deu-a Puchta quando atribuiu à «cientificidade» da ciência jurídica da actualidade e ao jurista por ela formado um monopólio de aplicação e desenvolvimento do direito. Para Puchta, era também correcto deduzir novas normas a partir do «desenvolvimento» dos conceitos lógicos e legitimar assim o processo «de construção do direito» da jurisprudência construtiva. Seguidamente, sobretudo Jhering, Gerber e Laband prosseguiram na elaboração do método construtivo da pandectística e transportaram-no para outras disciplinas, sobretudo para o direito público⁸⁸.

Assim, é possível perceber que o pensamento conceitualista da Pandectística centrava-se em uma concepção sistêmica, que tinha o seu embasamento na existência de princípios gerais de direito. A partir desses, seria possível extrair, por meio de mecanismos de dedução, princípios inferiores para a solução dos casos concretos. Os conceitos, nesse âmbito, ganham especial relevância. Como sustentado por António Manuel Hespanha, “a função dos conceitos é ao mesmo tempo, facilitar a apreensão do direito, já que eles se tornam sintéticos e indutivos, e tornar possível a produção de novas soluções jurídicas por meio do desenvolvimento conceitual, do chamado poder genético dos conceitos”⁸⁹. O trabalho do jurista estava centrado, assim, na construção dos conceitos de modo a resolver as contendas práticas que lhe eram submetidas, por meio de uma análise sistemática e formal.

O conceitualismo é visto como vertente da ciência do direito que traduziria um positivismo científico. Não se trata aqui de um positivismo legalista, assentado na lei como única solução para os problemas jurídicos concretizados. Na realidade, a concepção pandectística revela-se positivista, tendo em conta que os princípios e conceitos são aplicados enquanto norma deduzida do próprio sistema que consistiria o ordenamento jurídico. Não haveria espaços para valores de natureza extrajurídica, devendo a solução perpassar por uma análise do próprio sistema jurídico. Esclarece Franz Wieacker:

O positivismo científico do séc. XIX deve distinguir-se de outras espécies de positivismo: a um lado, do positivismo legalista – a concepção continuamente combatida, mas apesar de tudo dominante na prática jurídica de que todo o direito é criado pelo legislador estadual e consiste nos seus comandos; a um outro, do positivismo científico em geral, elevado nos meados do século por Comte a uma filosofia geral, ou mesmo a uma religião, positivismo que limita as possibilidades de explicação do mundo à observação e organização científica dos factos físicos, sociais e psicológicos. O positivismo científico – e mesmo este apenas no seu último estágio – só

⁸⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 491.

⁸⁹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 394.

tem de comum com os outros dois a recusa de uma fundamentação metafísica do direito e o reconhecimento da autonomia absoluta da ciência especializada. Contudo, não pode ser confundido com eles ou, muito menos, posto ao mesmo nível; uma vez que deriva do formalismo gnoseológico de Kant, ele seria muito mais exactamente designado por formalismo científico⁹⁰.

António Manuel Hespanha identifica a existência de alguns dogmas da Escola da Pandectística que tiveram grande influência na posterior evolução do pensamento dogmático jurídico⁹¹.

O primeiro dogma está centrado na denominada teoria da subsunção. Pela referida construção, a relação entre fatos e normas se materializava por meio de um mecanismo de subsunção, ou seja, de sobreposição do direito aos fatos concretizados no plano real. Por meio de um raciocínio silogístico, segundo o qual a norma consistiria na premissa maior e o fato consistiria na premissa menor, seria possível extrair qualquer solução de ordem jurídica. Como sustentado por Hespanha, para os adeptos da subsunção, a atividade jurisprudencial seria reduzida a uma tarefa estéril de mera aplicação automática de princípios jurídicos⁹².

O segundo elemento identificado acaba por justificar e complementar o dogma da subsunção. Trata-se da ideia de existência de uma plenitude lógica do ordenamento jurídico. O sistema legislativo não se apresenta como um todo dotado de completude, mas, por meio do sistema de lógica conceitual, seria sempre possível extrair novos conceitos e regras de aplicação aos casos práticos vivenciados. O sistema pode ser projetado sobre qualquer caso jurídico, por meio de uma jurisprudência criadora ou construtiva⁹³. A conhecida máxima de que o juiz não pode deixar de decidir sob fundamento de inexistência de lei funda-se nessa premissa⁹⁴. Sobre a compreensão do ordenamento pleno para a Pandectística, assevera Franz Wieacker:

⁹⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 493.

⁹¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 399.

⁹² HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 399.

⁹³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 399.

⁹⁴ A referida máxima está positivada em nosso ordenamento no Código de Processo Civil em vigor (Lei n. 5.869/1973): “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide cabe-lhe aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes, e aos princípios gerais de direito.” O novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) contém previsão semelhante em seu art. 140, que assim dispõe: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

O sistema do positivismo científico é um sistema fechado; ele exige, de acordo com o seu próprio conceito, a *plenitude*. Na verdade, as normas jurídicas não são plenas (i.e., isentas de lacunas). No entanto, o lugar dos conceitos na pirâmide conceitual e as conexões lógicas do sistema permitem imediatamente um preenchimento consequente das lacunas da lei positiva através da «construção criadora» (ou «construtiva»). É precisamente para esta exigência que serve o incessante limar e polir dos conceitos jurídico-científicos até uma plena sistemática da justiça. Uma vez concluído este trabalho científico, no plano dos conceitos, a subsunção lógica em relação a um princípio ou conceito deve ser possível e suficiente em todos os casos pensáveis. Então, o achamento da solução pelo juiz limita-se exclusivamente ao acto lógico da subsunção correcta⁹⁵.

Por fim, integrando os dois dogmas precedentes, o terceiro elemento estaria centrado em uma interpretação objetivista. Como sistema coerente de conceitos, a interpretação dada às normas jurídicas deveria ser extraída do contexto objetivo em que estava imersa. Trata-se de tentativa de afastamento de uma hermenêutica subjetiva ligada à intenção do legislador. Ainda segundo António Manuel Hespanha, o sentido da norma decorre, assim, não de intenções subjetivas (de seu legislador histórico), mas dos sentidos objetivos do seu contexto⁹⁶.

Sobre os referidos fundamentos e concepções da Jurisprudência dos Conceitos, discorre Franz Wieacker:

Uma dada ordem jurídica constitui um sistema fechado (i.e., autónomo e coerente) de instituições e normas e, por isso, independente da realidade social das relações da vida reguladas por essas instituições e normas. Admitido isto, é em princípio possível decidir correctamente todas as situações jurídicas apenas por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de carácter dogmático (e implícito também nos conceitos científicos). A esperança que um tal processo conduza, para além disso, a uma decisão também justa baseia-se num segundo pressuposto. Os conceitos jurídicos (v.g., direito subjectivo, direito das coisas, acessoriedade do direito de garantia, elasticidade da propriedade) não têm apenas um valor ordenador de carácter sistemático, pedagógico ou semântico (como foi reconhecido em todas as épocas) – por força do qual eles, tal como as unidades de conta ou os símbolos matemáticos, sirvam para a compreensão científica, v.g., no ensino ou na fundamentação técnica das decisões – mas gozam de uma realidade directa. Neles se autonomizaram princípios permanentes válidos sobre a correcção do direito, de tal modo que a sua aplicação lógica (tal como a de uma frase estereotipada ou de uma fórmula correcta da física) deve conduzir necessariamente a uma decisão correcta (i.e., justa). O ponto de partida deste método é a convicção, baseada no ideal científico do idealismo formal, de

⁹⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 497.

⁹⁶ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 400.

que justeza lógica, do ponto de vista conceitual e sistemático de uma frase, fundamenta também a sua correção material⁹⁷.

O pensamento da Escola de *Pandectas* é, assim, elaborado tendo os aludidos elementos como base. São esses subsídios que revelam a essência desta linha de pensamento e que acabaram por influenciar grande parte do pensamento jurídico ocidental. No que concerne à responsabilidade pré-contratual – e mesmo à teoria do interesse negativo e do interesse positivo –, identifica-se nessa escola do pensamento a sua origem dogmática. Somente a partir da reflexão embasada nos conceitos ofertados por um ordenamento jurídico fez-se possível problematizar os eventos ocorridos na fase das negociações preliminares e ponderar valores indenizatórios para salvaguardar as partes de prejuízos vivenciados. Como já apontado, no tema em exame, demonstra-se fundamental a construção jurídica empreendida por Rudolf von Jhering. Deve-se ter atenção, assim, para o fato de que o pensamento do autor é notadamente conceitualista, em sua primeira fase⁹⁸.

2.1.2 A Pandectística e o interesse negativo

O nascimento de uma teoria do interesse negativo e do interesse positivo é resultado da pioneira construção jurídica de Jhering. No entanto, a Escola Histórica, notadamente em sua vertente conceitualista, foi responsável por dar bases teóricas para os futuros desenvolvimentos de temas aliados à responsabilidade contratual e à responsabilidade extracontratual. O século XIX é, assim, identificado como um período de renovação e florescimento da civilística, principalmente, em razão dos estudos empreendidos em solo alemão.

De acordo com Paulo Mota Pinto, no final do século XVIII, nas vésperas da Escola Histórica, Glück apresenta em seus comentários às *Pandectas* uma distinção entre *damnum positivo* e *damnum negativo*. O uso das expressões, no entanto, não se aproxima das atuais noções de interesse positivo e interesse negativo. Na verdade, o dano positivo para Glück seria o dano em sentido estrito, hoje chamado de dano emergente, enquanto o dano negativo

⁹⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 495.

⁹⁸ Cf. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 392.

abrangeria as hipóteses de lucros cessantes⁹⁹. Assim, apesar do uso de um termo similar, é necessário apontar a completa diferença de significado para os termos positivo e negativo na concepção de Glück e na moderna compreensão do tema.

Em paralelo ao uso diverso das expressões negativo e positivo, é possível identificar no mesmo período que o termo *interesse* era usado como sinônimo para expressão *dano*, principalmente por parte do direito prussiano. O interesse seria compreendido, assim, enquanto um dano especialmente configurado¹⁰⁰. As aludidas construções demonstram a existência de uma cultura jurídica que assimilava o uso dos termos, contudo, sem estar aderida à utilização dada pela doutrina germânica que se seguiu.

A semente para o desenvolvimento da teoria do interesse negativo só será identificada na construção doutrinária de Friedrich Carl von Savigny. O principal autor da Escola Histórica é conhecido pelo seu posicionamento segundo o qual a vontade é o elemento central da declaração negocial. Trata-se da denominada “Teoria da Vontade”. Nesse ponto, Paulo Mota Pinto¹⁰¹ aponta a influência de Kant no pensamento de Savigny, principalmente, na ideia de revelação da vontade e na concepção de relação jurídica a partir da limitação da liberdade de um pela liberdade de outro¹⁰².

Para Savigny, a base de toda declaração de vontade é a própria vontade. Na hipótese de dissonância entre a vontade real e a declaração materializada, deveria prevalecer a primeira, tendo em vista que é ela o elemento fundante da própria estrutura negocial. Contrastando a aludida ideia com o tratamento dado ao *erro essencial* – vício do negócio jurídico –, resta claro que se o agente incorresse no mencionado defeito, manifestando a sua vontade de maneira equivocada, o negócio deveria ser invalidado, por não estar presente o elemento essencial vontade.

⁹⁹ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 150.

¹⁰⁰ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 152.

¹⁰¹ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 155.

¹⁰² No mesmo sentido, Franz Wieacker sustenta que “como já por volta de 1800 os pensadores mais fecundos – à frente dos quais estão Hugo, Feuerbach e Savigny – duma forma ou doutra forma, eram partidários de Kant, a questão da justiça do direito positivo passou daí em diante a fundar-se na ética kantiana da autonomia moral da pessoa e da sua vontade ética e na concepção kantiana da ordem jurídica como a forma de tornar possível a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direito”. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 402.

Uma nota de rodapé do *Sistema de direito romano atual*, de Savigny, é um dos subsídios usados por Jhering para construir a sua teoria da *culpa in contrahendo*. Após descrever uma situação de erro na manifestação de vontade, Jhering afirma que a doutrina não lhe apresentou respostas, citando, no entanto, que Savigny abordara o tema, concluindo que o negócio jurídico seria inválido, mas que a parte culpada pelo erro não responderia pelos gastos efetivados pela contraparte, tendo em vista que o contrato não chegou a se formar¹⁰³. Savigny defendia a possibilidade de indenização apenas para a hipótese de dolo, devendo o agente que agiu com dolo colocar a outra parte em situação tal, como se o contrato nunca tivesse se concretizado. Verifica-se, assim, que a construção jurídica empreendida por Savigny revela grande originalidade, pois inicia a problematização em torno dos efeitos gerados às partes envolvidas em um negócio jurídico, na hipótese de invalidade contratual¹⁰⁴.

No entanto, uma importante doutrina dará ainda maiores elementos para o desenvolvimento de uma teoria da *culpa in contrahendo*. Trata-se da elaboração da fórmula da diferença como pressuposto elementar para a apuração da responsabilidade civil. O teórico responsável por tal feito foi Friedrich Mommsen, que tratou do tema de uma maneira profunda e rigorosa. Segundo Paulo Mota Pinto, a aproximação de dano a uma diferença se encontra em diversos pandectistas, mas teria a sua origem em Puchta e sua teorização expressa em Mommsen¹⁰⁵.

Pela fórmula da diferença, define-se o dano como a diferença entre a situação presente e a situação que se teria se o evento danoso não tivesse ocorrido. Trata-se de uma noção que propicia o ressarcimento do dano pela utilização de um simples cálculo matemático. Contrastando as situações jurídicas perpassadas pela vítima, seria possível chegar a um valor correspondente ao dano sofrido, que equivaleria ao *quantum* indenizatório a ser pago pelo autor do dano.

Em obra denominada *Sobre a teoria do interesse*, Mommsen afirmava entender

¹⁰³ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 2.

¹⁰⁴ De acordo com Paulo Mota Pinto: “Na viragem da primeira para a segunda metade do século XIX, para além das referências esparsas, aqui e ali, a uma indenização por causa do engano, o interesse negativo – não conhecido como tal – não passava ainda de uma nota de rodapé do *Sistema do direito romano actual*”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 160.

¹⁰⁵ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 153.

interesse, em seu sentido técnico, como “a diferença entre o valor do patrimônio de uma pessoa, tal como ele existe em um certo momento, e o valor que este patrimônio teria no momento em questão sem a interposição de um certo acontecimento danoso”¹⁰⁶. Percebe-se pela referida dedução a ideia de interesse que até hoje é chamada para resolver os problemas de responsabilidade civil. A indenização representaria o interesse patrimonial de uma pessoa, medido em consonância com a comparação à situação em que estava no momento imediatamente anterior à ocorrência do dano.

A fórmula da diferença apresenta-se como importante ponto para o desenvolvimento das teorias sobre a quantificação da indenização também no âmbito contratual. Desse modo, a interface entre invalidade contratual e indenização já aparece delineada no pensamento de Mommsen. O autor alemão afirmava que nas hipóteses de nulidade haveria o interesse do credor em não ser enganado sobre os elementos de constituição do negócio. Isso poderia ser traduzido por uma fórmula matemática de diferença. Sobre o pensamento de Mommsen, expõe Paulo Mota Pinto:

Mommsen questionava-se, porém, se uma tal nulidade afastaria a obrigação de indemnização, e respondeu negativamente a esta questão, fundamentando a resposta com uma formulação geral da distinção entre o interesse no cumprimento e o interesse em não ser enganado sobre a coisa. A obrigação de indemnização é perfeitamente compatível com a nulidade da obrigação, sendo, porém, o objecto da indemnização diverso: nas obrigações válidas seria “o interesse que o credor tem no cumprimento do contrato”; no caso de obrigações nulas, “o interesse que o credor tinha em não ser enganado sobre a verdadeira constituição da prestação”. Para Mommsen, porém, uma tal indenização em caso de nulidade pressuporia tanto um erro desculpável, por parte do credor sobre a natureza da prestação, como dolo ou *culpa lata* do credor, rejeitando, assim, expressamente, qualquer responsabilidade sem culpa ou por mera *culpa levis*¹⁰⁷.

Assim, partindo do pressuposto de que o interesse é a diferença do patrimônio de um determinado sujeito em contraposição a distintos momentos – separados pela ocorrência do dano –, seria possível cogitar de uma indenização que sanasse o contratante prejudicado em razão da declaração de nulidade de um negócio jurídico. O valor a ser fixado equivaleria aos prejuízos ocasionados em razão da concretização de um contrato que veio a ser invalidado. Como se verá, o artigo de Jhering sobre a *culpa in contrahendo* parte justamente da noção de que seria devida uma indenização nas hipóteses de ocorrência de contratos nulos ou contratos

¹⁰⁶ MOMMSEN *apud* PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 165.

¹⁰⁷ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 163.

não chegados à perfeição.

Apesar do avanço da teoria de Mommsen, não é possível verificar, no entanto, uma autonomização da teoria do interesse negativo e do interesse positivo. A pandectística da primeira metade do século XIX abordou importantes pressupostos, mas não tratou do tema de uma maneira expressa, como sustentado Paulo Mota Pinto:

Apesar de discutirem questões relativas ao cálculo da indemnização – e embora a questão da distinção entre o interesse no cumprimento e a indemnização pela indução em erro não ser ignorada –, mesmo quando tratam dos passos das fontes onde se refere o interesse em não ser enganado os pandectistas da primeira metade do século XIX não elaboraram, porém, uma teoria do interesse negativo, ou na confiança, na sua distinção no interesse no cumprimento do contrato, nem nos manuais, nem em obras monográficas¹⁰⁸.

A elaboração de uma teoria do interesse negativo, frise-se, será identificada apenas com os trabalhos de Jhering, como se verá no próximo ponto.

2.2 Rudolf von Jhering e a *culpa in contrahendo*

Rudolf von Jhering foi um dos mais renomados e importantes juristas do século XIX. Suas construções teóricas influenciaram grande parte do direito ocidental, levando à reflexão a propósito de novos institutos e enquadramentos jurídicos. Jhering começou seus estudos na Universidade de Heidelberg, em 1836, tendo se doutorado pela Universidade de Berlim, em 1843. Lecionou em Basileia, Rostock, Kiel, Giessen, Viena e, por fim, em Gotinga, onde permaneceu até a sua morte em 1892. Seu ensaio mais famoso foi *A luta pelo direito*¹⁰⁹, obra em que defende o direito como meio de imposição de poder e de interesses¹¹⁰.

As construções jurídicas iniciais empreendidas por Jhering são identificadas como frutos da Escola Histórica. No entanto, comumente, o pensamento do autor é dividido em duas fases distintas. Nos seus primeiros anos, é possível perceber um alinhamento com a jurisprudência conceitualista Pandectística. Já nas suas teorizações mais tardias, identifica-se

¹⁰⁸ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 154.

¹⁰⁹ JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. Dominique Makins. São Paulo: Hunter Books, 2012.

¹¹⁰ Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 514-516.

uma original construção denominada jurisprudência teleológica¹¹¹. De acordo com António Manuel Hespanha, o ponto de transformação é a sua obra *Der Zweck im Recht*¹¹², de 1877/1883, dominada pela ideia de que a finalidade e o interesse são as entidades geradoras do direito¹¹³.

Em razão da importância de seu pensamento para o desenvolvimento do tema em análise, optou-se por abordá-lo em ponto autônomo, permitindo apreciar com maior detalhamento a sua teorização.

Os estudos sobre o interesse contratual negativo e o interesse contratual positivo, usualmente, têm como premissa comum a construção teórica empreendida por Jhering relativa à culpa na formação dos contratos. Com seu artigo científico intitulado *Culpa in contrahendo: ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*¹¹⁴, datado de 1861, o autor alemão acabou por formular uma verdadeira teoria geral do interesse contratual negativo, no intuito de possibilitar consequências indenizatórias, mesmo nas hipóteses em que o vínculo contratual é tido por ausente, como nos casos de declaração de invalidade¹¹⁵.

Assim, Jhering, tendo por base fontes de direito romano, buscou preencher uma lacuna identificada, qual seja a ausência de responsabilidade civil por danos ocasionados nas hipóteses de invalidade contratual. Sua análise é realizada a partir de problemas de ordem material, assim expostos:

¹¹¹ De acordo com António Manuel Hespanha, na segunda fase do pensamento de Jhering, destaca-se a noção de interpretação teleológica. De acordo com o autor: “A importância de Jhering foi muito grande, nomeadamente no plano dogmático, ao introduzir a noção de *interpretação teleológica*, ou seja, de uma interpretação (das normas e dos negócios jurídicos) de acordo com as finalidades ou interesses”. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 405.

¹¹² O título da aludida obra de Jhering é traduzido de diferentes formas para o português. António Manuel Hespanha traduz como “*O interesse no direito*”. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 391. Em uma tradução da obra de Franz Wieacker, Hespanha traduz a obra como “*A finalidade no direito*” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 514. “*A finalidade do direito*” também é o título de uma versão portuguesa, traduzida por Heder K Hoffmann. JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Trad. Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002. Já Abel D’Azevedo traduz o título como “*A evolução do direito*”. JHERING, Rudolf von. **A evolução do direito**. Trad. Abel D’Azevedo. Lisboa: José Bastos e Cia, [19-?].

¹¹³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 405.

¹¹⁴ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

¹¹⁵ Seguindo a divisão do pensamento de Jhering em duas fases distintas, é possível perceber, pela data de sua publicação, que o referido ensaio faz parte ainda da primeira parte, mais próxima às construções de Escola da Pandectística.

Alguém quer encomendar 100 libras numa mercadoria, mas troca o sinal da libra com o do quilo; os 100 quilos são entregues e são rejeitados pelo comprador. Ou o agente numa casa comercial, que havia de encomendar certa mercadoria por conta do principal, engana-se ao escrever o nome dele. Não há dúvida de que o contrato é nulo, pressupondo que o lapso pode ser provado. Simplesmente, quem suporta as despesas de embalagem e de envio, inutilmente efetuadas? A parte culpada responde ou não para com a contraparte, para reparar os gastos causados por sua culpa? A doutrina deixou-me quase inteiramente em branco sobre esta questão¹¹⁶.

Pelo trecho transcrito, é possível perceber que o artigo de Jhering volta-se, por um lado, para a solução de um problema prático, o que não lhe retira, por outro lado, a singular importância como inaugural construção doutrinária sobre o tema. António Menezes Cordeiro afirma mesmo ser a *culpa in contrahendo* uma “descoberta” de Jhering, seja como princípio unitário, seja como espaço de discussão¹¹⁷ e o próprio Jhering afirma, ainda no início de seu artigo, que *tenciona introduzir um tema inteiramente novo*¹¹⁸.

Os casos apresentados poderiam ser enquadrados na condição de hipóteses de nulidade, em razão da ocorrência de erro substancial, marcadas pela dissonância existente entre a vontade real e a vontade declarada. Os efeitos relativos à sua ocorrência, no entanto, não eram previstos de forma clara pelas fontes romanas, o que redundava em uma habitual compreensão pela impossibilidade de reparação dos prejuízos eventualmente causados. Jhering não compartilhava do aludido juízo, chegando a afirmar que “*a injustiça e o desconsolo, na prática, de um tal resultado são evidentes: a parte culpada sai livre, a inocente é vítima da culpa alheia*”¹¹⁹.

Ao recorrer às fontes romanas, Jhering buscou, por meio de uma análise das ações fornecidas por aquele ordenamento, encontrar um instrumento processual adequado, que possibilitasse o pleito indenizatório por culpa nos contratos nulos ou não chegados à perfeição. Primeiramente, o autor afasta a aplicação da *actio doli*, tendo em vista a ausência de intenção no ato lesivo que causa a nulidade contratual. De acordo com Jhering, “uma *actio*

¹¹⁶ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1.

¹¹⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 529.

¹¹⁸ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1.

¹¹⁹ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 2.

doli que prescinde do requisito do *dolus* e se basta com a culpa já só tem daquela ação o nome”¹²⁰. Como a aplicação do referido instrumento processual era prevista apenas para punir a conduta dolosa, não se demonstrava razoável a sua aproximação, mesmo que analógica, aos casos dos quais partia o autor. Em um segundo momento, Jhering coteja a aplicação da *actio legis Aquiliae* com as hipóteses de *culpa in contrahendo*, concluindo por um demasiado alargamento da referida ação¹²¹. Parecia natural uma aproximação ao referido instituto pelo fato de o contrato não ter chegado à sua perfeita formação. No entanto, os juristas romanos compreendiam que a culpa *aquiliana* tinha por pressuposto a existência de uma “*lesão visível, material, de objetos exteriores (coisas ou pessoas)*”¹²². Essas características não eram identificadas em todas as hipóteses de ocorrência de nulidade contratual, o que levou o autor a optar por sua não aplicação ao objeto de estudo.

Desse modo, Jhering acaba por fundamentar a sua teoria na *actio emti* (ação contratual), em razão de a pretensão indenizatória estar baseada em uma vinculação de natureza contratual. A princípio, a utilização da ação contratual seria impensável, tendo em vista a própria declaração de nulidade. No entanto, o autor desenvolve sua teoria a partir de um cotejo sobre os efeitos oriundos da declaração de invalidade. Para Jhering, a nulidade de um contrato não conduziria a uma absoluta ausência de eficácia, impedindo a fixação de um *quantum* indenizatório. Na verdade, os efeitos principais da contratação se veem obstados, mas isso não significa que uma contratação inválida não possa gerar outros tipos de efeitos, de caráter acessório¹²³.

Os fundamentos caminham, inclusive, no sentido de que se deve prescindir de uma análise da escusabilidade da conduta que levou à concretização de um contrato inválido. Segundo, Jhering “quem promete algo não *deve* errar, e erra à sua *própria* custa, não à custa da contraparte”¹²⁴. A inserção do agente no tráfego negocial leva a um dever geral de cautela de diligência, devendo responder pelos seus atos que lesionem a esfera jurídica de outrem.

¹²⁰ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 4.

¹²¹ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 4.

¹²² JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 19.

¹²³ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 24.

¹²⁴ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 30.

Nas palavras do autor:

Quem contrata, sai desse modo do círculo de deveres puramente negativo do tráfico extracontratual e entra no positivo da esfera contratual, sai do campo da mera *culpa in faciendo* para o da *culpa in non faciendo*, da *diligentia* positiva, e a primeira e mais geral obrigação que assim assume é a seguinte: aplicar a necessária *diligentia* logo no próprio contratar. Não são apenas as relações contratuais *formadas*, mas antes logo as que estão *em formação* que têm de estar sob a protecção das regras sobre a *culpa*, se não se quiser que o tráfico contratual seja neste aspecto obstaculizado de forma significativa, que cada contraente seja exposto ao perigo de se tornar vítima da negligência alheia¹²⁵.

Com relação ao alcance de sua construção teórica, Jhering intencionava o reconhecimento da *culpa in contrahendo* como princípio, possibilitando a extensão de sua aplicação a outros casos aparentados¹²⁶. Esse princípio estaria justamente associado à ideia de culpa, imputando responsabilidade indenizatória a todos aqueles que não agissem com a adequada diligência em suas negociações. Se um contrato não se tornou perfeito em decorrência de um vício que lhe causou a nulidade, a parte inocente devia ser reparada, no que se relaciona aos prejuízos sofridos.

Ponto importante para o presente estudo reside no fato de que, no percurso de sua fundamentação, Jhering elabora e trabalha a dicotomia existente entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo. Na verdade, mesmo antes de abordar as questões ligadas ao processo romano, Jhering já faz a aludida distinção que é a pedra fundante de sua doutrina da *culpa in contrahendo*. O primeiro conceito apresenta-se ligado à pretensão de exato cumprimento das obrigações pactuadas, enquanto o segundo busca a salvaguarda dos prejuízos ocasionados nas hipóteses em que o objeto contratual não é exigível, em razão da invalidade. É relevante que seja transcrita a elaboração teórica do autor, no momento em que estabelece a mencionada diferenciação:

O interesse do comprador pode, na nossa relação, ser concebido de duas maneiras: segundo uma delas, como o interesse na manutenção do contrato, ou seja, no *cumprimento* – aqui o comprador receberia num equivalente em dinheiro tudo aquilo que teria tido em caso de validade do contrato; diversamente, como um interesse na *não conclusão* do contrato – aqui receberia o que teria tido se a realidade exterior na conclusão do contrato não se tivesse de todo verificado. Alguns exemplos esclarecerão esta diferença, que pretendo designar, por razões de síntese, como interesse contratual

¹²⁵ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 32.

¹²⁶ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 33.

positivo e negativo. [...] O interesse do primeiro tipo tem como fundamento a validade, e o do segundo a invalidade do contrato. Só na medida em que o contrato é válido pode o comprador exigir a sua execução, ou, o que é o mesmo, o seu interesse no cumprimento¹²⁷.

Desse modo, o interesse contratual positivo teria como pressuposto a validade do contrato realizado, enquanto o interesse contratual negativo estaria ligado à invalidade do negócio jurídico concluído. A exigência do conteúdo pactuado só se faz possível se o contrato for considerado válido. Dessa forma, na concepção de Jhering, as situações que são marcadas pela invalidade não permitem que a parte prejudicada exija consecução material do contrato, mas, de outro modo, é possível e adequado que se fixe um montante indenizatório apto a ressarcir os danos sofridos pela parte inocente. Baseando-se, assim, na culpa do contratante que deu margem à declaração de invalidade contratual, o autor imputa-lhe a responsabilidade ligada ao denominado interesse contratual negativo da parte inocente.

Na construção do panorama distintivo entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo, Jhering busca elucidar a questão por meio do exame do instituto dos vícios redibitórios. Desde sua origem no direito romano, a identificação de um vício redibitório dá ensejo a dois tipos diversos de tutela. O lesado pode requerer apenas o ressarcimento de seus prejuízos em razão da identificação do vício, mantendo consigo a coisa comprada (*actio quanti minoris*), ou, diferentemente, pode requerer a resolução do contrato com a correlata indenização pelos prejuízos sofridos (*actio redhibitoria*). Segundo Jhering “a *actio redhibitoria* visa o interesse contratual negativo, a *actio quanti minoris* o interesse positivo”¹²⁸.

Dessa forma, quando o interesse tutelado relaciona-se com a manutenção do negócio jurídico, mesmo com a apuração de eventuais prejuízos, estar-se-ia diante de um interesse positivo. De modo contrário, se o interesse residir na não conclusão do contrato, mas na salvaguarda dos prejuízos surgidos, estaria baseado no interesse contratual negativo. Tentou-se pensar na proteção das relações contratuais em formação, impedindo o não ressarcimento de danos surgidos em razão da confiança depositada na relação obrigacional. Por conseguinte, vislumbrou-se uma construção jurídica preocupada com as vítimas da negligência alheia e voltada para a salvaguarda das partes em negociação, prejudicadas em razão da declaração de

¹²⁷ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 12.

¹²⁸ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 13.

nulidade de um negócio jurídico.

Em sua obra, Jhering analisa, ainda, o Código Geral Prussiano (*Allgemeines Landrecht – A.L.R.*) e o Código Civil Geral austríaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – A.B.G.B.*), buscando verificar aplicações dogmáticas de sua teoria¹²⁹. Em seguida, objetivando um contraste prático, o autor trabalha a casuística da *culpa in contrahendo*, levando em consideração três conjecturas diversas, quais sejam: incapacidade do sujeito, inidoneidade do objeto e falta de fiabilidade da vontade contratual¹³⁰.

Por fim, Jhering elaborou um pequeno adendo sobre as hipóteses de erros na comunicação, notadamente, questões envolvendo o uso do telégrafo. No pequeno texto suplementar, o autor conclui pela existência de culpa do contratante que envia mensagem por telégrafo, mas essa é recebida de maneira errada pelo destinatário. O uso do referido instrumento de comunicação levaria a assunção de riscos, devendo responder o emitente pelos prejuízos causados ao destinatário da mensagem que acabou por concluir um contrato inválido. Segundo Jhering, o emitente “tinha a opção entre um meio absolutamente seguro e um outro que, segundo a experiência, não é fiável; no interesse próprio decide-se pelo último, põe com isso em perigo o outro contraente – isto não é culpa?”¹³¹

A inteligência pioneira de Jhering abriu o caminho para inúmeras discussões em torno da matéria, além de ter possibilitado a positivação da *culpa in contrahendo* em diversas ordens jurídicas. A compreensão de seu sentido e de seu alcance, no entanto, ainda hoje, é imperiosa, pois se revela necessária a delimitação das hipóteses de relevância da aplicação do interesse contratual negativo, definindo-se critérios para a sua apuração e para a conseguinte indenização a ser fixada.

2.3 Críticas e divergências à construção teórica de Jhering

As críticas doutrinárias não tardaram a ser levantadas, sendo, inclusive, já esperadas

¹²⁹ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 34..

¹³⁰ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 44.

¹³¹ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 88.

pelo próprio Jhering¹³². Como se tratava de tema novo e tendo em vista o fato de o autor fundamentá-lo na estreiteza dos remédios dados pelo direito romano, as divergências foram variadas, levando em consideração diferentes aspectos da construção teórica realizada. As duas principais críticas centraram-se na insuficiência das bases positivas de direito romano e na deturpação da noção de culpa¹³³.

Como visto, o trabalho teórico de Jhering desenvolveu-se a partir de uma análise de normas de direito romano. Miriam de Abreu Machado e Campos aborda a questão de uma forma interessante, ao afirmar que as reflexões de Jhering se deram através do direito romano, mas, também, para além do direito romano¹³⁴. Essa característica, vista hoje como um ponto positivo da teoria de Jhering, foi alvo de severas críticas pelos teóricos do século XIX, em razão de ser constatada uma reflexão que extravasou as noções de institutos romanos clássicos, buscando dar novos contornos fundamentadores da solução por ele apresentada.

A ação *ex contractu* – ou *actio emti* – exigia a concretização de uma avença contratual. No entanto, a análise de Jhering estava centrada na invalidade contratual, partindo de uma situação em que se verifica erro essencial. A contradição existente no fato de ser concedida uma ação contratual para uma situação em que o próprio contrato está eivado de nulidade esbarraria em um empecilho de ordem lógica, tendo em vista a necessidade de configuração de um contrato perfeito e apto à adequada produção de efeitos. Não seria correto derivar uma responsabilidade de ordem contratual de uma situação em que o próprio contrato não foi alcançado.

Sob outra perspectiva, Jhering acabou por concretizar verdadeira “violentação” da noção de culpa¹³⁵ até então existente. Os exemplos utilizados pelo autor em sua obra permitem concluir por um esvaziamento da noção de culpa, sendo a mesma presumida em

¹³² Em um dos pontos argumentativos de sua obra, Jhering revela sua expectativa de dissensos doutrinários ao afirmar: “Não duvido de que, ao responder afirmativamente essa questão, me exponho a divergências, e não sei se conseguirei eliminá-las, mas, ainda assim, estou pessoal e firmemente convencido de que um jurista romano não se teria recusado a designar o desconhecimento do vendedor, sem mais – sem considerar as circunstâncias individuais –, como culpa”. JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 26.

¹³³ PINTO, Paulo Mota. Nota Introdutória. In: JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. XVI.

¹³⁴ MACHADO E CAMPOS, Miriam de Abreu. *Jus commune* contemporâneo? **Direito civil e constitucional: estudos de direito comparado em homenagem à professora Lucia Massara**. (Org.) Salomão de Araújo Cateb. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 164.

¹³⁵ PINTO, Paulo Mota. Nota Introdutória. In: JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. XVI.

situações em que seria difícil configurá-la do ponto de vista prático-teórico. Sobre a noção de culpa na teoria de Jhering, discorre Paulo Mota Pinto:

Jhering dá-se conta de que lhe contraporão: “uma tal culpa, que é determinada em abstracto sem consideração das circunstâncias individuais, nada mais é do que uma culpa fingida, uma *praesumptio juris et de jure* da mesma”. Confessando a dificuldade em responder, concedia que normalmente os romanos determinaram a culpa individualmente, mas procurava apoio em exemplos em que não teria sido assim. Seja como for, mesmo reconhecendo um abuso da noção de culpa em certos casos, Jhering não abandonou logo, porém, a fundamentação na existência desta, por entender que ela lhe era indispensável: dela resultaria o interesse na justificação jurídica e a explicação da obrigação de indemnização do vendedor, e seria o princípio geral necessário para a extensão do princípio da responsabilidade a casos parecidos – a sua generalização de princípio –, seria “a ponte, para chegar a partir dos dois casos das fontes até aos muitos outros”¹³⁶.

Apesar da tentativa de Jhering de formular um princípio geral como tentativa de justificar a existência de culpa nas hipóteses de invalidade contratual, esse ponto demonstrou-se falho. A título de exemplo, o autor apresenta uma situação em que o proponente morre antes da aceitação, na conclusão de contrato entre ausentes. A aceitação do destinatário sem conhecimento da morte do proponente se mostra ineficaz, uma vez que a formação do contrato não será materializada em consonância com os mecanismos de Direito Romano. No entanto, mesmo nessa situação, Jhering postula a existência de uma culpa. De acordo com o doutrinador, “a culpa reside no fato de, em vez do meio mais seguro da comunicação oral pelo próprio, se recorrer a um outro mais inseguro, expondo o adversário ao perigo”¹³⁷. Vê-se pela exposição de Jhering uma efetiva abstração do conceito de culpa, o que prejudicou em demasia a aceitação de sua construção jurídica.

Sobre os aludidos julgamentos críticos da construção da teoria de Jhering, Francesco Benatti apresenta interessante consideração:

[...] a tese do autor alemão não resistia à crítica, pois deixava sem resposta a pergunta da qual ele havia partido. Na verdade, parece possível opor-lhe uma tríplice ordem de observações. A primeira diz respeito à própria maneira de colocar o problema. A aguda intuição de Jhering de que a diligência exigida na fase da execução do contrato fosse observada também durante as negociações, não implicava necessariamente uma limitação da responsabilidade apenas para as hipóteses de estipulação de um negócio

¹³⁶ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 174.

¹³⁷ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 73.

inválido. Esta observação deveria, portanto, conduzir à afirmação de que o celebrar-se ou não contrato não tem importância alguma para o nascimento deste tipo de responsabilidade. Em segundo lugar, o fundamento da obrigação de ressarcir, traduzindo uma *culpa* durante a fase das negociações, acaba por reduzir-se a uma ficção pois é sustentável que pode, por vezes faltar uma «culpa». Finalmente, resulta um absurdo lógico conceder à parte prejudicada uma *actio ex contractu*, isto é, uma acção fundada no contrato, se este é nulo¹³⁸.

Em soma a críticas de ordem material, parte da doutrina posicionou-se, ainda, no sentido de que Jhering buscava ressuscitar a teoria da vontade, com o conseqüente afastamento da teoria da declaração. Dentro do pensamento ligado à Escola da Pandectística, encontra-se um dos maiores e mais famosos debates no campo do direito privado: o confronto doutrinário entre os partidários da teoria da vontade (*Willenstheorie*) e os adeptos da teoria da declaração (*Erklärungstheorie*). A clássica obra de Jhering sobre a *culpa in contrahendo* é realizada em período posterior ao aludido debate doutrinário e acaba por refletir o cenário de incerteza quanto ao papel da vontade como elemento central do negócio jurídico.

O que habitualmente é identificado como teoria da vontade liga-se em sua origem às construções teóricas de Savigny, para quem a base de um negócio jurídico centrava-se na própria vontade. A teoria da vontade estava, assim, centrada no fato de que a vontade real do agente seria o elemento central de um negócio jurídico, devendo ser, portanto, buscada. Tratava-se de elemento fundante da prática negocial. Nas hipóteses de não adequação entre a vontade real e declaração negocial, deveria prevalecer a vontade real, tendo em vista que é exatamente o elemento propulsor da realização do negócio jurídico. A essência de um contrato está na vontade. Se a mesma não se materializa no plano fático, a declaração deve ser desconsiderada, redundando em nulidade. Denota-se que a vontade interna era verdadeiro dogma ligado à concepção de negócio jurídico. De acordo com Paulo Mota Pinto:

Para estes adeptos do “dogma da vontade”, segundo os quais o fundamento da vinculação negocial estaria na vontade do declarante, a declaração negocial – *rectius*, declaração de vontade (*Willenserklärung*) – supunha necessariamente a existência de um elemento volitivo concordante com a declaração. Desse modo, o sentido com que deveria valer a declaração seria aquele que o seu autor lhe imprimiu. No caso de faltas ou vícios de vontade, por outro lado, a declaração, e o negócio jurídico, seriam, não apenas impugnáveis, mas antes nulos por lhes faltar um elemento essencial¹³⁹.

¹³⁸ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 15.

¹³⁹ PINTO, Paulo Mota. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 21.

O dogma da vontade como base para a própria relação negocial não tardaria a ser criticado pela doutrina. Os principais elementos de argumentação centravam-se em torno da segurança do tráfego jurídico e da ausência de proteção do destinatário da declaração de vontade. A busca por uma vontade interna revelava-se um exercício impossível, uma vez que estava ligada a um processo subjetivo não alcançável pelo homem. Em paralelo, a teoria da vontade, em um plano prático, concretizava uma maior proteção ao declarante, deixando o declaratário desguarnecido de tutela. Paulatinamente, viu-se um afastamento do subjetivismo e a necessidade de se pensar a declaração de vontade a partir de uma análise de natureza objetiva. Surge, assim, a denominada teoria da declaração.

Os adeptos da teoria da declaração não viam, no entanto, qualquer causa de invalidade nas situações de erro essencial. Desse modo, a própria premissa casuística de que partia Jhering era questionada pelos declarativistas. Para estes, na contraposição entre vontade declarada e vontade real, era a primeira que deveria prevalecer, tendo em vista, principalmente, postulados de segurança jurídica. Como não se demonstra possível a identificação do conteúdo interno da vontade do agente, a vontade externalizada seria o elemento central de um contrato. Se ocorresse uma manifestação equivocada, como nas hipóteses de erro essencial, o declaratário seria responsável pelo cumprimento do pactuado, não havendo espaço para se questionar as suas reais intenções.

Assim, a teoria da declaração revelava-se mais adstrita ao conteúdo externalizado. Em busca de uma maior segurança do tráfego negocial, apregoava-se que não era a vontade o elemento central de uma vinculação contratual, mas, sim, uma declaração de vontade. Como não é possível identificar exatamente a vontade interna do agente – ou o seu estado subjetivo –, o intérprete deveria se ater ao conteúdo trazido até o plano fático.

Sobre a referida contraposição de entendimentos, Antônio Junqueira de Azevedo apresenta uma adequada síntese:

Sobre essa questão, e como teoria geral, há oposição entre dois sistemas nitidamente diversos: um, colocado em relevo sobretudo por Savigny, que faz prevalecer, em todos os casos, a vontade verdadeira do declarante, de vez que é somente essa vontade que deve produzir os efeitos de direito que estão em causa, sistema designado pelo nome de teoria da vontade, ou seja, da predominância da vontade como dogma absoluto; o outro, que faz prevalecer a vontade, mesmo que fictícia, que se infere da declaração, sobre a vontade verdadeira, seja porque o sentido normal da vontade somente existe, do

ponto de vista do direito, por sua expressão externa e somente há lugar para se aplicarem, às disposições da vontade privada, as regras de interpretação admitidas para as normas legais e disposições de lei¹⁴⁰.

O ambiente de confronto entre as duas teorias será o pano de fundo do desenvolvimento das noções de *culpa in contrahendo* e da dualidade entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Como visto, o ensaio de Jhering sobre o tema parte de uma situação prática em que está delineado um erro quanto ao objeto negocial. Tal tema está no centro das discussões empreendidas entre os adeptos da teoria da vontade e os adeptos da teoria da declaração. Importava verificar se uma situação em que fosse identificada uma dissonância entre a vontade declarada e a vontade interna seria passível de ser taxada por inválida. Jhering desenvolveu sua teoria acreditando na vontade real como elemento basilar para a negociação e ainda buscou dar maiores subsídios para a sua aplicação, empreendendo o estudo com centro no ressarcimento das partes na hipótese de ocorrência do erro.

Assim, para os adeptos da teoria da declaração, a construção de Jhering “não passava, na realidade, de uma tentativa de salvar a teoria da vontade, libertando-a das suas consequências menos suportáveis”¹⁴¹. As elaborações teóricas em torno da *culpa in contrahendo* teriam por objetivo principal o fornecimento de mecanismos de proteção ao destinatário da declaração de vontade que veio a ser reconhecida como nula. Se o resultado da identificação de um erro negocial era a invalidade, a teoria de Jhering tinha por objetivo apenas amenizar os efeitos dessa declaração de invalidade sobre a contraparte, por meio da fixação de um *quantum* indenizatório em razão do interesse negativo. Contudo, no conflito entre vontade real e vontade declarada, ainda haveria uma prevalência da primeira, tendo em vista a manutenção da invalidade enquanto implicação de sua identificação. A *culpa in contrahendo* permitiria o afastamento de uma das principais objeções à teoria da vontade, qual seja a ausência de uma proteção a terceiros, porém, não solucionava as questões ligadas à segurança do tráfego negocial.

Assim, uma das principais críticas apresentadas à construção jurídica de Jhering estava justamente na ideia de reafirmação da teoria da vontade, sendo vista como uma tentativa de oferecer novos contornos que possibilitassem a sua aceitação pela doutrina alemã.

¹⁴⁰ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74.

¹⁴¹ PINTO, Paulo Mota. Nota Introdutória. In: JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. XVIII.

Todas as censuras apresentadas, no entanto, não retiram a importância ímpar do trabalho de Jhering para que fossem refletidos novos contornos de responsabilização para eventos ocorridos na fase pré-contratual. Não há autor que aborde a responsabilidade pré-contratual sem ao menos indicar a concepção do jurista alemão sobre o tema. Seu estudo influenciou os seguidos desenvolvimentos sobre a matéria e permitiu, inclusive, que o instituto fosse positivado em legislação, de acordo com as balizas oferecidas pelo seu pensamento. Em acréscimo a isso, é importante destacar que a ponderação de valores indenizatórios tendo por base a fórmula-par interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, também, tem aqui a sua origem. As figuras foram aprimoradas e a sua aplicação foi expandida para outros institutos, porém, reside em Jhering a formulação sistemática dos conceitos, que permitiu novos contornos para a fixação de valores indenizatórios. Nesse ponto, segundo Paulo Mota Pinto:

Se algo chama a atenção na comparação entre as reacções imediatas ao artigo de Jhering e a sua influência subsequente afigura-se-nos ser, porém, o contraste entre, por um lado, as (quase unânimes) críticas ao seu método e à forma como teria manipulado as fontes (e as poucas adesões que, *de iure condito*, a sua ideia recebeu), e, por outro lado, a sua progressiva e inexorável aceitação como princípio geral, e a correspondente influência duradoura e quase universal que acabou por ter, nalguns casos mesmo entre os seus críticos. [...] com todas as suas insuficiências ou defeitos (ou, até, justamente, sendo possibilitado por eles) o trabalho de Jhering [...] representou, se não uma verdadeira “descoberta jurídica”, de algo que fosse inteiramente desconhecido, pelo menos um marco notável, que fez dele um dos escritos de doutrina jurídica mais célebres, sendo indubitável que, directa ou indirectamente, exerceu influência significativa sobre a evolução jurídica subsequente¹⁴².

Verifica-se, pois, que a originalidade da abordagem de Jhering acabou por influenciar novas construções jurídicas, sejam elas doutrinárias, jurisprudenciais ou mesmo legais. Mesmo passível de críticas, a obra do autor alemão continua sendo utilizada como primeiro parâmetro para aqueles que pretendem estudar as questões atinentes à responsabilidade civil pré-contratual.

¹⁴² PINTO, Paulo Mota. Nota Introdutória. In: JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. XVII-XIX.

III – Pressupostos da responsabilidade pré-contratual

Contemporaneamente, não há dúvidas de que os eventos sobrevindos no período anterior à formação do contrato podem ensejar a apuração de responsabilidade civil dos agentes ali envolvidos. Trata-se da busca por maior proteção aos sujeitos de direito, mesmo nas hipóteses em que a avença não tenha se concretizado, ampliando o espectro de dirigismo estatal no campo da autonomia privada. Essa realidade, todavia, é fruto de uma nova visão de direito ou, mesmo, de uma nova concepção de contrato.

Assim, a projeção de uma responsabilidade civil por fatos ocorridos na fase pré-contratual não se coadunava com a perspectiva liberal de contrato. A título de exemplo, apoiando-se nesse modelo, seria possível sempre a parte romper as negociações preliminares, sem que houvesse a necessidade de apresentar qualquer justificativa fática ou jurídica para tanto. A liberdade negocial era tomada como máxima, permitindo, por consequência, que as partes envolvidas em negociações preliminares pudessem se desvincular da contraparte, exercendo a sua opção de não contratar¹⁴³.

Somente com o advento de uma pretensa perspectiva solidarista de contrato, observou-se uma maior aceitação das teorias ligadas à *culpa in contrahendo*. De acordo com Luciano Benetti Timm, o modelo solidarista de contrato “promoveu a abertura do sistema jurídico para fatores metajurídicos, especialmente aspectos éticos e dados da realidade empiricamente constatáveis no caso”¹⁴⁴. Desse modo, a repercussão jurídica dos danos ocorridos no momento

¹⁴³ Sobre a perspectiva liberal de contrato, assim dispõe Luciano Benetti Timm: “A concepção liberal de contrato era a de acordo livremente manifestado de vontades (consenso) – tomadas igualmente pelo sistema jurídico – independentemente de qualquer formalidade para a sua perfectibilização (em regra). Após o encontro de vontades, isto é, consenso, (proposta e aceitação), as partes estarão obrigadas a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, não sendo lícito a nenhuma delas, isoladamente, desistir do negócio (*pacta sunt servanda*); também não será lícito ao juiz interferir no que fora livremente pactuado entre as partes. A concepção elementar do modelo é a de que o legislador deixa uma esfera normativa de comportamentos sociais para os próprios indivíduos negociarem, barganharem, cada qual sendo responsável pelo que é melhor para si. Cada um saberá cuidar melhor do seu interesse, gerando com isso justiça”. TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito contratual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 39.

¹⁴⁴ TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito contratual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 126.

de formação de uma avença revela-se intrinsecamente ligada a uma concepção de direito que permita a análise de deveres de comportamento impostos às partes inseridas em quaisquer tipos de relações negociais.

No presente estágio do direito contratual¹⁴⁵, é possível observar que a responsabilidade pré-contratual é amplamente reconhecida nos países de *civil law* e apresenta-se como o principal campo de verificação e aplicação das noções de interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Alguns autores, inclusive, reduzem o campo de emprego da primeira expressão aos problemas na formação do contrato, não a utilizando em outras hipóteses, como nas questões ligadas ao inadimplemento contratual.

Demonstra-se importante, por conseguinte, o estudo de alguns pressupostos para a compreensão do próprio fenômeno da responsabilidade pré-contratual. Não se trata aqui de uma delimitação de ordem histórica, mas, sim, da busca de bases conceituais para o seu atual enquadramento jurídico. Desse modo, é essencial a compreensão do processo de formação do contrato, bem como a percepção da influência do princípio da boa-fé para a solução de problemas identificados nas fases anteriores à concretização do negócio jurídico. Em paralelo, o estudo da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual apresenta-se como fundamental, pois, é a partir de sua identificação que se passa a ter um regime jurídico apto para a solução de controvérsias.

3.1 A formação do contrato

O estudo da responsabilidade pré-contratual tem por necessária premissa a identificação das fases da formação do contrato, de modo que se possam delimitar as hipóteses de sua ocorrência. Trata-se de uma busca por corte cronológico que permita delimitar o conjunto de normas a ser aplicado à situação vivenciada no plano prático. Assim, as obrigações contidas em um termo contratual só passam a ser exigíveis a partir do momento em que o contrato está formado, com as manifestações de vontade de ambas as partes, o que acaba por permitir a geração de seus correlatos efeitos. Sobre o tema, assevera Enzo Roppo:

¹⁴⁵ Luciano Benetti Timm identifica a presente concepção de contrato pela denominação “modelo sistêmico ou complexo de contrato”. De acordo com o autor, “trata-se de uma proposta de leitura funcional moderada do direito contratual, sem o radicalismo do paradigma solidarista, permitindo, justamente, a sobrevivência do instituto do contrato no Novo Código Civil, com sua plena funcionalidade social (congruência de expectativas normativas de diversas ordens e planos), mas inserida dentro de um novo contexto de complexidade social”. TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito contratual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 149.

Numa perspectiva realista, o juízo sobre se um contrato se formou ou não constitui o resultado de uma qualificação de determinados comportamentos humanos, operada por normas jurídicas. Por outras palavras, a formação do contrato consiste num *processo*, isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos coordenados entre si, segundo um modelo não já “natural” e “necessário”, mas sim pré-fixado de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito (pelos vários direitos). Se essa determinada sequência de actos e comportamentos humanos corresponde ao esquema estabelecido pelo ordenamento jurídico (e de modo diverso pelos diversos ordenamentos jurídicos), pode dizer-se que esse determinado contrato se formou, ou concluiu, ou “ganhou existência”¹⁴⁶.

A formação de um contrato não traduz fenómeno jurídico passível de uma análise meramente estática. Contrariamente, a conclusão de uma avença contratual demonstra-se marcada por uma sucessão de atividades que se apresentam conectadas entre si. Buscando estabelecer parâmetros mais claros, a literatura jurídica tem por hábito apresentar uma divisão tripartite dos momentos de formação do contrato, quais sejam: negociações preliminares, proposta e aceitação. Somente após a passagem por todas as referidas fases, o contrato revela-se formado e apto à produção de seus efeitos jurídicos. Não se trata, porém, de uma separação estanque, podendo estar as diferentes fases marcadas por uma interpenetração¹⁴⁷.

A fase das negociações preliminares é também denominada como fase das tratativas. Nesse momento da formação, costuma-se apontar a inexistência de qualquer vinculação entre as partes ali envolvidas. Trata-se de uma fase em que as partes entram em contato, com o intuito de buscar adequados subsídios que as levem à conclusão da avença contratual. São característicos desse momento, por exemplo, os contatos prévios (pessoais ou por meios eletrônicos), a busca por informações sobre os valores ou as características dos bens, as sondagens em torno das intenções das partes em negociar.

O que se busca, nesse primeiro momento de formação da avença, é a dotação de

¹⁴⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 105.

¹⁴⁷ Alberto Ravazzoni identifica alguns momentos que caracterizariam a fase de formação do contrato. De acordo com o autor italiano: “A formação de um contrato requer o desenvolvimento, em algumas vezes necessário, em outras, somente eventual, de diversas atividades. Contatos preliminares, convites, tratativas, proposta e aceitação: as primeiras dessas atividades podem existir ou não existir, e, desse modo, não são consideradas elementos propriamente formativos do contrato; por outro lado, com relação aos outros dois últimos elementos formativos (proposta e aceitação) é opinião comum aquela que afirma, como uma máxima, a sua necessidade”. No original: “La formazione di un contratto richiede lo svolgimento, alle volte necessario, alle volte soltanto eventuale, di diverse attività. Contatti preliminari, inviti, trattative, proposta ed accettazione: le prime di queste attività possono esserci o non esserci, e, comunque, sono considerate al di fuori degli elementi propriamente formativi del contratto; per quanto riguarda, invece, gli altri due elementi formativi del contratto (proposta ed accettazione) è opinione comune quella che afferma, in linea di massima, la loro necessità”. RAVAZZONI, Alberto. **La formazione del contratto**. Vol. I. Le Fasi del procedimento. Milano: Giuffrè, 1973. p. 1.

elementos suficientes que induzam as partes a optar pela contratação. Como regra, não há uma vinculação entre os sujeitos negociantes, justamente pelo fato de se estar em jogo um processo de tomada de decisão. Resta clara, todavia, a importância das informações na fase das tratativas. Somente por meio de informações verdadeiras e que espelhem a realidade fática vivenciada, faz-se possível a tomada de uma decisão segura no sentido de contratar. Os problemas ligados à chamada *culpa in contrahendo* encontram aqui as principais hipóteses de concretização, notadamente, em decorrência da ausência de informações ou da emissão de informações falseadas para a contraparte.

Nesse sentido, a fase das negociações preliminares apresenta grande variação em seu tempo de duração. Em contratos cujo objeto apresenta uma grande complexidade, as tratativas podem requerer um grande dispêndio de tempo, em razão do grande conteúdo informacional a ser obtido pelos negociantes. Além disso, é possível identificar uma série de gastos relacionada às negociações, que também têm a sua quantia variando em razão da complexidade da negociação.

As negociações preliminares têm o seu término marcado pela manifestação de vontade de qualquer dos negociantes no sentido de não contratar ou pela elaboração de uma proposta por qualquer das partes ali envolvidas. Não sendo realizada a proposta, frustram-se as tratativas. Elaborada a proposta de contratar, passa-se para uma nova fase de formação da avença, agora vinculativa.

A fase da proposta é marcada pela manifestação volitiva de uma das partes no sentido de contratar. Toda relação contratual é formada por uma declaração de vontade receptícia, ou seja, trata-se de uma manifestação de vontade que busca se conformar à vontade de outro indivíduo. Contrato é negócio jurídico bilateral, o que leva à necessária configuração de mútuo consentimento. Ambos os negociantes manifestam a sua vontade, no entanto, um deles deve dar o primeiro passo, elaborando uma proposta, para que essa seja aceita pela contraparte envolvida na negociação.

Nesse momento, já se vislumbra a existência de vinculação por parte do proponente (também chamado polícitante). Não se trata de uma vinculação de ambos os negociantes, tendo em vista que não há obrigações nascendo de um contrato, uma vez que ele não existe ainda. No entanto, a proposta já é caracterizada pela obrigatoriedade. Quando dotada de

seriedade e precisão, a proposta vincula o proponente, fazendo com que o destinatário (também denominado oblato) possa exigir a concretização do contrato nos termos prometidos. Enquanto a *seriedade* da proposta materializa aspecto subjetivo inafastável, não permitindo a vinculação a situações em que se constate mero gracejo, a *precisão* demarca o seu campo objetivo, devendo apresentar os elementos mínimos do contrato que se pretende pactuar¹⁴⁸.

A vinculação da proposta pode ser identificada no ordenamento jurídico brasileiro, na disposição contida no art. 427 do Código Civil, que prevê que “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Assim, não configuradas quaisquer destas excepcionalidades e presentes os elementos seriedade e precisão, a parte proponente está obrigada a contratar, não podendo se isentar de tal responsabilidade.

O Código Civil dispõe, ainda, em seu art. 429, que “a oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”. Nessa hipótese, é interessante notar que há uma completa indeterminação com relação à pessoa do destinatário da proposta. Isso não impede, contudo, que seja configurada uma obrigatoriedade, desde que presentes os requisitos essenciais para o contrato. Assim, nas situações de oferta de venda (hipóteses mais visualizadas no plano fático), desde que se apresentem preço e produto, torna-se obrigatória a contratação, ressalvando-se as questões atinentes a limite de estoque ou a informações presentes na própria oferta.

Uma proposta pode gerar, ainda, uma contraproposta. Isso se dá quando o destinatário da proposta elabora novas condições para a contratação, diversas das que foram inicialmente colocadas pelo original proponente. Passa-se, então, para a análise de uma nova proposta, perdendo força vinculativa a proposta primeiramente elaborada. O outrora proponente passa a figurar na posição de destinatário, cabendo a ele a decisão pela aceitação ou não dos termos ali encontrados. O mesmo ocorrerá se a aceitação for concretizada em momento posterior ao delimitado na proposta elaborada. A referida compreensão pode ser extraída do art. 431 do

¹⁴⁸ Antônio Chaves apresenta o requisito objetivo como um dos aspectos distintivos entre a proposta e as negociações preliminares: “Existe ainda outro elemento muito importante de distinção entre a proposta e negociações: a proposta deve ser completa, isto é, regular todos os pontos que formarão o conteúdo do futuro contrato, condição a que também a contra-proposta deve submeter-se: pode modificar inteira ou parcialmente as condições da proposta, mas deverá abranger todo o setor desta”. CHAVES; Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense: 1959. p. 67.

Código Civil, que dispõe que “a aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta”.

A fase da aceitação marca a conclusão do contrato. Assim que uma parte aceita a proposta elaborada pela outra, tem-se a concretização do negócio jurídico pretendido. No entanto, é importante destacar que a aceitação deve chegar até o proponente, de modo que ele possa ter ciência de que o contrato foi celebrado. Sobre a forma como pode se materializar a aceitação, discorre Caio Mário da Silva Pereira:

Não há, salvo nos contratos formais, requisito especial para a aceitação. Pode ela ser *expressa*, se o aceitante declarar a sua anuência; ou ser *tácita*, se uma atitude, inequívoca, autoriza concluir pela integração de sua vontade na declaração contida na proposta, como no caso de o oblato enviar, sem dito expresso, ao polícitante a mercadoria por este solicitada. Pode ser *presumida*, quando a conduta do aceitante, nos termos da lei, induz anuência, como se o proponente marca prazo ao oblato para que este declare se aceita, e o tempo decorra sem resposta negativa naqueles casos em que se não costuma aceitação expressa (Código Civil, art. 432). Em qualquer caso, porém, a aceitação traduz a adesão do oblato à oferta recebida, e só vale como tal, se a contiver¹⁴⁹.

Logo, a formação do contrato depende efetivamente da referida adesão à proposta. A forma como ela pode se efetivar apresenta algumas variações em nosso ordenamento. No entanto, o essencial é que se possa identificar no comportamento expresso ou tácito do aceitante a intenção de concluir o negócio jurídico, para que sejam produzidos os seus correlatos efeitos. Desse modo, após perpassar pelas referidas fases – negociações preliminares, proposta e aceitação – o contrato está formado e passa a ter eficácia na ordem jurídica, se não estiver submetido a termo ou condição.

A tradicional divisão apresentada é dotada de um caráter estanque que, no entanto, pode não ser verificado em algumas hipóteses práticas de formação da avença. Algumas contratações, por exemplo, não perpassam pela fase das negociações preliminares, concretizando a avença de modo automático. Principalmente nas hipóteses de contratos massificados, o que se verifica é uma simples adesão¹⁵⁰ a uma proposta formulada, sem que

¹⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III – Contratos. 17. ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 40.

¹⁵⁰ César Fiuza e Giordano Bruno Soares Roberto apresentam a seguinte definição de contratos de adesão: “Contrato de adesão é aquele que se celebra pela aceitação de uma das partes de cláusulas contratuais gerais propostas pela outra, a fim de constituir a totalidade ou ao menos a porção substancial do conteúdo de sua relação jurídica”. FIUZA, Cesar; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 68.

as partes possam efetivamente negociar o conteúdo e o alcance das disposições ali contidas.

Ainda assim, em razão de uma crescente complexidade das relações contratuais, é possível constatar um também crescente incremento da fase das tratativas. Em contratos mais minuciosos, como aqueles que envolvem o ambiente empresarial, é possível identificar uma amplitude das negociações preliminares, resultado da cautela que as partes procuram ter, antes de aderirem a um instrumento negocial. Essa complexidade tem por consequência uma maior probabilidade de materialização de danos pré-contratuais, redundando em uma acentuada preocupação com o comportamento das partes nesse momento da formação do termo. De acordo com Fabiana D'Andrea Ramos:

A internacionalização dos negócios e a maior complexidade das operações econômicas resultaram na sofisticação e incrementação da fase de preparação e formação dos contratos. A chamada fase pré-contratual tornou-se, assim, muitas vezes longa e trabalhosa. Tal realidade ocasionou a necessidade de documentação da negociação do contrato, o que serviu a diversos propósitos, como organizar a negociação, memorizar pontos já tratados, fixar prazos, etc. Trata-se aqui, portanto, da formação progressiva do contrato, compreendida como sendo aquela em que o contrato se forma não por meio das clássicas modalidades de oferta e aceitação, mas por uma sequência de comunicações e de reações que, por aproximações sucessivas, dão finalmente lugar a celebração do contrato¹⁵¹.

O problema da formação do contrato é agravado, além disso, nas hipóteses em que as partes negociantes encontram-se distantes uma da outra, impossibilitando uma aceitação imediata da proposta. Isso se dá em razão da ausência de interlocução recíproca entre as partes.

É possível identificar algumas construções teóricas que procuram dar balizas para a definição do momento de formação do contrato nas situações práticas em que as partes encontram-se em lugares diferentes, não podendo manifestar as suas vontades presencialmente e ao mesmo tempo. Nessas situações, é necessário identificar a partir de quando se tem uma necessária submissão às regras traçadas pelas partes envolvidas naquela negociação. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, “no instante em que estas [as vontades], manifestadas segundo a forma livre ou determinada, conforme o caso,

¹⁵¹ RAMOS, Fabiana D'Andrea. O efeito vinculativo das cartas de intenções: possibilidade de execução específica de seus termos. **Direito contratual entre liberdade de protecção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos**. Org. Stefan Grundmann e Margarida dos Santos. Coimbra: Almedina, 2008. p. 156.

justaponham-se, ou coincidam, ou se encontrem, neste momento nasce o contrato”¹⁵². Trata-se, na verdade, de uma opção legislativa, uma vez que a definição do momento de formação dos contratos pactuados à distância encontra-se prevista em lei.

Baseando-se na perspectiva exposta, é possível deduzir que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a denominada teoria da expedição¹⁵³, segundo a qual os contratos são concluídos no instante em que a aceitação é expedida. A referida compreensão tem por base a previsão contida no art. 434, do Código Civil, segundo a qual “os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida”.

Esse breve panorama permite identificar o momento de formação dos contratos, tendo por base o ordenamento jurídico brasileiro. Tal entendimento demonstra-se essencial para a identificação e aplicação do regime jurídico correlato. Após a aceitação – a qual se dá entre ausentes a partir da expedição – o contrato está formado e as contingências dali surgidas submetem-se a um regramento próprio. Os eventos passíveis de gerar danos ocorridos em momento pretérito à aceitação compõem o campo de estudo do presente trabalho, ensejando à busca de um adequado enquadramento das situações para que se possibilitem soluções alinhadas à boa técnica jurídica.

3.2. Boa-fé objetiva e a responsabilidade pré-contratual

Atualmente, a maior parte das construções teóricas sobre a responsabilidade pré-contratual encontra o seu embasamento nos deveres acessórios emanados da cláusula geral de boa-fé objetiva. Para alguns autores, a relação entre os dois institutos é tão próxima que não haveria possibilidade de configuração de um dano pré-contratual sem a constatação de uma lesão ligada à desobediência aos deveres impostos pela boa-fé.

Os deveres de comportamento ligados à boa-fé objetiva ultrapassam a própria avença contratual, devendo ser seguidos também na fase que antecede à concretização do contrato. Pautando-se no ordenamento jurídico civil brasileiro, tem-se como dispositivo basilar para as

¹⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III – Contratos. 17. ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33.

¹⁵³ Em paralelo à teoria adotada pelo legislador civil brasileiro, é possível identificar outras construções sobre o tema, quais sejam: teoria da informação ou cognição; teoria da recepção e teoria da declaração ou agnição.

referidas construções doutrinárias o texto do art. 422 do Código Civil brasileiro, que dispõe que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Apesar do dispositivo não fazer uma menção expressa à formação do contrato, a literatura jurídica e a jurisprudência posicionam-se, em sua maioria, pela configuração dos deveres de probidade e boa-fé na fase preliminar à formação dos contratos. Trata-se de um exercício hermenêutico extensivo, que identifica na locução “conclusão do contrato” uma maior amplitude do fenômeno de formação do contrato, alcançando, por conseguinte, a proteção aos eventuais danos passíveis de configuração na fase das tratativas.

Faz-se essencial, assim, definir os parâmetros de aplicação do princípio da boa-fé objetiva e sua inter-relação com a responsabilidade civil pré-contratual.

3.2.1 O princípio da boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva é visto como importante baliza do direito civil contemporâneo¹⁵⁴. Grande parte das recentes construções jurídicas da doutrina civilística operou-se nos âmbitos aplicativos do aludido princípio de direito¹⁵⁵. Hoje, a boa-fé é utilizada como fundamento pelos nossos operadores de direito o que redundava, por vezes, em uma compreensão vazia do aludido instituto. É necessário, portanto, estar atento a alguns perfis dogmáticos para uma correta aplicação do instituto, sob pena de se ter por configurado apenas mais um argumento para discursos retóricos e sem conteúdo.

¹⁵⁴ A doutrina, habitualmente, apresenta a distinção existente entre boa-fé objetiva (cláusula geral de imposição de um padrão de conduta) e boa-fé subjetiva (estado psicológico, desculpável, de que acredita agir em conformidade com o direito). Para Eduardo Tomasevicius Filho, a referida distinção não se sustenta. Assevera o autor: “Isso [a distinção] não se sustenta face ao mínimo questionamento, porque toda boa-fé é necessariamente objetiva. Basta observar que a alegação de desconhecimento só é aceita em qualquer ordenamento jurídico quando a pessoa não sabia – ou não tinha a informação relevante acerca do fato – mas também quando ela não tinha como saber desse fato, o que é comprovado mediante a possibilidade de a pessoa procurar essa informação e não tê-la conseguido devido aos elevados custos de transação. Somente após ter agido corretamente, isto é, ter procurado a informação é que se pode alegar a boa-fé. Do contrário, essa alegação de estar de boa-fé é odioso exemplo de conduta de má-fé”. TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Boa-fé no Código Civil brasileiro: dez anos de experiência. 10 anos de vigência do Código Civil de 2002: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 312.

¹⁵⁵ Para um aprofundamento sobre as origens históricas da boa-fé objetiva, vide: PEREIRA, Fabio Queiroz. O Direito Comercial e a formação histórica do princípio da boa-fé objetiva. *Scientia Iuris*, Londrina, v.17, n.2, dezembro de 2013, pp. 9-28.

Nesse sentido, é importante deixar assentado que a boa-fé objetiva apresenta-se como uma cláusula geral¹⁵⁶. Dessa afirmativa é possível extrair que, dentro da concepção de sistema de nosso ordenamento jurídico, a boa-fé apresenta-se como importante cânone integrativo de normas. Por meio da aplicação de cláusulas gerais como a boa-fé objetiva, faz-se possível uma constante atualização do sistema jurídico, levando à sua compreensão como um sistema aberto¹⁵⁷.

Segundo Claus-Wilhelm Canaris, compreende-se por abertura de um sistema: “a incompletude, a capacidade de evolução e a modificabilidade do sistema; nesse sentido, o sistema da nossa ordem jurídica hodierna, pode caracterizar-se como aberto”¹⁵⁸. Apesar de o autor fazer referência ao ordenamento jurídico alemão, a referida ideia foi apropriada pelo legislador brasileiro e, atualmente, é identificada por grande parte da doutrina. Essa abertura do sistema concretiza-se, na maioria das vezes, pela utilização das referidas cláusulas gerais que acabam permitindo a mobilidade das noções albergadas pelo ordenamento jurídico.

Ainda de acordo com Claus-Wilhelm Canaris, “é característico para a cláusula geral o ela estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização, podendo-se estes, fundamentalmente, determinar apenas com a consideração do caso concreto respectivo”¹⁵⁹. Nesse contexto, a cláusula geral de boa-fé

¹⁵⁶ Neste ponto, demonstra relevância diferenciar cláusulas gerais de conceitos jurídicos indeterminados. De acordo com Judith Martins-Costa: “Enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na *fattispecie* (devendo, pois, individuar os confins da hipótese abstrata posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto à vista das possíveis existentes no sistema”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 326. Em sentido contrário, afirma Karl English: “De facto, as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria. Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários”. ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 233.

¹⁵⁷ Sobre as compreensões acerca da cláusula geral, discorre Franz Wieacker: “En forma algo más moderada se ha querido encontrar en las cláusulas generales una *válvula* para las exigencias ético-sociales, una especie de ilustrado positivismo social de primera mano. Sin embargo, esta tesis y la todavía más audaz que preconiza una permanente «adaptación» de la estructura normativa a las exigencias sociales, encuentran su límite en que precisamente la norma misma – esto es, la medida y la línea directriz de las decisiones –, ha de ser incambiable”. WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1977. p. 30.

¹⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. Ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2002. p. 104.

¹⁵⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. Ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2002. p. 142.

objetiva permitiria, em uma apreciação casuística, a delimitação de padrões de comportamento a serem seguidos pelas partes nas questões atinentes a uma contratação.

Essa apreciação, no entanto, materializa dificuldades com relação à delimitação das formas de apreciação e preenchimento da cláusula geral. Como a questão está adstrita a um exame casuístico com um adequado posicionamento do magistrado, poder-se-ia levar a aplicações de juízos subjetivos em detrimento de padrão ético a ser seguido no caso concreto. Sobre a utilização de um sistema pautado no uso de cláusulas gerais e, mais especificamente, tomando por base a cláusula geral de boa-fé presente no Código Civil italiano, Mario Bessone afirma:

Naturalmente, critérios de decisão, assim expostos aos inconvenientes de qualquer investigação sobre a psicologia dos operadores, deixam uma certa margem ao arbítrio do juiz e não raro ameaçam prejudicar a segurança do tráfego. Todavia, eles são o resultado de uma evolução maturada por meio do trabalho de jurisprudência e doutrina, a seu modo bastante penetrante¹⁶⁰.

Importante ressaltar, assim, que apesar de as cláusulas gerais estarem ligadas a um preenchimento no caso concreto por parte do juiz, não se está diante de situação a ser permeada por ponderações de ordem moral. Não se trata de uma situação discricionária ligada ao mero arbítrio do julgador. De maneira oposta, como forma de dar segurança ao tráfego negocial, o que se requer é uma consideração de natureza dinâmica, mas que permita uma baliza objetiva para o caso apreciado.

O recurso às cláusulas gerais é comumente apontado pela literatura jurídica brasileira como uma das características do Código Civil de 2002. A utilização do aludido expediente consagraria uma constante atualização do sistema, permitindo que a jurisprudência e a doutrina fornecessem novos contornos para institutos encontrados na legislação positivada. Desse modo, a utilização pelo Código Civil de 2002 de noções como “boa-fé”, “função social”, “fim econômico ou social”, ou mesmo “bons costumes”¹⁶¹, permite ao aplicador do direito uma notável mobilidade, ajustando o caso concreto à corrente compreensão dos

¹⁶⁰ No original: “Naturalmente, criteri di decisione così esposti agli inconvenienti di qualsiasi indagine sulla psicologia degli operatori lasciano un certo margine all’arbitrio del giudice e non di rado minacciano di pregiudicare la sicurezza del traffico. Tuttavia, essi sono il portato di una evoluzione maturata attraverso il travaglio di giurisprudenza e dottrina a loro modo assai penetranti”. BESSONE, Mario. *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa)*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Ano XXVI, 1972. p. 1004.

¹⁶¹ Importante destacar a existência de críticas à utilização de uma cláusula geral baseada em “bons costumes”, tendo em vista a sua permeabilidade a valores ligados à moralidade do julgador, o que redundaria em insegurança e na ausência de critérios objetivos para julgamento.

conteúdos inseridos nas cláusulas gerais. Diante de novas realidades fáticas, demonstram-se necessários novos contornos de atuação do aplicador do Direito. Bruno Miragem apresenta uma síntese sobre as formas de atuação do profissional do direito:

O poder do indivíduo, nesse sentido, não resta encerrado em si mesmo, a partir de uma prerrogativa oferecida pelo sistema jurídico. Ao contrário, ao se dizer que as cláusulas gerais são elementos que permitem a abertura do sistema, o denominado sistema aberto e móvel de Canaris, a atuação do intérprete e aplicador do direito (o juiz que ingressa na relação contratual das partes e proíbe, anula ou reconhece prerrogativas e condutas a partir da concreção destas normas) não se basta em si mesma. Ou seja, a atuação do juiz não se dá como mero ato de autoridade, senão que dele se reclama não o exercício desta autoridade, mas a argumentação e convencimento quanto ao conteúdo e intensidade da sua intervenção na relação jurídica das partes. O sistema, neste aspecto, se aperfeiçoa não apenas no simples fato da pluralidade de decisões possíveis a partir de um convencimento judicial, senão pela atualização e aplicação da lei, como novos métodos a diferentes realidades fáticas¹⁶².

A boa-fé é, assim, reconhecida como uma cláusula geral, na medida em que seu conteúdo será fixado pelo juiz na apreciação casuística. As realidades fáticas levam a que padrões de comportamento consagrados pelo ordenamento jurídico sejam concretizados na atuação das partes contraentes. Desse modo, ao se envolver em uma negociação, o indivíduo deve ter a sua conduta permeada por cooperação, lealdade, proteção, cuidado e informações necessárias. Segundo Judith Martins-Costa, o conceito de boa-fé objetiva está subjacente aos ideais da boa-fé germânica (*Treu und Glauben*): “a boa-fé como regra de conduta, fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”¹⁶³.

Dentro desse contexto, habitualmente, a doutrina identifica três diferentes funções na concretização da cláusula geral de boa-fé objetiva, quais sejam: função interpretativa, função limitativa (ou controle) e função integrativa.

Desse modo, deve ser elucidado, primeiramente, o conteúdo da denominada função interpretativa. Uma declaração de vontade é composta por significantes que necessitam ter por

¹⁶² MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual.** (Org.) Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 188.

¹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, Vol. 15, 1998, p. 148.

definidos os seus correlatos significados. Assim, a atividade interpretativa tem por objetivo o alcance do sentido a ser dado a uma determinada declaração. Não raro, o intérprete depara-se com expressões que não possuem um significado unívoco e, nessa ocasião, revela-se a importância e necessidade do recurso a instrumentos hermenêuticos que possibilitem alcançar o adequado conteúdo e o alcance daquela afirmação.

Quando se analisa uma declaração negocial, necessário é aferir o sentido jurídico ali inserido. Somente por meio do exercício interpretativo, faz-se possível concluir pela aplicação de um adequado arcabouço jurídico a uma situação fática vivenciada. De acordo com Carlos Alberto da Mota Pinto, existem duas tarefas fundamentais da hermenêutica dos negócios jurídicos inseridas nas respostas às seguintes questões: “a) Qual o tipo de sentido negocial decisivo, cuja determinação constitui o fim da atividade interpretativa? b) Quais os elementos, os meios ou subsídios que o intérprete deve tomar em consideração na busca do sentido negocial relevante?”¹⁶⁴.

Desse modo, apesar de ser dotada de conteúdo jurídico, a declaração de vontade negocial nada mais é do que uma assertiva que necessita de uma delimitação em seu conteúdo e em seu alcance. Logo, o exercício hermenêutico, mesmo no campo do Direito, *a priori*, está vinculado às normas gerais de interpretação de outros saberes científicos, como as elaboradas pela linguística ou pela semântica. Nesse sentido, afirma António Menezes Cordeiro:

A não obedecer a regras, a interpretação seria arbitrária, o que se deve ter por excluído. Tais regras existem pois e transcendem largamente o Direito. De facto, interpretar uma realidade jurídica, expressa em regra pela linguagem, implica a intervenção de áreas do conhecimento explicadas pela linguística, pela teoria da comunicação, pela semiótica, pela semântica, pela dialéctica; mais longe, tais áreas são ainda aprofundadas pela hermenêutica e pela teoria do conhecimento, numa reflexão para a qual o próprio Direito dá achegas úteis¹⁶⁵.

No entanto, não obstante ser necessário o recurso a outras áreas do conhecimento para realizar a atividade hermenêutica, o intérprete pode estar também submetido a regras específicas ligadas à Ciência do Direito, muitas vezes positivadas no ordenamento jurídico. Assim, ao tratar da interpretação em contratos de adesão, por exemplo, o Código Civil brasileiro dispõe, em seu art. 423, que “quando houver no contrato de adesão cláusulas

¹⁶⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Atual. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 442.

¹⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Vol. I – Parte geral. Tomo I. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005. p. 741.

ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. O mesmo instrumento legislativo prevê em seu art. 114 que “os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente” e em seu art. 819 que “a fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva”. Essas são apenas algumas das disposições que revelam a possibilidade do legislador conduzir ou, ao menos, oferecer algumas balizas para a interpretação dos negócios jurídicos.

Como fruto da aludida submissão da atividade interpretativa a determinadas normas jurídicas, vinculando as partes e também o juiz, está a necessidade de se interpretar os negócios jurídicos, em consonância com o princípio da boa-fé objetiva. Trata-se de ditame consagrado pelo Código Civil de 2002 e previsto em seu art. 113, que assim dispõe: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. A referida disposição normativa consagra, em nosso ordenamento, a primeira função da boa-fé objetiva, denominada função interpretativa. Francisco Paulo de Crescenzo Marino, após analisar vasta doutrina, segmenta a atuação da boa-fé em três campos distintos, em sua interface com a interpretação. De acordo com o autor:

[...] tem-se que: (a) na *fase interpretativa meramente recongnitiva*, poder-se-ia afirmar que a boa-fé atua auxiliando a reconstrução da declaração negocial “conforme o espírito”, isto é, enquadrando-a na totalidade das circunstâncias; (b) na *fase interpretativa complementar*, a boa-fé é critério para sanar lacunas, ambiguidades e obscuridades da declaração negocial, podendo, inclusive, servir de critério para revelar cláusulas ausentes do conteúdo expresso do negócio jurídico (interpretação integrativa), embora presentes no conteúdo global do negócio; e (c) no *processo de integração*, a boa-fé tem a função de criar deveres jurídicos¹⁶⁶.

Verifica-se, desse modo, que a função interpretativa está ligada à necessidade de se precisar o sentido e o alcance dos negócios jurídicos tendo por base os deveres de comportamento éticos emanados da boa-fé objetiva. Surgindo alguma lacuna ou contradição, o exercício hermenêutico das declarações volitivas dá-se de maneira complementar e deve caminhar no sentido que concretize valores como a cooperação e a lealdade entre as partes. De acordo com Clóvis do Couto e Silva, “por meio da interpretação da vontade, é possível integrar o conteúdo do negócio com outros deveres que não emergem diretamente da declaração”¹⁶⁷. Esses deveres aos quais está adstrito o intérprete teriam o seu embasamento na mencionada cláusula geral de boa-fé objetiva, redundando em uma necessária otimização do

¹⁶⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 273.

¹⁶⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV Editora, 2013. p. 36.

comportamento das partes envolvidas em uma relação negocial.

A função limitativa, por sua vez, é concretizada por meio do controle do abuso de direito. A referida figura apresenta-se como uma construção da doutrina¹⁶⁸ e da jurisprudência francesa, do início do século XIX¹⁶⁹. Apesar do *Code Napoléon* não haver consagrado o abuso de direito – notadamente, em razão de sua perspectiva liberal e a necessidade de se garantir segurança ao tráfego negocial por meio da ausência de limites para o exercício de direitos subjetivos – os tribunais franceses foram, paulatinamente, reconhecendo situações concretas de exercício inadmissível de posições jurídicas. A título de exemplo, em 1808, um fabricante de chapéus foi condenado em razão dos vapores desagradáveis que eram provocados pela atividade de sua oficina, e, em 1853, em uma das decisões mais notórias sobre o tema, o proprietário de uma casa foi condenado pelo Tribunal de Colmar em razão da construção de uma chaminé falsa, com o intuito de tapar a luminosidade que entrava pela janela de seu vizinho¹⁷⁰. Nos dois casos, é possível perceber que o exercício de um direito acabou por afetar esfera jurídica de um terceiro, levando à necessidade de uma intervenção do Poder Judiciário, limitando as possibilidades de atuação de um indivíduo em sua esfera de titularidade.

Apesar de a origem teórica do abuso de direito localizar-se no direito francês, observou-se, ainda na Idade Média, a elaboração de um elenco de determinados atos emulativos, pelos pós-glosadores. De acordo com Menezes Cordeiro, os referidos atos apresentavam “as características imputadas por tradição à *“aemulatio”*: inutilidade do ato para o titular do direito e intenção maldosa de prejudicar outrem”¹⁷¹. A moral cristã, aliada à análise do *Corpus Iuris Civilis*, permitiu um subseqüente alargamento desse elenco, procurando vedar os atos emulativos. Entretanto, é preciso ter atenção para o fato de que a

¹⁶⁸ Importante apontar a existência de doutrinas francesas que negavam a existência do abuso de direito. Duguit, por exemplo, não concebendo a noção de direito subjetivo, atacava também a possibilidade de um abuso desse direito. Em lado oposto, Planiol absolutizava a ideia de direito subjetivo, não concebendo nenhuma forma de limitação a um direito concedido ao sujeito pelo ordenamento jurídico. Vide: LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e sua limitações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 98, Vol. 885, julho de 2009, p. 58.

¹⁶⁹ De acordo com António Menezes Cordeiro, “a expressão abuso do direito deve-se ao autor belga Laurent. Foi criada para nominar uma série de situações jurídicas ocorridas na França, nas quais o tribunal, reconhecendo embora, na questão de fundo, a excelência do direito do réu, veio a condenar, perante irregularidades no exercício desse direito”. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 670.

¹⁷⁰ Sobre esses e outros casos: Cf. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 671.

¹⁷¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 674.

referida articulação dos pós-glosadores foi de ordem meramente empírica, não alcançando a densidade de uma construção teórica¹⁷².

No entanto, apesar de não serem certas as referências históricas do instituto, sua fundamentação com supedâneo na cláusula geral de boa-fé objetiva apresenta-se como algo bem mais recente, ligado ao desenvolvimento do direito alemão. Sobre a construção do abuso de direito fundado na boa-fé objetiva, Cristiano de Sousa Zanetti assevera:

Prosseguindo na busca de um critério que permitisse resolver adequadamente o problema dos comportamentos tidos por abusivos, os juristas acabaram por encontrá-lo no § 242 do BGB, que consagra a boa-fé *in executivis*. Diferenciando-se dos bons costumes, a boa-fé surge como um critério adequado para aferir a abusividade de comportamentos, pois, além de vedar determinadas condutas, assume caráter preceptivo. Além disso, a aplicação da boa-fé, como regra, prescinde da análise da intenção do agente, pois pauta-se exclusivamente por fatores objetivos¹⁷³.

Nesse contexto, a boa-fé objetiva exige das partes uma atuação compatível com padrões *standard* de comportamento. Assim, quaisquer exercícios de posições jurídicas, que desviem dos padrões de comportamento esperados em um ordenamento jurídico, devem ser por ele repelidos. A boa-fé não só veda determinadas condutas, como também impele a necessidade de que determinados comportamentos sejam adotados pelos sujeitos de direito.

O Código Civil de 2002 trouxe importante inovação¹⁷⁴ ao consagrar disposição expressa com relação ao instituto, conforme se depreende de seu art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Como se pode depreender da redação do dispositivo, é possível verificar que a opção do legislador brasileiro foi a de aproximar o abuso de direito da figura do ato ilícito. Nesse contexto, há inclusive autores que veem no dispositivo a previsão de uma hipótese especial de ato ilícito, que prescindiria de uma análise sobre a culpa para a sua materialização. Elena de

¹⁷² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 674.

¹⁷³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 106.

¹⁷⁴ Apesar de inexistir dispositivo específico no Código Civil de 1916, é importante reconhecer que a ciência jurídica e a jurisprudência brasileira já reconheciam a aplicação do instituto. Isso reforça a ideia de Menezes Cordeiro de que não seria necessária a consagração legislativa do abuso de direito para que alcançasse sucesso a sua aplicação. Cf. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 704.

Carvalho Gomes assim se posiciona:

Nosso parecer caminha no sentido de que, quando o legislador ampliou o campo do ato ilícito no art. 187, fê-lo a fim de abarcar hipóteses nas quais a conduta contrária ao ordenamento é dada pelo exercício do direito que viola os limites ali descritos. Contemplada foi, assim, a noção de ilicitude funcional, que dispensa a investigação de culpa: a ilicitude está *in re ipsa*, vale dizer, no comportamento mesmo, tal como tipificado¹⁷⁵.

Trata-se de uma noção que se salvaguarda dentro da distinção entre ilícito formal e ilícito material. Uma situação em que fosse concretizado um ato ilícito – conforme previsão do art. 186 do Código Civil – seria aquela em que desde logo se demonstra uma contrariedade com ordenamento jurídico, analisado em seu aspecto formal. Por sua vez, uma hipótese de abuso de direito seria formalmente adequada ao ordenamento, mas materialmente contrária; o conteúdo do ato estaria eivado de ilicitude, em decorrência de um exercício inadmissível. A boa-fé surgiria, assim, como importante mecanismo de controle, devendo os comportamentos das partes ser sopesados tendo por base os deveres acessórios presentes na referida cláusula geral. Assim, uma conduta que não se coadune com a necessária cooperação entre as partes deveria ser afastada pelos mecanismos de controle postos junto ao Poder Judiciário, visto que estaria configurado um ato ilícito em seu conteúdo material.

Esse caminho não foi o seguido pela codificação portuguesa, por exemplo, que se pautou não em ilicitude do abuso de direito, mas, sim, em sua ilegitimidade. De acordo com o art. 334º do Código Civil português, “é ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Observa-se que as válvulas de controle são as mesmas encontradas no texto da codificação brasileira, quais sejam: boa-fé, bons costumes e fim econômico ou social. Porém, no plano dos efeitos gerados pela sua identificação temos consequências distintas. Ilegitimidade não se confunde com ilicitude, uma vez que este último termo está intimamente aliado aos mecanismos de responsabilidade civil.

No entanto, independentemente das previsões legislativas relacionadas às consequências jurídicas da identificação de uma situação de abuso de direito, o que se faz importante perceber é a sua ligação intrínseca aos padrões de comportamento emanados da cláusula geral de boa-fé objetiva. Havendo um descompasso entre o ato jurídico e as

¹⁷⁵ GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o actus e o factum**: os comportamentos contraditórios no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 78.

exigências de um comportamento das partes em consonância com a lealdade, a confiança e a probidade, não resta outro caminho que não seja afastá-lo da órbita de proteção do ordenamento jurídico.

Por fim, a última função da boa-fé objetiva está centrada na existência dos chamados deveres acessórios, também denominados por deveres secundários ou deveres laterais. É a chamada função integrativa, em razão de ser incorporada aos vínculos obrigacionais uma série de outras condutas tomadas como deveres entre as partes negociantes.

Não há uma uniformidade da doutrina relativamente a quais seriam esses deveres acessórios originados da cláusula geral de boa-fé. Alguns autores optam por enumerá-los em categorias específicas, enquanto outros procuram apresentar tipos mais amplos que possibilitam a inserção de variados comportamentos.

Judith Martins-Costa, utilizando a classificação de deveres proposta por Siebert e Knopp, apresenta um extenso elenco de deveres, dotado de caráter meramente exemplificativo. Afirma a autora:

Entre os deveres com tais características encontram-se, exemplificativamente: *a) os deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em depósito; *b) os deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*, o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; *c) os deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal, seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; *d) o dever de prestar contas*, que incumbe a gestores e mandatários em sentido amplo; *e) os deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da obrigação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; *f) os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, *v.g.*, o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; *g) os deveres de omissão e segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de

negociações preliminares, pagamento por parte do devedor etc¹⁷⁶.

Paolo Gallo apresenta uma divisão mais enxuta entre os referidos deveres laterais (*doveri di correttezza*), afirmando que esses podem se compreendidos como: a) deveres de informação (*doveri di informazioni*); b) deveres de segredo (*doveri di segretezza*); c) deveres de colaboração (*doveri di collaborazioni*)¹⁷⁷. Essa classificação revela-se adequada, pois, mesmo sem a pretensão de completude, acaba por abarcar todos os comportamentos que devem ser materializados por sujeitos que se propõem a negociar.

Os deveres de informação estão ligados à necessidade de se transmitir elementos corretos para a contraparte, de modo a permitir que a sua manifestação de vontade seja operada em consonância com a realidade fática vivenciada¹⁷⁸. A violação desses deveres poderia dar ensejo à materialização de vícios da vontade, como o erro ou o dolo. Esta última figura poderia ser identificada em situações de informações falseadas como, também, nas hipóteses de supressão de informações relevantes, concretizando dolo omissivo. Importante destacar que não há a necessidade de conhecimento efetivo da informação, para enquadramento de eventual responsabilidade. Se uma das partes teve a oportunidade de conhecer uma circunstância relevante, dentro de parâmetros de diligência ordinária, poderá haver imputação de sanção pelo descumprimento de um dever de informação¹⁷⁹.

Sobre os deveres de segredo, Paolo Gallo afirma que, no curso das negociações preliminares, especialmente se essas alcançam uma fase muito avançada, pode suceder que as partes se troquem informações reservadas sobre modalidades produtivas, invenções ainda não patenteadas, *know how*, ideias, contatos de clientes etc.¹⁸⁰. Se dados como os elencados forem divulgados, ou mesmo apropriados pela contraparte, é possível configurar um dano que deverá ser indenizado, tendo por base a cláusula geral de boa-fé.

¹⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 439.

¹⁷⁷ GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 311 e ss.

¹⁷⁸ Sobre os deveres de informação, Claus-Wilhelm Canaris apresenta interessante consideração: “a liberdade de decisão é enriquecida com o acréscimo de conhecimentos sobre as circunstâncias significativas para o contrato. Não concebo esta situação como uma verdadeira restrição da liberdade contratual. A ordem jurídica impõe aqui, antes, certas condições para o exercício da liberdade”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»*. **Contratos**: actualidade e evolução. Coord. António Pinto Monteiro. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 62.

¹⁷⁹ GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 313.

¹⁸⁰ GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 316.

Por fim, os deveres de cooperação estariam ligados à exigência de um comportamento das partes que propicie um saudável ambiente negocial. Nesse ponto, é sempre exigido das partes um atuar com clareza, que sempre permita ao outro contratante identificar os seus objetivos. As partes também têm o dever de colaborar para que o acordo alcance um bom fim¹⁸¹, exigindo-se lealdade no trato entre elas. Não se pode permitir, assim, que qualquer dos sujeitos envolvidos em um negócio jurídico dificulte a consecução dos objetivos a que se volta aquela contratação.

Esses três deveres de comportamento possuem grande relevância para as questões atinentes à responsabilidade pré-contratual. Muitas das situações em que se verificam danos no período de formação do contrato estão ligadas a comportamentos que não se coadunam com essas exigências oriundas da boa-fé objetiva.

3.2.2 Complexidade intra-obrigacional e responsabilidade pré-contratual

Compreendidos os perfis delimitadores do princípio da boa-fé objetiva, é importante verificar a sua influência na atual compreensão da relação obrigacional e as consequências advindas da não obediência aos deveres acessórios que acompanham a cláusula geral. De acordo com Menezes Cordeiro, um mandamento que contenha a exigência de um comportamento das partes em consonância com a boa-fé objetiva, apesar de sua simplicidade, encobre uma fórmula complexa de atuação¹⁸². Nesse sentido, o princípio da boa-fé objetiva teve por consequência direta a concretização de uma nova forma de compreender a relação obrigacional, passando a uma análise que a considere como um todo dinâmico, composto de uma série de elementos e situações jurídicas.

O direito das obrigações, desde a sua origem romana, teve o seu desenvolvimento em torno de um conceito de obrigação simples, qual seja “vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”¹⁸³. Trata-se de uma

¹⁸¹ GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 317.

¹⁸² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 586.

¹⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. II – teoria geral das obrigações. 26. ed. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 7.

noção que tem seu núcleo no poder de exigência do credor e na sujeição do devedor ao cumprimento do objeto da relação jurídica. Como o direito obrigacional não se apresenta como um campo da civilística suscetível de demasiadas modificações – como se dá, por exemplo, com o direito de família –, verifica-se na doutrina uma repetição de concepções romanas ligadas a *obligatio*.

Contemporaneamente, percebe-se, por outro lado, o desenvolvimento de uma nova compreensão de obrigação que prima pela análise do fenómeno em sua totalidade, abarcando todas as nuances a que estão suscetíveis os vínculos obrigacionais. Essa nova concepção é denominada de complexidade intra-obrigacional e, segundo Menezes Cordeiro, “traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”¹⁸⁴.

O direito das obrigações assume, com a boa-fé objetiva, novas características e novos fundamentos. O vínculo oriundo de uma obrigação civil não é mais visto em seu perfil estático, como a circunstância de um determinado sujeito se encontrar adstrito a realizar uma conduta no interesse de outrem. Contrariamente, a relação obrigacional passa a ser apreciada em seu viés dinâmico, como um processo que será finalizado com o adimplemento contratual. Desse modo, a obrigação passa a ser vista como uma relação dotada de complexidade. Nesse sentido, assevera Menezes Leitão:

Conclui-se que a obrigação constitui no fundo uma relação complexa, onde se encontra algo mais que a simples decomposição dos seus elementos principais como o direito à prestação e o dever de prestar. Abrange ainda deveres acessórios, sujeições, poderes ou faculdades e exceções. Fala-se nestes casos em “relação obrigacional complexa”. Através desta expressão a doutrina faz referência ao facto de uma obrigação não poder ser reconduzível estruturalmente apenas aos elementos do direito de crédito e do dever de prestação, mas incluir também um conjunto de situações jurídicas que se unem num fim que é a realização do próprio interesse do credor, sendo este o fim da obrigação¹⁸⁵.

Desse modo, os deveres acessórios ligados à boa-fé objetiva passam a estar inseridos dentro da referida complexidade intra-obrigacional e, se não obedecidos pelas partes, podem

¹⁸⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 586.

¹⁸⁵ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. Vol. I – Introdução. Da Constituição das Obrigações. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 126.

levar ao inadimplemento obrigacional. Não se trata de materializar apenas a prestação principal identificada na relação obrigacional, mas de também agir de forma proba, com a correlata cooperação e repassando as informações necessárias para que a contraparte não incida em erro na sua manifestação de vontade. Para Karl Larenz, “a relação obrigacional passa a ser vista como um conjunto de direitos, deveres e situações jurídicas, mas não se trata de uma mera soma”. De acordo com o autor, identifica-se uma totalidade, um conjunto (*Gefüge*) que subsiste ainda que alguns dos deveres que contenha tenham se extinguido ou alguns dos direitos de formação tenham desaparecido. A satisfação do credor, o fim último buscado pela obrigação, seria o elemento a fornecer a conexão e a dar uma diretriz unitária a esse conjunto¹⁸⁶.

Vê-se, pois, que é a função integrativa a responsável pelo desenvolvimento da ideia de relação obrigacional complexa. De acordo com a aludida noção, um vínculo obrigacional não deve mais ser apreciado em seu sentido estático. As obrigações são dotadas de uma dinamicidade e permitem a configuração de variadas contingências, principalmente, quando contrastadas com os deveres acessórios impostos pela boa-fé objetiva. Observa-se, ainda, que essa perspectiva permite ao jurista apreciar o fenômeno obrigacional como uma realidade localizada no tempo, exigindo, enquanto tiver duração, a consecução dos deveres acessórios.

É nesse contexto que se insere a obra do jurista Clóvis do Couto e Silva, que, originalmente, concebeu a relação obrigacional como um processo voltado para o adimplemento, satisfazendo as pretensões do credor. No entanto, o autor destaca que, no curso desse processo – do nascimento de um vínculo obrigacional até o efetivo adimplemento –, é possível identificar uma série de contingências que podem ser vivenciadas pelas partes no âmbito da relação obrigacional. Nesse sentido, a boa-fé objetiva teria uma importância ímpar, pois os deveres acessórios, ligados à referida cláusula geral, deveriam ser obedecidos pelas partes. De acordo com Couto e Silva, diante da cláusula geral de boa-fé, o processo obrigacional ganha novos contornos. Dispõe o autor:

Da concreção deste princípio resultam novos deveres que não têm seu fundamento na autonomia da vontade. Implica, portanto, alterar o desenvolvimento como tradicionalmente se entendia, do processo da obrigação. Visa-se, mediante o princípio da boa-fé, instaurar uma ordem de cooperação entre os figurantes da relação jurídica. Esses deveres podem

¹⁸⁶ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 38.

perdurar ainda depois de adimplido o crédito principal. O problema, em si, não é novo, pois já existia com as denominadas obrigações de garantia por vícios redibitórios e evicção. A doutrina, contudo, não o examinara, entre nós, mais detidamente¹⁸⁷.

Forma-se, assim, um verdadeiro processo obrigacional, marcado por uma série de contingências jurídicas, sob as quais incide a influência do princípio da boa-fé objetiva. Em consonância com Judith Martins-Costa, o referido processo “supõe duas fases não estanques: a do nascimento e desenvolvimento dos deveres e a do adimplemento. Estas fases são desenvolvidas no tempo, como um processo, [...] polarizado por sua finalidade, que é o adimplemento satisfativo”¹⁸⁸.

Quando o contrato está sendo executado, a falta de subordinação aos deveres acessórios ligados à boa-fé objetiva materializaria a denominada violação positiva de contrato. Menezes Cordeiro afirma que o instituto “corresponde a uma terceira forma de violação das obrigações, junto da mora e da impossibilitação e abrange as hipóteses de mau cumprimento da prestação principal e de inobservância dos deveres acessórios”¹⁸⁹. Desse modo, a compreensão da obrigação enquanto realidade complexa exige das partes a obediência ao princípio da boa-fé objetiva, sob pena de fazer com que surja indenização pelos prejuízos sofridos ou mesmo a recusa da prestação e a aplicação da exceção de contrato não cumprido¹⁹⁰.

Além disso, antes mesmo de o contrato ser formado, a não identificação da obediência aos deveres acessórios, emanados do princípio em apreço, ensejariam a configuração de hipótese de responsabilidade pré-contratual. Como asseverado, a boa-fé objetiva vincula as partes desde o momento das tratativas, ensejando adequados comportamentos também no momento em que a avença ainda não foi concretizada. A lesão a um dever de informação ou a um dever de cooperação no referido momento de formação do contrato poderia redundar na

¹⁸⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV Editora, 2013. p. 169.

¹⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Vol. V – do inadimplemento das obrigações. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 43.

¹⁸⁹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1291.

¹⁹⁰ Sobre a violação positiva do contrato e a complexidade obrigacional, discorre Menezes Cordeiro: “Os deveres acessórios, reportados à boa fé, traduzem, desse modo, uma síntese histórica, típica nos quadros da terceira sistemática e da evolução juscientífica subsequente, entre a consideração central do problema, ditada pelos estudos teóricos da complexidade inter-obrigacional e o influxo periférico adveniente de problemas reais e concretos, veiculada pela prática da violação positiva do contrato, na parte relevante desta, para o efeito em causa”. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 602.

necessidade de se socorrer dos mecanismos de responsabilidade civil identificados em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, um vínculo obrigacional, analisado em sua complexidade, é também composto pela fase pré-negocial. Isso se dá em razão da verificação de que mesmo não havendo um contrato formado ou mesmo não havendo ainda uma prestação principal a ser adimplida, já é possível exigir das partes o cumprimento dos deveres laterais com origem na boa-fé objetiva. Compreender a obrigação como um processo dinâmico permite uma inserção da responsabilidade pré-contratual dentro da própria noção de vínculo obrigacional. Não se trata, assim, de um instituto isolado, mas de um elemento conjugado às contingências que podem advir de qualquer obrigação, em seu sentido jurídico.

3.2.3 A confiança e o conteúdo ético da responsabilidade pré-contratual

A busca por uma fundamentação ética do direito revela-se como tema habitual da filosofia do direito, gerador de demasiadas implicações de ordem teórica e, também, de ordem prática¹⁹¹. Parece inafastável, no entanto, que a construção do direito faz-se por meio de uma interface dialética entre a norma e a eticidade identificada em um determinado corpo social. Relativamente ao ordenamento jurídico privado, essa preocupação com a fundamentação ética demonstra-se comumente atrelada à noção de confiança, que se apresenta, por sua vez, como importante postulado a conduzir a atuação dos agentes em uma dada ordem jurídica. Apenas por meio de vínculos de confiança recíproca faz-se possível a manutenção de um saudável ambiente negocial. Cláudia Lima Marques defende que “confiar é acreditar (*credere*), é manter, com fé (*fides*) e fidelidade, a conduta, as escolhas e o meio; confiança é aparência, informação, transparência, diligência e ética no exteriorizar vontades negociais”¹⁹². Somente uma atuação dos indivíduos marcada pela concretização desses valores permite a construção

¹⁹¹ É interessante notar que, ainda em Savigny, encontram-se presentes postulados de relevante preocupação ética na própria fundamentação do direito. Nesse sentido, afirma Franz Wieacker: “[...] para Savigny, o direito constitui uma fronteira dentro da qual a existência e a ação de cada particular obtém um espaço seguro e livre e a regra pela qual esta fronteira e este espaço livre são definidos. Savigny chega assim a uma relação entre direito e moral que fundamenta eticamente a própria autonomia do direito; o direito serviria na verdade a moral; porém, não enquanto dava realização aos seus comandos, mas enquanto assegurava a cada um o desdobramento das suas energias internas. Daqui decorre que o direito domine ilimitadamente na sua esfera e não tenha que cumprir outra missão que não a da consagração ética da natureza humana”. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4. ed. Trad. A. M. Botelho Espanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 403.

¹⁹² MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 32.

de uma estável rede de relações intersubjetivas.

A importância da confiança nas relações entre os seres humanos apresenta-se, comumente, como objeto de estudo da Sociologia. Destaca-se, nesse contexto, o trabalho de Niklas Luhmann sobre o tema, cuja principal tese defendida reside na compreensão da confiança como vetor de redução da complexidade social de nossas vidas cotidianas. De acordo com o autor, havendo confiança há um aumento da complexidade do sistema social e também do número de possibilidades que podem se reconciliar com sua estrutura, porque a confiança constitui uma forma mais efetiva de redução da complexidade¹⁹³. Luhmann sustenta que o tema da confiança implica uma relação com o tempo, pois mostrar confiança é antecipar o futuro, é comportar-se como se o futuro fosse certo¹⁹⁴. Para lidar com as expectativas com relação ao futuro, o ser humano utiliza-se do elemento familiaridade que, em si mesmo, não indica nem expectativas favoráveis nem desfavoráveis, mas sim as condições sob as quais ambas se fazem possíveis. Nesse sentido, a familiaridade é pré-condição para a confiança, como também para a desconfiança, isto é, para todo tipo de compromisso com uma atitude voltada para o futuro¹⁹⁵.

Desse modo, na tomada de decisão de um determinado indivíduo, a confiança pode ser identificada, pois é ela a base central a conduzir o sujeito por um caminho ou por outro. Essa confiança, no entanto, é concretizada somente por meio de uma ponderação que leve em consideração as contingências fáticas vivenciadas. Sobre a aludida questão e buscando diferenciar confiança de esperança (crença), discorre Luhmann:

La confianza solamente está implicada cuando la expectativa confiable hace una diferencia para una decisión; de otro modo, lo que tenemos es una simple esperanza. [...] Por lo tanto, la confianza siempre recae en una alternativa crítica, en la que el daño resultante de una ruptura de la confianza puede ser más grande que el beneficio que gana de la prueba de confianza asegurada. De aquí que el que confía toma conocimiento de la posibilidad del daño excesivo provocado por la selectividad de las acciones de otros y adopta una posición hacia esa posibilidad. El que tiene esperanza simplemente tiene confianza a pesar de la incertidumbre. La confianza refleja la contingencia. La esperanza elimina la contingencia¹⁹⁶.

A referida diferenciação é criticada por Anthony Giddens, que afirma ser “inútil

¹⁹³ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005. p. 14.

¹⁹⁴ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005. p. 15.

¹⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005. p. 32.

¹⁹⁶ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005. p. 40.

vincular a noção de confiança a circunstâncias específicas em que os indivíduos contemplam conscientemente cursos alternativos de ação. A confiança é geralmente muito mais um estado contínuo do que isto implica¹⁹⁷. Giddens opta, assim, por definir confiança como “crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos”¹⁹⁸. Sua concepção acaba por ser mais abrangente, não estando aderida a contingências particulares vivenciadas pelos indivíduos que compõem um corpo social.

Não obstante a existência de controvérsias sobre o conceito e alcance da confiança no campo da Sociologia, identifica-se a apropriação da noção pela Ciência Jurídica, que inclusive a reconhece como categoria principiológica. Como assinalado por Manuel Carneiro da Frada, “cabe a qualquer ordem jurídica a missão indeclinável de garantir a confiança dos sujeitos, porque ela constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência ou cooperação pacíficas, isto é, da paz jurídica”¹⁹⁹.

Uma primeira manifestação do princípio, em um dado ordenamento jurídico, estaria na própria relação do cidadão com a legislação. Sobre a referida aplicação, Karl Larenz sustenta que “tal princípio proíbe em geral uma retroactividade das leis a hipóteses legais já verificadas, tanto quanto e na medida em que o cidadão devesse confiar na permanência da posição jurídica que para si deriva”²⁰⁰. Os sujeitos de direito devem ter a sua crença na estabilidade das normas de direito preservada e, justamente nesse campo, terá lugar a aplicação das regras de direito intertemporal, na tentativa de proteger as partes relativamente à confiança depositada na manutenção de determinadas situações jurídicas, previamente constituídas.

A proteção da confiança concretiza-se, de maneira mais incisiva, na disposição e regulação do comportamento dos indivíduos nos seus mais variados âmbitos de atuação. Observa-se, nesse contexto, uma conjectura que objetiva promover a estabilização das

¹⁹⁷ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 34.

¹⁹⁸ GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. p. 36.

¹⁹⁹ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 19.

²⁰⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 603.

expectativas dos sujeitos de direito, resguardando posições jurídicas que tenham a sua origem na confiança inculcada por meio de uma determinada relação interpessoal. Nesse contexto, por exemplo, concretizam-se a vedação a comportamentos contraditórios e a constituição de uma relação obrigacional em decorrência de um comportamento concludente. Neste ponto, o que importa perceber é a necessidade de se tutelar a crença em certas representações fáticas, diretamente relacionadas com o agir dos sujeitos de direito no tráfego negocial.

Adotando essa perspectiva, é possível perceber a possibilidade de se contrapor a confiança ao estudo da responsabilidade pré-contratual, pois a tomada de decisão das partes envolvidas na fase pré-contratual apresenta-se intrinsecamente ligada à tutela da confiança das partes em uma dada situação jurídica. Diante das probabilidades ponderadas pelos sujeitos de direito, em razão da contingência fática apresentada, é possível que sejam criados vínculos de confiança, de fideiussão na materialização de uma característica avença contratual. Seja na hipótese de invalidade do contrato, na ruptura de negociações preliminares ou na revogação de uma proposta, o que está em jogo é a crença de uma das partes na adequada produção de efeitos de uma contratação. A aludida compreensão é reforçada pela necessidade de compreender o contrato como uma estrutura mais ampla. Não se trata de um instituto hermético ou isolado. Contrariamente, percebe-se que o contrato é composto também pelo contexto em que se desenvolve, o que demonstra a importância da confiança das partes no momento de formação da avença.

Luhmann compreende que a confiança pode permitir formas de cooperação que tragam resultados imediatos e benéficos. De acordo com o autor, ao confiar no fato de que os outros estão atuando em harmonia comigo, posso conseguir meus próprios interesses mais racionalmente, conduzir-me mais serenamente no tráfego negocial²⁰¹. Esse raciocínio pode ser transposto para o campo da responsabilidade pré-contratual, pois a confiança em uma apropriada contratação baseia-se em uma noção de cooperação entre as partes, e a sua tutela permite uma atuação mais segura no momento de negociação e de formação do contrato.

O contexto social em que se opera a relação contratual tem em sua essência a possibilidade de criar novas vinculações entre as partes. A realidade de um contrato demonstra-se como permanente processo, o que inclui a sua formação, a sua execução e

²⁰¹ LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005. p. 40.

mesmo a fase pós-contratual. Todo esse processo é marcado pela necessária submissão aos deveres de lealdade emanados da boa-fé objetiva. O que importa, assim, é determinar o *iter* em que uma posição deixe de ser vista como leal para que seja tomada por desleal. Essa análise perpassa pelo contexto em que se operou a contratação e pela necessária ponderação da confiança inculcada nos indivíduos envolvidos na avença.

Manuel Carneiro da Frada defende que a responsabilidade pela confiança apresenta-se como realidade autônoma, independente da violação dos deveres laterais da boa-fé. O autor afirma que “responsabilidade pela confiança e regra de conduta de boa fé se não confundem e se excluem até mutuamente. Nenhuma situação pode apresentar-se simultaneamente como de violação da exigência de comportamento segundo a boa fé e de responsabilidade pela confiança”²⁰².

Menezes Cordeiro, diversamente, sustenta que a confiança deriva da boa-fé objetiva. Segundo o autor, “a protecção da confiança opera mercê de preceitos específicos ou, em termos gerais, através da boa fé, reunidos certos requisitos; o seu regime tende para a preservação da posição do confiante”²⁰³. Assim, quando não se identifica uma norma de protecção expressa da confiança, esta última será resguardada “quando da sua preterição, resulte atentado ao dever de actuar de boa fé ou se concretize um abuso do direito”²⁰⁴. Assevera o autor que:

[...] nas suas manifestações subjectiva e objectiva, a boa fé está ligada à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica. Ambas, por fim, carregam as razões sistemáticas que se realizam na confiança e justificam, explicando, a sua dignidade jurídica e cuja projecção transcende o campo civil²⁰⁵.

A referida controvérsia parece ter a sua origem no direito alemão. De um lado, Claus-Wilhelm Canaris propugna pela autonomia da confiança como hipótese ensejadora de responsabilidade civil, afirmando que “o princípio da confiança alcança um significado independente como base de uma responsabilidade que surge ao lado da responsabilidade por

²⁰² FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 459.

²⁰³ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1299.

²⁰⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1247.

²⁰⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1250.

negócios jurídicos e a complementa”²⁰⁶. De outro lado, Karl Larenz defende que a confiança é protegida como uma irradiação do princípio da boa-fé objetiva. Nesse sentido, o autor sustenta que o princípio da confiança “está contido como elemento coenvolvido no princípio da «boa-fé», onde, por sua vez, encontrou uma expressão especial nas doutrinas da «caducidade», e na proibição de «*venire contra factum proprium*»²⁰⁷.

Não nos parece que a confiança seja dotada de autonomia e independência capazes de, por si só, gerar a responsabilidade civil. Como sustentado por José de Oliveira Ascensão, “basta-nos o comando geral da boa-fé e os deveres específicos em que este se traduz. A confiança só releva [...] quando a lei para ela apelar numa situação típica”²⁰⁸. Essa parece ter sido a orientação seguida pela doutrina brasileira²⁰⁹, no sentido de buscar um fundamento para a proteção da confiança não em um instituto autônomo, mas, sim, tendo por base aplicativa a boa-fé objetiva²¹⁰. As situações ensejadoras de uma responsabilidade civil decorrente diretamente da confiança só seriam justificadas por proposições expressas do texto legislado. Isso não quer dizer, entretanto, que a confiança não seja protegida no ordenamento jurídico brasileiro; ocorre apenas que as expectativas e crenças em determinadas conjecturas fáticas são tuteladas por meio do uso da cláusula geral de boa-fé.

A complementar a proteção da confiança, identifica-se o princípio da primazia da materialidade subjacente, para o qual, na contraposição entre a realidade dos fatos e a aplicação estrita das normas de direito, se deve privilegiar o primeiro elemento, qual seja a vivência das situações jurídicas em concreto. De acordo com Menezes Cordeiro, “na base do recurso à materialidade dos problemas está um papel primordial da boa fé [...]: o do combate ao formalismo, então entendido como submissão rígida dos casos a decidir às proposições

²⁰⁶ CANARIS *apud* LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 678.

²⁰⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 678.

²⁰⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Vol. 2 – Ações e fatos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 374.

²⁰⁹ Sobre a questão, afirma Cláudia Lima Marques: “Normalmente utilizamos no Brasil, a teoria da aparência e da boa-fé para afirmar que as relações sociais (juridicamente protegidas) baseiam-se na confiança legítima e merecem a especial proteção do Direito”. MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

²¹⁰ No mesmo sentido, posiciona-se Tereza Cristina Monteiro Mafra, para quem: “No Brasil, parece ter encontrado mais eco a doutrina de Menezes Cordeiro, havendo concordância no tocante à amplitude do tema e de sua incidência”. MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. **O casamento entre o tempo e a eternidade: uma análise à luz da comunhão plena de vida, da proteção da confiança e do direito intertemporal**. 240 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012. p. 139.

legais tidas por aplicáveis”²¹¹. O comportamento das partes pode, formalmente, parecer adequado ao conteúdo normativo do direito. Todavia, no momento de aplicação da lei, não se pode ignorar condutas que, substancialmente, falhem no atingir os objetivos da norma. Nessa contraposição, deve ser privilegiada a análise do conteúdo material, em detrimento de um exame de caráter meramente formalista. A referida contraposição deve ser também realizada nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual, tendo em consideração que, *a priori*, a fase de formação do contrato não se apresenta como *locus* gerador de vínculos obrigacionais entre as partes. A materialidade subjacente, no entanto, conduz o aplicador do direito ao atento exame das contingências fáticas em que se operou, por exemplo, uma ruptura das negociações preliminares. Identificada a ocorrência de danos, devido ao comportamento desleal das partes, deve ser privilegiada a situação jurídica em que as partes foram inseridas, afastando-se os juízos formalistas de que se concretizou o denominado exercício regular de um direito.

Observa-se, assim, que a confiança – emanada da boa-fé objetiva e complementada pela primazia da materialidade subjacente – permite ao ordenamento jurídico a consignação de limites éticos para o exercício da autonomia das partes negociantes²¹². Desse modo, esses contornos éticos servem de base para o controle dos comportamentos das partes, ainda na fase das negociações preliminares. Os negociantes, nesse âmbito, possuem uma liberdade situada, limitada por outros valores impostos pelo ordenamento jurídico. Um rompimento injustificado nas tratativas contratuais pode, por exemplo, ser realizado de forma injustificada e arbitrária, levando prejuízos à parte que foi incitada a confiar naquela futura contratação. Quando uma situação como essa se materializa, observa-se uma atuação da cláusula geral de boa-fé, com o intuito de proteger o confiante que vivenciou prejuízos por ter confiado na consecução de um negócio frustrado. O mesmo pode-se dizer relativamente a um negócio jurídico marcado por erro, pois se verifica uma tentativa de proteger aquele que teve as suas expectativas frustradas em decorrência de um erro alheio, para o qual não contribuiu.

Desse modo, tem-se que a responsabilidade pré-contratual encontra fundamentação na necessária proteção da confiança. Ao se proporem a contratar, as partes estão marcadamente

²¹¹ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1252.

²¹² Nesse sentido, posiciona-se Teresa Negreiros: “Com efeito, o princípio da boa-fé representa, no modelo atual de contrato, o valor da ética: lealdade, correção e veracidade compõem o seu substrato, o que explica a sua irradiação difusa, o seu sentido e alcance alargados, conformando todo o fenómeno contratual e, assim, repercutindo sobre os demais princípios na medida em que a todos eles assoma o repúdio ao abuso da liberdade contratual a que tem dado lugar a ênfase excessiva no individualismo e no voluntarismo jurídicos”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 116.

demonstrando a sua fidúcia naquela avença: seja em sua efetiva concretização, seja em sua validade ou, mesmo, em sua eficácia. Portanto, as situações concretas geradoras de responsabilidade pré-contratual estão ligadas, de modo direto, à quebra das expectativas das partes com relação a um determinado projeto ou desenho contratual. Nesse contexto, o controle do comportamento dos sujeitos envolvidos no processo de contratação encontra-se embasado nos padrões de conduta impostos pela boa-fé objetiva, apresentando-se, por conseguinte, como importante instrumento de conteúdo ético, ensejador da concretização de uma efetiva justiça negocial.

3.3 Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual

A definição da natureza jurídica de um instituto está ligada à busca pela essência do mesmo, estabelecendo um gênero ao qual se integra. Para Maria Helena Diniz, “*natureza jurídica é a afinidade que um instituto tem, em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação*”²¹³. Trata-se, assim, de uma tentativa de categorizar institutos de modo a permitir um análogo tratamento teórico e prático de figuras jurídicas que se assemelham. Não se trata de uma preocupação de ordem exclusivamente doutrinária, pois a delimitação da natureza jurídica produz importantes contornos materiais ligados à identificação de um regime jurídico apto a tutelar um determinado instituto.

O estudo da responsabilidade pré-contratual também deve perpassar pela análise de sua natureza jurídica. Essa categorização faz-se importante para a definição do corpo de normas apto a oferecer a adequada salvaguarda às situações de danos em fase pré-contratual. Em variados ordenamentos jurídicos, questões atinentes aos limites indenizatórios, aos prazos prescricionais ou, mesmo, ao ônus da prova revelam-se distintas se contrapostas com cada uma das tipologias de responsabilidade civil identificadas pela Ciência Jurídica.

Emilio Betti chega a afirmar que a definição da natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual não é dotada de tal importância, reduzindo-se a uma questão de gosto pessoal

²¹³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1 – teoria geral do direito civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 66.

por parte do intérprete e do aplicador do direito²¹⁴. Essa posição, no entanto, não é adequada, tendo em vista as variadas consequências práticas originadas da opção por enquadramento em cada um dos regimes de responsabilidade civil existentes.

O ordenamento jurídico brasileiro baseia-se na teoria dualista²¹⁵ da responsabilidade civil, partindo de uma classificação dicotômica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual – esta última também chamada delitual ou aquiliana. No primeiro grupo, podem ser identificadas as relações obrigacionais que têm a sua origem no inadimplemento contratual, levando as partes à responsabilidade por eventuais danos ocasionados. Já a responsabilidade extracontratual tem seu fundamento no ato ilícito que vem a causar dano a alguém, levando ao correlato dever de reparação.

É possível verificar pela leitura de nosso Código Civil um tratamento diverso em relação a cada um dos regimes jurídicos. Estando diante de uma relação jurídica em que se identifica a responsabilidade extracontratual aplica-se o art. 186, combinado com o art. 927, de nossa codificação. Diversamente, identificando uma situação de inadimplemento contratual, o dispositivo basilar para a solução dos problemas de responsabilidade civil é o art. 389 do mesmo instrumento legal. Mas, não se trata apenas de um problema de fontes legislativas. Percebe-se um tratamento diverso para questões específicas ligadas ao regime de responsabilidade civil adotado.

Um dos principais pontos a diferenciar a aplicação dos dois regimes, no ordenamento jurídico brasileiro, reside nos prazos prescricionais previstos no Código Civil. De acordo com o art. 206, § 3º, inciso V, “*prescreve em três anos a pretensão de reparação civil*”. A doutrina

²¹⁴ Nas palavras do autor italiano: “Resolvendo a questão no primeiro senso chegar-se-ia a qualificar a inobservância da boa-fé como culpa contratual, enquadrável em uma relação que, em sentido amplo, poder-se-ia qualificar como relação de obrigação. Resolvendo-a, contrariamente, no segundo senso, a inobservância deveria qualificar-se como culpa extracontratual. No fundo, reduz-se a uma decisão de preferência de gosto optar por uma solução em vez da outra”. No original: “Risolvendo la questione nel primo senso si arriverebbe a qualificare l’inosservanza della buona fede in questione come colpa contrattuale inquadrabile in un rapporto che in lato senso si potrebbe qualificare rapporto di obbligazione. Risolvendola invece nel secondo senso, l’inosservanza dovrebbe qualificarsi come colpa extracontrattuale. In fondo si riduce ad una decisione e preferenza di gusto optare per l’una soluzione piuttosto che per l’altra”. BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. I – Prolengomeni: funzione econômico-sociale dei rapporti d’obbligazione. Milano: Giuffrè, 1953. p. 83.

²¹⁵ Importante destacar a existência de teses monistas sobre a responsabilidade civil, como exposto por Sergio Cavalieri Filho: “Os adeptos da teoria unitária, ou monista, criticam essa dicotomia, por entenderem que pouco importam os aspectos sobre os quais se apresenta a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que os seus efeitos são uniformes. Contudo, nos códigos dos países em geral, inclusive no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista ou clássica”. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 31.

e a jurisprudência caminham no sentido de reconhecer que o aludido dispositivo refere-se à responsabilidade civil aquiliana. Desse modo, se um dano pré-contratual for identificado como uma hipótese de ilícito extracontratual, o prazo para reparação dos prejuízos seria de apenas três anos. Se for considerada a *culpa in contrahendo* como hipótese de inadimplemento contratual, o prazo prescricional das pretensões de reparação é o prazo geral de dez anos, previsto no art. 205²¹⁶, uma vez que não há outro prazo especificado em lei. Esse é o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para o qual o prazo de prescrição previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, não se aplica quando a pretensão deriva do não cumprimento de obrigação e deveres constantes de contrato²¹⁷.

Outra distinção importante reside no regime do ônus da prova para cada uma das hipóteses de responsabilidade civil. Como regra geral, na hipótese de aplicação do regime da responsabilidade contratual, deve ser provado o inadimplemento da obrigação, cabendo à outra parte a prova da ocorrência de alguma excludente, como o caso fortuito ou a força maior. Diante de situação ensejadora de aplicação da responsabilidade delitual, como regra geral, devem ser provados o dano, a culpa e a existência de nexo de causalidade. O Código de Processo Civil em vigor, em seu art. 333, estabelece que “o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito”²¹⁸. Ocorre que o fato constitutivo a ser provado para requerer uma tutela baseada na responsabilidade contratual encontra-se no simples inadimplemento obrigacional, conforme pode ser verificado no art. 389, do Código Civil. De modo diverso, o fato constitutivo para que seja requerida uma indenização baseada em ilícito extracontratual demanda a prova da culpa, conforme se depreende da leitura do art. 186, ao prever a necessidade de que seja configurada “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Logo, como as referidas qualificações constam do próprio fato constitutivo do direito do lesado, elas devem ser provadas, sob pena de não serem ressarcidas. Observa-se, por consequência, um agravamento no *onus probandi*, que evidencia o regime da responsabilidade contratual como mais benéfico para a parte lesada, uma vez que basta a prova do não cumprimento das obrigações avençadas no contrato, não sendo necessário fazer prova da culpa do agente²¹⁹.

²¹⁶ Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

²¹⁷ Alguns julgados que apresentam o aludido entendimento do STJ: REsp n. 1.121.243, REsp n. 1.276.311 e REsp n. 1.222.423.

²¹⁸ O novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 – contém previsão idêntica em seu art. 373.

²¹⁹ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 4 – responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

A título de comparação, no sistema jurídico italiano, as principais diferenças da adoção de um dos regimes estão também relacionadas ao ônus da prova, à prescrição e à amplitude do dano ressarcível. O art. 1218²²⁰ trata da responsabilidade contratual, enquanto o art. 2043²²¹ dispõe sobre a responsabilidade extracontratual. A diferença de tratamento quanto ao ônus da prova encontra-se nos mesmos dispositivos. Os dispositivos com os correlatos prazos prescricionais são o art. 2947²²², que prevê a prescrição quinquenal para os danos extracontratuais, e o art. 2946²²³, que prevê o prazo ordinário de dez anos de prescrição quando a lei não disponha diversamente. As normas referentes aos limites quantitativos são as dos arts. 1223²²⁴, 1225²²⁵ e 2056²²⁶.

Nesse contexto, podemos identificar quatro grupos de construções teóricas sobre a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. Em um primeiro grupo, estão os autores que a identificam como hipótese de responsabilidade aquiliana. Em um segundo grupo, têm-se os doutrinadores que acreditam na existência da natureza jurídica contratual dos vínculos nascidos na fase pré-contratual. Um terceiro grupo afirma que a responsabilidade pré-contratual seria, na verdade, um *tertium genus* de responsabilidade civil, sendo regido por regras próprias. E, por fim, existem construções jurídicas que veem a *culpa in contrahendo* como uma realidade múltipla e complexa que não pode ser uniformemente conduzida a um único regime jurídico.

Vejamos cada uma dessas qualificações, com atenção para a fundamentação, as críticas existentes e as correlatas consequências jurídicas práticas originadas.

²²⁰ Art. 1218 (Responsabilità del debitore) - Il debitore che non esegue esattamente (1307, 1453) la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno (2740), se non prova (1673, 1681, 1693, 1784, 1787, 1805-2, 1821) che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile (1256; att. 160).

²²¹ Art. 2043 (Risarcimento per fatto illecito) - Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.

²²² Art. 2947 (Prescrizione del diritto al risarcimento del danno) - Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito (2043 e seguenti) si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato [...].

²²³ Art. 2946 (Prescrizione ordinaria) - Salvi i casi in cui la legge dispone diversamente, i diritti si estinguono per prescrizioni con il decorso di dieci anni (att. 248 e seguenti).

²²⁴ Art. 1223 (Risarcimento del danno) - Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (1382, 1479, 2056 e seguenti).

²²⁵ Art. 1225 (Prevedibilità del danno) - Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione.

²²⁶ Art. 2056 (Valutazione dei danni) - Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso.

3.3.1 Teoria da responsabilidade extracontratual

Para os adeptos da tese extracontratualista, como a responsabilidade pré-contratual materializa-se em momento anterior à formação do próprio negócio jurídico, não se poderia cogitar de um contrato e, portanto, não haveria que se aplicar o regime da responsabilidade contratual. Trata-se de uma construção teórica que consagra o emprego do regime jurídico da responsabilidade aquiliana às hipóteses de responsabilidade pré-contratual, fazendo, para tanto, uma interpretação de ordem negativa: as situações em que não se verifica um contrato devem ser tuteladas pelas normas de responsabilidade extracontratual.

O fundamento para a reparação nas situações de danos ocorridos na fase pré-contratual estaria no princípio geral do *neminem laedere*, ou seja, no dever geral de não causar dano a outrem imposto pelo ordenamento jurídico. Assim, aqueles que, agindo com dolo ou culpa, não cumpram com os deveres emanados da boa-fé objetiva, causando dano a alguém no período das tratativas, estariam incorrendo em um ato ilícito, seguindo, em nosso ordenamento, o previsto no art. 186 do Código Civil.

Para os adeptos dessa construção teórica, não haveria, nem mesmo, que se cogitar a existência de um “contrato de fato” ou um “contrato social”, a justificar a aplicação do regime contratual. Diante da ausência de vínculo contratual, não se poderia recorrer ao sistema obrigacional voltado para os danos advindos do inadimplemento.

Francesco Benatti identifica um fundamento apresentado pelos autores partidários da tese da extracontratualidade que podemos transportar para o nosso ordenamento jurídico. De acordo com esses doutrinadores, o dispositivo que prevê a responsabilidade pré-contratual é uma norma desprovida de sanções e, portanto, deve encontrar a sua integração na disposição de caráter geral relativa à responsabilidade delitual²²⁷. O mesmo argumento seria válido tomando por base o art. 422 do Código Civil brasileiro, dispositivo base para a ponderação da responsabilidade pré-contratual. Pela sua redação, observamos apenas a imposição de um agir em consonância com os princípios de probidade e boa-fé. Não há qualquer imposição de

²²⁷ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 139.

sanção para o descumprimento do aludido dever. A consequência de tal opção legislativa seria o enquadramento do tipo dentro das normas gerais de responsabilidade delitual, integrando sistematicamente o instituto no corpo da codificação em que está inserido.

A maior parte da literatura jurídica italiana adota a tese da extracontratualidade. A título de exemplo, e tendo por base o ordenamento jurídico italiano, Paolo Gallo defende a aplicação do regime delitual às hipóteses de responsabilidade pré-contratual:

A responsabilidade pré-contratual constitui, assim, nada mais que uma figura particular de ilícito civil extracontratual, especificamente contemplado pelos artigos 1337 e 1338 do Código Civil italiano; por conseguinte, na ausência de uma legislação específica, os ilícitos, de qualquer natureza, cometidos durante as tratativas, antes da conclusão do contrato, recairiam no âmbito de aplicação da *fattispecie* geral de responsabilidade civil extracontratual, prevista no art. 2043. A responsabilidade pré-contratual poderia, assim, operar muito bem em nosso ordenamento, mesmo na ausência de uma disciplina específica, como já operava sob a vigência do código de 1865, e opera ainda hoje no ordenamento francês²²⁸.

Como se pode perceber, essa orientação também é a prevalente no direito francês. O *Code Napoléon* consagra, em seu art. 1382²²⁹, a cláusula geral de responsabilidade civil, segundo a qual qualquer fato humano que cause dano a outrem obriga a reparação. Assim, no sistema francês a culpa contratual acaba por estar restrita às hipóteses de inadimplemento contratual, levando a configuração da responsabilidade pré-contratual como espécie de responsabilidade aquiliana²³⁰.

Em Portugal, Mário Júlio de Almeida Costa é um dos expoentes a defender a aplicação do regime delitual às hipóteses de responsabilidade pré-contratual. Apesar de a obra

²²⁸ No original: “La responsabilità precontrattuale costituisce dunque null’altro che una figura particolare di illecito civile extracontrattuale, specificamente contemplato dagli artt. 1337 e 1338 c.c.; ne consegue che in assenza di una normativa specifica, gli illeciti, di qualsivoglia natura, commessi durante le trattative, prima della conclusione del contratto, ricadrebbero nell’ambito di applicazione della *fattispecie* generale di responsabilità civile extracontrattuale di cui all’art. 2043 c.c. La responsabilità precontrattuale potrebbe dunque operare benissimo nel nostro ordinamento anche in assenza di una disciplina specifica, come del resto operava sotto il vigore del codice del 1865, ed opera ancora ai nostri giorni nell’ordinamento francese”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 299.

²²⁹ Article 1382. Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

²³⁰ Sobre a questão no direito francês, Geneviève Viney aponta que a jurisprudência francesa, em princípio, adota a tese da responsabilidade delitual, mas, os tribunais, às vezes, dão também lugar ao regime contratual, em particular quando constatada a existência de um contrato preliminar. No original: “Quant à la jurisprudence, elle opté, en principe, comme la doctrine majoritaire, pour la responsabilité délictuelle [...]. Cependant le tribunaux font également parfois place au régime contractuel, en particulier lorsqu’ils constatent l’existence d’un contrat préliminaire”. VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil**: introduction à la responsabilité. Sous la direction de Jacques Ghestin. 3. ed. Paris : L.G.D.J., 2007. p. 548.

do autor limitar-se a apreciação da responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato, suas conclusões poderiam ser estendidas para as outras situações de responsabilidade pré-contratual. O autor discorre sobre variadas diferenças práticas relativas à aplicação do regime jurídico contratual ou do regime jurídico extracontratual, para, ao final, concluir por um melhor amoldamento da *culpa in contrahendo* no regime jurídico da responsabilidade aquiliana²³¹.

Na doutrina brasileira, observa-se também uma prevalência pela tese da extracontratualidade. A título de exemplo, Caio Mário da Silva Pereira, ao discorrer sobre as negociações preliminares, posiciona-se no sentido de existir uma hipótese de responsabilidade aquiliana para quando configurado dano nessa fase da formação da avença:

Há uma distinção bastante precisa entre esta fase, que ainda não é contratual, e a seguinte, em que já existe algo preciso e obrigatório. Não obstante faltarlhe obrigatoriedade, pode surgir responsabilidade para os que participam das negociações preliminares, não no campo da culpa contratual, porém da aquiliana, somente no caso de um deles induzir no outro a crença de que o contrato será celebrado, levando-o a despesas ou a não contratar com terceiro etc. e depois recuar, causando-lhe dano. O fundamento do dever de reparação é o ilícito genérico. As negociações preliminares, repitamo-lo, não geram por si mesmas e em si mesmas obrigações para qualquer dos participantes. Elas fazem surgir, no entanto, deveres jurídicos para os contraentes, decorrentes da incidência do princípio da boa-fé, sendo os principais os deveres de lealdade e correção, de informação, de proteção e cuidado e de sigilo²³².

No mesmo sentido, é o posicionamento de Maria Helena Diniz, para quem os entendimentos preliminares dão eventual ensejo para a aplicação do regime da responsabilidade civil aquiliana:

Todavia, é preciso deixar bem claro que, apesar de faltar obrigatoriedade aos entendimentos preliminares, pode surgir, excepcionalmente, a responsabilidade civil para os que deles participam, não no campo da culpa contratual, mas no da aquiliana. Portanto, apenas na hipótese de um dos participantes criar no outro a expectativa de que o negócio será celebrado, levando-o a despesas, a não contratar com terceiros ou a alterar planos de sua atividade imediata, e depois desistir, injustificada e arbitrariamente, causando-lhe sérios prejuízos, terá, por isso, a obrigação de ressarcir todos

²³¹ Aduz Mario Júlio de Almeida Costa: “Decorre das observações anteriores que, em face da nossa lei, a disciplina do ilícito extracontratual se revela como a que melhor se harmoniza com a responsabilidade pela culpa na formação dos contratos, designadamente a que resulta da ruptura das negociações preparatórias. É a orientação para que propendemos”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra, Coimbra Editora, 1984. p. 95.

²³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III – Contratos. 17. ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 34.

os danos.[...] Aplicam-se, portanto, as normas que regem a culpa extracontratual, desde que haja, convém repetir, dolo, negligência, ou imprudência por parte do desistente, que autorizam o direito de exigir a reparação do dano sofrido, porém nunca o de exigir o cumprimento do futuro contrato, pois, se houve motivo justo, seu comportamento é lícito, já que a recusa de contratar constitui exercício regular de direito²³³.

Verifica-se, assim, que, para esses doutrinadores brasileiros, a ausência de previsão legislativa de um regime específico e a inexistência de um vínculo obrigacional na fase das tratativas são os dois principais elementos a fundamentar a compreensão de que o dano ocasionado na fase de formação do contrato deva ser tratado como elemento do ilícito, redundando no dever de reparação em conformidade com o art. 927, do Código Civil brasileiro.

3.3.2 Teoria da responsabilidade contratual

A qualificação da responsabilidade pré-contratual como tipologia de responsabilidade contratual remete-se originariamente ao pensamento de Jhering. Ao elaborar sua teorização em torno da *culpa in contrahendo*, o autor buscou fundamentar as consequências jurídicas do problema exposto na existência de uma hipótese de responsabilidade contratual. Como observado anteriormente, a construção teórica de Jhering estava apoiada nos institutos de direito romano até então vigentes. A natureza jurídica, nesse contexto, era demasiadamente importante, pois era a essência do instituto o elemento definidor da ação que seria concedida ao lesado para requerer a tutela jurídica e o consequente ressarcimento dos danos ocasionados²³⁴.

Os motivos para a referida qualificação parecem residir na limitação dos mecanismos de direito romano para a proteção de danos na fase pré-contratual. Segundo Paolo Gallo, era inevitável que Jhering buscasse a via da responsabilidade contratual, tendo em vista a estreiteza dos remédios delituais romanos, que muito dificilmente poderiam ser utilizados

²³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 3 – teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 61.

²³⁴ Sobre a relação entre natureza jurídica e as ações processuais romanas, discorre Jhering: “Como se sabe, a designação da acção não é, na boca do jurista romano, um mero nome, ou algo com significado meramente processual, mas antes a expressão da natureza jurídico-material da relação subjacente”. JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 22.

para fundamentar uma responsabilidade geral por *culpa in contrahendo*²³⁵. Sobre a estreiteza dos aludidos remédios, discorreu o próprio Jhering:

O facto de, sob o ponto de vista jurídico, o contrato não ter de todo chegado a formar-se remeter-nos-ia, parece que necessariamente, para o campo da lesão extracontratual, e na medida em que não quiséssemos manter a ação totalmente isolada e por explicar, como uma irregularidade jurídica, teríamos apenas a escolha entre a ligação à *actio de dolo* ou à *actio legis Aquiliae*. Contra ambas as ações levantam-se as mais fortes objecções. Com efeito, apenas poderiam ser utilizadas para este fim se abstraíssemos, na *actio doli*, do momento do *dolus*, e na *actio legis Aquiliae* da específica *forma* de lesão. Obter-se-ia, dessa forma, uma ação que se situaria a meio caminho entre ambas, tomando de empréstimo da última a *culpa* e da primeira a indiferença em relação à específica forma de lesão, ou, por outras palavras, obter-se-ia a proposição jurídica segundo a qual a culpa extracontratual fundamenta sem mais uma obrigação de indemnização²³⁶.

Em razão das aludidas limitações encontradas nas ações do processo formulário, Jhering projeta a sua fundamentação no sentido de demonstrar a adequação do regime jurídico contratual para as situações de lesão na fase pré-contratual, com a correlata aplicação da *actio emti*. Nesse sentido, o autor procura desconstruir a ideia de que em razão da nulidade não se poderia cogitar de uma responsabilidade contratual, relativizando a noção de ausência de produção de efeitos correlata à declaração de nulidade. Nas palavras de Jhering:

Mas como é isto possível, uma vez que o próprio contrato é nulo? Se esta “nulidade” ou “*nullam esse emptionem*” significasse o mesmo que a *total* falta de efeitos do contrato, uma *actio emti* a partir de um tal contrato seria um absurdo. A concessão da *actio emti* é uma prova segura de que o contrato produziu *determinados* efeitos, e a expressão “nulidade” apenas pode, portanto, quando deva ser usada de modo adequado, ter um sentido limitado, não predicando a ausência de *todos*, e antes apenas de *determinados* efeitos. O fim de qualquer contrato é o *cumprimento*. Se, porém, este efeito estiver excluído por falta de uma qualquer exigência indispensável, e se o fim verdadeiro do contrato estiver, portanto, frustrado, designamo-lo como *nulo*, e determinamos, assim, os conceitos de validade e de nulidade do contrato segundo o *principal fim prático* do contrato. Simplesmente, é perfeitamente conciliável com isso que o contrato possa originar obrigações de outro tipo, na medida, tão-só, em que elas se não dirijam ao *cumprimento*, mas antes, por exemplo, à *restituição* da coisa entregue ou do sinal ou à indenização²³⁷.

Assim, para Jhering, a declaração de nulidade de um contrato não impediria uma tutela pela *actio emti*, tendo em vista que a nulidade não afasta a produção de todos os efeitos do

²³⁵ GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 298.

²³⁶ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 20.

²³⁷ JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 22.

contrato. Como se está diante de um dano ocasionado por uma conduta culposa, a ação contratual seria adequada para se requerer o ressarcimento devido, tendo em vista que alguns efeitos devem ser preservados, notadamente aqueles ligados à fixação de um valor indenizatório. Percebe-se, portanto, que Jhering adota a tese de existência de uma relação tutelada pelo regime de responsabilidade civil contratual, aplicando-se, por consequência, os seus correlatos mecanismos de tutela processual. O fundamento para tanto estaria ligado, ainda, à existência de culpa. De acordo com Paulo Mota Pinto, abordando a construção jurídica empreendida por Jhering:

Para os casos de culpa só restaria, pois, a possibilidade de uma aproximação à responsabilidade contratual: não só a ocasião para a lesão foi a conclusão do contrato, como, para além desta conexão exterior, o específico desta obrigação de indemnização estaria na ligação da culpa com a relação contratual, na sua formação. [...] Para Jhering, com efeito, a *culpa in contrahendo* não seria mais do que a culpa contratual numa vertente específica, sendo-lhe aplicáveis os mesmos princípios quanto ao grau de culpa que valem durante a relação contratual²³⁸.

Esse ponto, em particular, talvez tenha sido o principal objeto de crítica da teoria de Jhering. Como visto anteriormente, grande parte dos autores que se opuseram à doutrina da *culpa in contrahendo* fundamentaram sua contrariedade na existência de um abuso da noção de culpa dentro do ordenamento jurídico romano. Essa ampliação do conceito de culpa, verificado naquele contexto, com a intenção de permitir a aplicação do regime contratual às situações verificadas na fase pré-contratual, foi analisada como uma culpa ficcional ou fingida, enfraquecendo os demais argumentos apresentados pelo autor.

Diante da insuficiência de fundamentos no discurso de Jhering, novos embasamentos que justificassem uma proteção do instituto da *culpa in contrahendo* tiveram que ser elaborados, buscando dar novos contornos e alicerces para a aplicação do regime contratual às hipóteses de dano pré-contratual, principalmente, por parte da doutrina alemã.

Em um primeiro momento, afirmou-se que a responsabilidade pré-contratual estaria fundada no contrato celebrado a seguir, constituindo as negociações uma parte do todo que estaria na própria figura contratual. O principal expoente dessa teoria foi Franz Leonhard. De acordo com Benatti, essa construção foi criticada, principalmente, por não alcançar as

²³⁸ PINTO, Paulo Mota. Nota Introdutória. In.: JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. XII-XIV.

hipóteses em que se verificava a invalidade do contrato, estando restrita apenas às situações em que se estava diante de um contrato válido²³⁹.

O segundo caminho utilizado para fundamentar a existência de uma situação de responsabilidade contratual foi definir a relação constituída entre os sujeitos durante as negociações como relação contratual de caráter preparatório²⁴⁰. Além disso, buscou-se definir a obrigação como um organismo, que nasceria com o convite para negociar. Benatti afirma que a tese foi alvo de várias críticas, assentadas principalmente na identificação de recurso a uma ficção, além de esquecer que com o contrato a relação pré-contratual se extingue.

De acordo com Regis Fichtner, a doutrina alemã posterior sustentou outra tese:

[...] o vínculo estabelecido entre os contraentes durante as negociações ensejaria uma *relação de confiança análoga à relação contratual (vertragsähnliches Vertrauensverhältnis)*. Para poder explicar a aplicação de regras típicas da responsabilidade contratual a fatos danosos ocorridos na fase das negociações, os doutrinadores procuraram visualizar no início das negociações o estabelecimento implícito (*stillschweigend*) de uma relação jurídica, a *relação jurídica das negociações (Verhandlungsverhältnis)*, que era vista como relação jurídica de natureza contratual²⁴¹.

Outros argumentos foram trazidos para afastar a principal objeção à aplicação do regime jurídico contratual aos casos de responsabilidade pré-contratual, qual seja a inexistência de um contrato, levando em consideração que o fato danoso ocorre no momento de sua formação, ou seja, previamente à sua materialização. Os doutrinadores germânicos passaram a definir a relação constituída entre os sujeitos durante as negociações como relação de confiança quase contratual ou relação obrigacional *ex lege*²⁴². De acordo com Regis Fichtner Pereira:

A doutrina alemã mais moderna contorna essa objeção, reconhecendo a existência de um vínculo obrigacional entre as partes durante o desenrolar das negociações preparatórias para a constituição do contrato. Esse vínculo obrigacional não decorre de uma relação jurídica contratual, mas sim diretamente da lei, que cria deveres para as partes durante o desenrolar das negociações contratuais. O descumprimento dessa obrigação, que se

²³⁹ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caero. Coimbra: Almedina, 1970. p. 142.

²⁴⁰ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caero. Coimbra: Almedina, 1970. p. 142.

²⁴¹ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 220.

²⁴² BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caero. Coimbra: Almedina, 1970. p. 140.

constitui, como dito, de deveres que decorrem diretamente da lei, faz surgir a possibilidade da invocação das regras jurídicas atinentes à responsabilidade pelo não cumprimento da prestação prevista na relação obrigacional comum²⁴³.

Desse modo, a lei definiria o regime de responsabilidade civil contratual às hipóteses de danos causados na fase pré-contratual, ao prever deveres para as partes ainda no momento da formação do negócio jurídico. Também de acordo com Regis Fichtner Pereira, essa interpretação teórica justifica-se pelo fato de o BGB oferecer um tratamento mais vantajoso à vítima de um dano contratual, em detrimento daquela que sofre um dano de natureza extracontratual²⁴⁴.

Justificando a persistência de posicionamentos em favor da tese contratual na Alemanha, Benatti afirma que “o facto é que as normas sobre o ilícito aquiliano, contidas no código alemão, só excepcionalmente teriam concedido à parte lesada durante as negociações a possibilidade de pedir o ressarcimento dos danos”²⁴⁵.

A tese contratualista foi também acolhida por alguns autores italianos, apesar de a jurisprudência e a maior parte da doutrina identificarem na responsabilidade pré-contratual espécie a ser tutelada pelas normas relativas ao ilícito extracontratual. Francesco Galgano discorre sobre a aludida qualificação:

Nenhuma dúvida pode subsistir para a hipótese em que a tratativa foi precedida de um programa contratual que já é, por si só, um contrato: em tal caso, o comportamento das partes durante a tratativa poderá ser valorado como execução de um contrato e se poderá falar de responsabilidade contratual se e na medida em que a informação omitida ou a ruptura da tratativa possa ser qualificada como inadimplemento de uma obrigação nascente do programa de contrato²⁴⁶.

Observa-se que Galgano fundamenta seu posicionamento com uma construção

²⁴³ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 218.

²⁴⁴ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 215.

²⁴⁵ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 144.

²⁴⁶ No original: “Nessun dubbio può sussistere per l’ipotesi in cui la trattativa sai stata preceduta da un programma contrattuale che è già di per sé un contratto: in tal caso, il comportamento delle parti in pendenza della trattativa potrà essere valutato come esecuzione di un contratto, e si potrà parlare di responsabilità contrattuale se e nella misura in cui l’omessa informazione o la rottura della trattativa possa essere qualificata come inadempimento di una obbligazione nascente dal programma di contratto”. GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. Vol. II – Le obbligazioni e i contratti. Tomo I – Obligazioni in generale contratti in generale. 4. ed. Padova: CEDAM, 2004. p. 636.

baseada na analogia das figuras. Para o autor, haveria nas tratativas uma figura símile a uma relação contratual, devendo ser aplicado às referidas hipóteses o mesmo regime previsto para a solução de contendas de ordem contratual.

Não obstante a verificação de uma maior força da teoria contratual no ordenamento jurídico alemão, é possível identificar um de seus maiores expoentes na Itália. Trata-se de Francesco Benatti, que em um ensaio sobre a responsabilidade pré-contratual, buscou contrastar as teorias alemãs com a forma como foi positivado o instituto no Código Civil italiano. O autor traz uma série de argumentos e afasta outros que poderiam ser levantados como decisivos para o enquadramento como tipologia de responsabilidade contratual.

Um primeiro argumento que Benatti procura afastar está ligado à localização da norma no corpo do Código Civil italiano²⁴⁷. O art. 1337²⁴⁸ está inserido dentro da seção “acordo das partes”, o que poderia levar à conclusão de que se trata de uma norma de natureza contratual, uma vez que está agrupada com outras normas que tratam do mesmo regime. O mesmo poderia ser pensado relativamente ao ordenamento brasileiro. O art. 422 do Código Civil brasileiro, principal dispositivo apontado como regulador da responsabilidade contratual, está inserido dentro do Título V, que trata “Dos Contratos em Geral”. Essa premissa, no entanto, é falaciosa com relação aos dois ordenamentos jurídicos e não pode conduzir à conclusão de que deva se aplicar o regime contratual, por completa ausência de fundamentos teóricos e práticos. Não é a topologia de uma norma o elemento central a perfilhar o apto regime jurídico a ser aplicado, faltando fundamentos hermenêuticos que sustentem esse juízo.

Benatti ainda problematiza o argumento *a contrario sensu* de que a interpretação enquanto responsabilidade delitual reduzir-se-ia a uma repetição do dever de não lesar, previsto pela regra geral. O autor afasta essa construção teórica, dispondo que apesar de existir a previsão de um regime geral de responsabilidade civil aquiliana, fazem-se importantes algumas disposições específicas sobre determinados institutos, pois isso permite uma maior segurança jurídica no momento de aplicação da norma²⁴⁹. Logo, não se trata de um fundamento expressivo, tendo em vista ser adequada, do ponto de vista da legística, a

²⁴⁷ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 146.

²⁴⁸ Art. 1337 (Trattative e responsabilità precontrattuale) - Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366,1375, 2208).

²⁴⁹ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 146.

positivação expressa de determinadas situações específicas, com o objetivo de permitir uma maior clareza e uma conseguinte aplicação mais simples do conteúdo da norma.

Após afastar os argumentos não decisivos, Benatti apresenta as suas considerações sobre o tema, buscando dar adequados fundamentos para a qualificação da natureza jurídica contratual às hipóteses de danos ocorridos na fase pré-contratual.

Um primeiro ponto relevante estaria na utilização da cláusula geral de boa-fé. O art. 1337 do *Codice Civile* impõe às partes, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, o dever de se comportar segundo a boa-fé²⁵⁰. Trata-se da boa-fé objetiva, que, historicamente, “surgiu e desenvolveu-se no âmbito das relações de obrigação e como comando particular pelo qual as partes devem uniformizar o seu comportamento”²⁵¹. A referida norma impõe deveres positivos de conduta: as partes têm necessariamente que se comportar de acordo com um padrão ético imposto e marcado pela lealdade, informação, cooperação e proteção. Nesse ponto, há uma completa distinção do regime jurídico que trata da responsabilidade civil aquiliana baseada em um dever negativo absoluto de não lesar a outrem. Benatti identifica que as expressões utilizadas pela doutrina como “*alterum non laedere*” ou “*neminem laedere*” são indicativas no sentido de que, nessas hipóteses, o que está em jogo é um dever negativo, afastando-se da responsabilidade pré-contratual, que impõe um dever positivo²⁵².

Outro ponto a corroborar com os aludidos argumentos reside no fato de que os deveres acessórios impostos pela boa-fé objetiva devem ser exercidos *inter partes*, o que caracteriza o regime jurídico da responsabilidade civil contratual. Distintamente, os deveres negativos ligados à responsabilidade aquiliana são configurados como situações *erga omnes*, e impostos a todos os sujeitos de direito. Trata-se de uma diferenciação basilar no campo da responsabilidade civil que propicia o enquadramento do dever negativo como dever *absoluto*, e do dever positivo – resultante da boa-fé objetiva – como dever *relativo*, devendo ser exercido em face das partes negociantes.

²⁵⁰ Art. 1337.º (Trattative e responsabilità precontrattuale.) Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

²⁵¹ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 149.

²⁵² BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 149.

É interessante observar que os referidos fundamentos poderiam ser transpostos integralmente para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a forma como a matéria está disposta no Código Civil. É possível observar, da leitura do art. 422, que a boa-fé ali presente é também boa-fé objetiva e que leva à necessidade de se comportar em consonância com deveres laterais ou acessórios. Esses deveres também necessitam ser exercidos *inter partes*, sendo, portanto, deveres relativos. Tais características também permitem um enquadramento do inadimplemento de tais deveres como hipóteses de imposição de uma responsabilidade civil de ordem contratual.

Após apresentar mais alguns argumentos específicos com relação ao Código Civil italiano, Benatti faz um contraste entre o art. 1337.º e o art. 1175.º, que prevê que credor e devedor devem comportar-se de acordo com as regras de *correttezza*²⁵³, afirmando derivar a primeira norma da segunda e atribuindo a responsabilidade contratual às hipóteses de dano pré-contratual. Nas palavras do autor:

Se as reflexões precedentes são exactas, é erróneo atribuir diversa natureza à responsabilidade por violação de um dever de aviso, de segredo e de custódia conforme se invoque o art. 1337.º ou art. 1175.º. Assim, e pois que o art. 1337.º não representa mais do que a extensão, à fase das negociações, da regra prescrita no art. 1175.º, também a inobservância de um dever pré-contratual de boa fé deve determinar a responsabilidade contratual a par da violação dos “deveres de correção” que surgem *ex contractu*²⁵⁴.

Esses deveres, no entanto, não têm a sua origem na autonomia contratual. Não é a vontade das partes o vetor a inserir a necessidade de se comportar de uma determinada maneira. Trata-se, sim, de uma imposição legal; é a lei a fonte geradora de obrigação para as partes. Nesse sentido, poderíamos concluir, também, que a mesma lei define o regime jurídico contratual às hipóteses de desobediência dos deveres laterais na fase das negociações preliminares. O agir desconforme a imposição legal materializa inadimplemento, devendo ser tutelado pelas normas do aludido regime.

Da análise do ordenamento jurídico italiano, é possível, ainda, encontrar outro elemento a corroborar com a tese contratualista. As fontes geradoras de obrigações a serem tuteladas pelo aludido regime estão previstas no art. 1173, e permitem concluir pela vigência

²⁵³ Art. 1175. (Comportamento secondo *correttezza*.) Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della *correttezza*.

²⁵⁴ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 153.

do princípio da atipicidade das fontes obrigacionais, podendo a obrigação ter origem em qualquer fato idôneo a produzi-la²⁵⁵. Nesse sentido, discorre Umberto Breccia sobre a inserção do aludido dispositivo no *Codice Civile*:

Ao tempo em que a fórmula do art. 1173 foi introduzida no novo código, o “mito” da vontade individual já havia desaparecido, assim como era declinante – não obstante a ênfase estadista – o “mito” da lei que garante e dá certeza. Mas a ideia da compatibilidade com o ordenamento jurídico não era, por si, um indício de abertura; e também o legislador, ao destacar a inovação, estava preocupado em reafirmar a onipresença do ordenamento, mas não em romper com a tipicidade da postura tradicional. [...] Mas a despeito de cada contingente declamação, a fórmula da idoneidade de cada ato ou fato a produzir deveres pode ter um só possível significado de regra geral (seja se considerada na sua letra, seja se examinada no quadro das transformações do sistema): a “abertura” do elenco de fontes das obrigações. Assim como as categorias “clássicas” do contrato e do fato ilícito, da mesma forma e com maior razão, os atos ou fatos de outra natureza não formam um elenco pré-constituído e imutável²⁵⁶.

A cláusula geral não deve ser vista como elemento causador de insegurança do sistema jurídico italiano. Tentando conter uma abertura demasiada, o dispositivo do Código Civil faz uma alusão à necessidade de existir uma conformidade do ato ou do fato com ordenamento jurídico. Logo, a abertura do sistema de fontes não significa dizer que qualquer fato ou ato será tutelado pelo direito obrigacional, mas sim aqueles atos e fatos que estejam em consonância com o restante do ordenamento italiano.

O Código Civil brasileiro não apresenta nenhum dispositivo com a enumeração das fontes das obrigações. Trata-se, assim, de matéria trabalhada pela doutrina e pela jurisprudência, que também veem nessa omissão uma tentativa de abertura do sistema, propiciando a aplicação do regime obrigacional a novas situações jurídicas. Essa abertura é vista como salutar, considerando-se a possibilidade de manutenção de um sistema jurídico que propicie uma atualização contínua sem estar adstrito a questões temporais ou

²⁵⁵ Art. 1173. (Fonti delle obbligazioni.) Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto, o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

²⁵⁶ No original: “Al tempo in cui la formula dell'art. 1173 fu introdotta nel nuovo codice il “mito” della volontà individuale era già tramontato, così com'era declinante, nonostante l'enfasi statalistica, il “mito” della legge che garantisce e dà certezza. Ma l'idea della compatibilità con l'ordinamento giuridico non era di per sé un indice di apertura; e anche il legislatore nel sottolineare l'innovazione era preoccupato di riaffermare l'onnipresenza del ordinamento, non già di spezzare la “tipicità” dell'assetto tradizionale. [...] Ma a dispetto di ogni contingente declamazione, la formula dell'idoneità di ogni altro atto o fatto a produrre obblighi può avere un solo possibile significato di regola generale (sia che la consideri nella sua lettera sia che la si esamini nel quadro delle trasformazioni del sistema): l'“apertura” dell'elenco delle fonti delle obbligazioni. Come le categorie “classiche” del contratto e del fatto illecito, così pure, e si direbbe a maggior ragione, gli atti o fatti di altra natura non formano un elenco preconstituito e immutabile”. BRECCIA, Umberto. **Le obbligazioni**. Milano: Giuffrè, 1991. p. 109.

momentâneas²⁵⁷. Em razão da complexidade cada vez maior das relações sociais, podem surgir novas fontes de relações obrigacionais, não sendo salutar manter um desenho estático sob a forma de previsão normativa.

Nesse ponto, verifica-se uma aproximação com a construção teórica alemã de que o regime jurídico a ser aplicado é o da responsabilidade contratual, em decorrência não da existência de uma relação contratual na fase das preliminares, mas sim em razão de uma imposição legal para a aplicação do referido regime. Grande parte da doutrina portuguesa compartilha desse entendimento. Nesse sentido, por exemplo, afirma Carlos Alberto da Mota Pinto:

A qualificação da responsabilidade pré-contratual como responsabilidade obrigacional (classicamente chamada responsabilidade contratual) visa exprimir a sua sujeição às mesmas regras que disciplinam a responsabilidade por violação duma obrigação *ex contractu*. [...] A sujeição a este regime específico da responsabilidade contratual, sendo a mais ajustada à ponderação dos interesses em jogo na situação, corresponde formalmente ao enquadramento técnico-jurídico respectivo. Na verdade, no art. 227.º do nosso Código Civil colhe-se o apoio textual necessário para a fundamentação da ideia da existência de vínculos especiais de carácter obrigacional entre os participantes em negociações contratuais. Ora, a responsabilidade nas relações obrigacionais, tradicionalmente chamada responsabilidade contratual, não existe só quando se trata do não cumprimento dos contratos, antes se manifesta, igualmente, por força do inadimplemento de obrigações não contratuais²⁵⁸.

Em acréscimo, para os que identificam a obrigação em sua complexidade e não só como estrutura estática, a tendência é também pela identificação do instituto enquanto hipótese de responsabilidade contratual. Os deveres acessórios ligados à boa-fé objetiva estariam ligados a todas as relações obrigacionais existentes, sendo identificados tanto nos momentos anteriores à formação do contrato, como na fase de conclusão e execução, ou mesmo no período pós-contratual. Nesse sentido, discorre Eva Sónia Moreira da Silva, ao abordar os argumentos em defesa da tese contratualista:

Este conceito [relação obrigacional complexa] permite-nos defender a existência de relações obrigacionais sem deveres primários de prestação. Estas esgotar-se-iam em certos deveres de conduta, determinados pelo princípio da boa fé, cuja violação poderia dar azo a uma obrigação de

²⁵⁷ Sobre a abertura do sistema jurídico, vide: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. Ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2002. pp. 103 e ss.

²⁵⁸ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Atlântida Editora, 1970. p. 351-353.

indemnizar. Estas relações nasceriam do “contacto negocial” dos participantes em negociações contratuais. Deveres como deveres de lealdade, de informação, de cuidado que, se culposamente violados, obrigariam o lesante a indemnizar o lesado²⁵⁹.

No Brasil, a compreensão da relação obrigacional como processo – teoria formulada por Clóvis do Couto e Silva – fornece ainda mais subsídios para a defesa da natureza obrigacional da responsabilidade civil pré-contratual. A imposição de deveres laterais e o dinamismo que permeia a atual concepção de obrigação permitem que o vínculo seja apreciado em sua totalidade, abarcando os momentos anteriores à formação do contrato e mesmo a fase posterior ao adimplemento das obrigações previstas em contrato. De acordo com Couto e Silva, “sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter o sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma das partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, obrigações, ações e exceções”²⁶⁰. Como existe uma relação de interdependência entre as várias fases de formação e consecução de um contrato, o mais adequado é apreciar todas as contingências ligadas ao negócio, sob a perspectiva de um único regime jurídico de responsabilidade civil.

Como subsídio para a compreensão da natureza contratual da responsabilidade pré-contratual, parte da doutrina jurídica alemã recorreu, também, à teoria sociológica do contato social, que, transportada para o direito, possibilitava a configuração de novas fontes de relações obrigacionais.

A teoria do contato social foi formulada por Leopold von Wiese e H. Becker. De acordo com os autores, os contatos sociais seriam processos de curta duração, que não se confundem com relações associativas como as de abordagem ou de ajustamento. Apesar do aludido fato, dos contatos podem ser originadas novas relações, provocando eles também uma modificação na intensidade e no tipo de ajustamento das relações preexistentes²⁶¹. Assim é descrito um contato social pelos autores:

Tôdas as relações de aproximação e afastamento se iniciam por meio de contactos, no sentido mais amplo dêste termo. Os contactos podem ser considerados processos sociais, mas, muito embora todas as relações inter-

²⁵⁹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 59.

²⁶⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV Editora, 2013. p. 36.

²⁶¹ WIESE, Leopold von; BECKER, H. O contacto social. Trad. Gabriel Bolaffi. **Homem e sociedade: leituras básicas de sociologia geral**. Org. Fernando Henrique Cardoso e Octávio Ianni. 7. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973. p. 137.

humanas resultem de processos inter-humanos, nem todos êstes processos provocam relações relativamente estáveis, são chamados contactos. Sua função é de permitir um relaxamento das interações; são fenômenos de duração relativamente limitada, que não manifestam com clareza a intenção associativa de uma ou de ambas as pessoas sem contacto. Portanto, não podem ser chamados processos de abordagem, ainda que numa fase posterior possam desenvolver-se em tais processos²⁶².

Os autores ainda constroem a sua teoria assentada na diferenciação entre contatos primários e contatos secundários. Os primeiros, por um lado, seriam aqueles que se moldam diretamente pelos sentidos, em razão de uma proximidade física entre os indivíduos. Por outro lado, os contatos secundários seriam materializados de forma indireta, envolvendo uma separação física; seriam aqueles travados por meios de comunicação como cartas, telégrafo, televisão, rádio, jornais e outras formas semelhantes de difusão de entendimentos.

A referida construção sociológica veio ao encontro dos anseios existentes no campo da Ciência do Direito. O responsável pela interligação dos dois campos das ciências sociais foi o jurista alemão Günter Haupt²⁶³. A existência de um processo social, marcado pelo contato, serviria de base para proposição de mecanismos de proteção para situações que se concretizavam nesse mencionado contexto. Assim, os eventos danosos ocorridos no período pré-contratual seriam realidades originadas de um contato social.

Karl Larenz apresenta um panorama em torno do desenvolvimento da teoria de Günter Haupt sobre as relações obrigacionais resultantes de comportamento social típico. De acordo com o autor:

Em seu bastante comentado artigo, Haupt agrupou sob a expressão “relações contratuais fáticas” três grupos de fatos típicos, cuja característica comum era que, sem um acordo negocial válido, relações jurídicas de direito contratual se estabeleciam em razão de que “uma fatispécie social vinculante para os envolvidos se realiza conforme a praxe cotidiana”. Trata-se, em primeiro lugar, das por ele chamadas relações contratuais fáticas “**em virtude de contatos sociais**”, dentre as quais ele incluiu principalmente os deveres de cuidado e consideração pré-contratuais, que, segundo a doutrina dominante, são estabelecidos pela entrada nas negociações contratuais, assim como as “**coletividades fáticas**” (relações de trabalho e sociedade), estabelecidas por meio da prestação feita de fato, apesar da nulidade do contrato de trabalho ou de sociedade, e, finalmente, aquelas [...] por ele

²⁶² WIESE, Leopold von; BECKER, H. O contacto social. Trad. Gabriel Bolaffi. **Homem e sociedade**: leituras básicas de sociologia geral. Org. Fernando Henrique Cardoso e Octávio Ianni. 7. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973. p. 136.

²⁶³ Cf. LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, jan-jun de 2006. p. 57.

chamadas “**relações contratuais fáticas em virtude de uma obrigação de prestar social**”, entre as quais ele elenca especialmente o contrato de transporte que se realiza por meio da utilização de um bonde ou de outro meio de transporte público²⁶⁴ (sem destaques no original).

Dessa forma, no que se refere ao período de negociações preliminares, é possível já considerá-lo como uma relação contratual, ensejando a aplicação do adequado regime jurídico de normas. Isso se dá pelo fato de, já na fase de formação, as partes estarem em contato social, o que permite concluir pela obrigatoriedade de cumprimento de determinados deveres jurídicos impostos pela práxis cotidiana. Os fatos sociais reconhecidos enquanto práxis passam a vincular o comportamento dos sujeitos de direito, levando à materialização de verdadeiros vínculos obrigacionais.

Nesse ponto, Karl Larenz critica a teoria de Haupt pelo fato de reunir três realidades completamente distintas dentro do mesmo gênero. De acordo com Larenz, “a reunião desses três grupos de fatos típicos sob um conceito comum e, além disso, erroneamente formulado é pouco feliz, uma vez que se trata de manifestações bastante diversas”²⁶⁵. Para o autor, as questões relativas às negociações preliminares têm seu fundamento nos deveres legais de cuidado, conservação e cooperação que nascem do contato social²⁶⁶.

Na Itália, apoiando-se na tese do “Contato Social”, Giorgio Afferni discorre sobre a escolha do regime contratual como o apto a salvaguardar as hipóteses de responsabilidade pré-contratual:

Chego a esse resultado através de um desenvolvimento da conhecida tese do “contato social” existente entre as partes de uma tratativa. Com esse conceito pretende-se dizer que o dano causado no âmbito de uma tratativa apresenta, sob certo ponto de vista, características similares ao dano causado no âmbito do inadimplemento de um contrato. Ambos os danos têm lugar entre sujeitos que não são estranhos entre eles, como o são, em muitos casos, os sujeitos envolvidos em um evento danoso extracontratual (por exemplo, um acidente automobilístico). Nesse sentido, os sujeitos de uma tratativa estão em grau *ex ante* – isto é, antes que se verifique o dano – de serem trocadas informações entre eles e de disporem a prova das despesas incorridas durante a tratativa. Justifica-se, assim, a aplicação, também no âmbito da responsabilidade pré-contratual, da regra que limita o ressarcimento ao dano previsível (art. 1225 c.c.) e da regra que prevê uma longa duração da

²⁶⁴ LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, jan-jun de 2006. p. 57.

²⁶⁵ LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, jan-jun de 2006. p. 57.

²⁶⁶ LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, jan-jun de 2006. p. 57.

prescrição (10 anos: art. 2946 c.c.)²⁶⁷.

Desse modo, a aplicação da teoria do contato social, como instrumento a dar supedâneo para a aplicação do regime jurídico de responsabilidade contratual, tem ganhado força em outros países, além da própria Alemanha. O momento de formação do contrato apresenta características símile a uma contratação em sentido estrito. Essas características observadas no plano dos fatos redundam na conclusão de que o regime jurídico contratual seria o mais apto para a preservação das partes que vivenciam danos na fase pré-contratual.

A tese contratualista, contudo, não se revela imune a censuras. Relativamente ao ordenamento jurídico brasileiro, um dos seus principais críticos é Regis Fichtner Pereira, que adota a orientação de um terceiro gênero de responsabilidade civil. Não obstante a sua obra ter sido concebida sob a égide do Código Civil brasileiro de 1916, é possível averiguar que suas críticas manter-se-iam se analisados os dispositivos da nossa atual codificação civil.

A primeira crítica colocada por Regis Fichtner Pereira está vinculada à ideia geral de obrigação, assinalando inexistir uma obrigação de prestar e, portanto, inexistir um vínculo obrigacional que possa ser tutelado pelas regras contratuais. Nesse aspecto, demonstra-se importante transcrever as palavras do autor:

A aplicação das regras de responsabilidade pelo descumprimento de uma obrigação às hipóteses de responsabilidade pré-contratual contém em si uma contradição inafastável. Essas regras foram elaboradas tendo em vista a existência de uma obrigação preexistente, cujo conteúdo consiste em prestar alguma coisa a outrem. Ocorre que nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual, essa obrigação de prestar, anterior ao fato que enseja a responsabilização não existe. Todos os que tentaram de alguma forma explicar ou contornar essa contradição falharam. Na fase das negociações, as partes do contrato em gestação efetivamente têm deveres uma com a outra, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva. Esses deveres não têm por objeto, no entanto, uma obrigação de prestar alguma coisa a outrem²⁶⁸.

²⁶⁷ No original: “Arrivo a questo risultato attraverso uno sviluppo della nota tesi del “contatto sociale” esistente tra le parti di una trattativa. Con questo concetto si vuole a mio avviso dire che il danno causato nell’ambito di una trattativa presenta sotto un certo punto di vista caratteristiche simili al danno causato nell’ambito dell’inadempimento di un contratto. Entrambi questi danni hanno luogo tra soggetti che non sono stranieri tra loro, come sono invece in molti casi i soggetti coinvolti in un evento dannoso extracontrattuale (ad esempio, un incidente automobilistico). In questo senso, i soggetti di una trattativa sono in grado ex ante, cioè prima che si verifichi il danno, di scambiarsi informazioni tra loro e di predisporre la prova delle spese sostenute durante la trattativa. Si giustifica quindi l’applicazione, anche nell’ambito della responsabilità precontrattuale, della regola che limita il risarcimento al danno prevedibile (art. 1225 c.c.) e della regola che prevede una durata lunga della prescrizione (10 anni: art. 2946 c.c.)”. AFFERNI, Giorgio. **Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008. p. 10.

²⁶⁸ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 218.

Nesse ponto, a construção teórica de Regis Fichtner Pereira parece elaborar-se em torno de um conceito demasiadamente estrito de obrigação, não mais sustentável. Os deveres acessórios impostos pela boa-fé objetiva têm conteúdo obrigacional e o seu prestar está ligado a obrigações de fazer e não fazer, que devem ser concretizadas pelas partes no momento da negociação. A obrigação preexiste e é imposta desde o momento em que se iniciam as tratativas preliminares. As partes não podem omitir informações relevantes, devem cooperar entre si e devem ser leais no decorrer das tratativas. O inadimplemento de qualquer dessas obrigações pode ser ponderado em termos de valor patrimonial e pode-se exigir o cumprimento da obrigação ou indenização, nos termos do art. 389 do Código Civil²⁶⁹.

As outras ponderações do autor estão ligadas às consequências pontuais originadas da adoção do regime contratual e são similares às objeções elaboradas por Mário Júlio de Almeida Costa, em obra sobre a ruptura das negociações preparatórias de um contrato²⁷⁰.

Primeiramente, Regis Fichtner Pereira afirma que não se poderia aplicar o regime da solidariedade em caso de inadimplemento, uma vez que existe regra dispondo que a solidariedade não se presume²⁷¹. Para o autor, o mais adequado seria utilizar-se da regra geral de responsabilidade aquiliana, que impõe a solidariedade no dever de indenizar, quando mais de uma pessoa causou o dano²⁷². Essa compreensão do autor também não parece ser a mais adequada. O inadimplemento de uma obrigação acessória, decorrente do princípio da boa-fé objetiva, não pode efetivamente ser analisado enquanto gerador de um vínculo em solidariedade. Nesse caso, deve-se atentar para as regras de divisibilidade e indivisibilidade. Se houver a conversão da obrigação em perdas e danos, cada um dos envolvidos deve responder pelo que foi responsável.

Em seguida, Regis Fichtner Pereira aborda a questão da presunção de culpa originada do regime contratual. Para o autor, como as hipóteses de responsabilidade pré-contratual são

²⁶⁹ Art. 389. 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.

²⁷⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. pp. 91-93.

²⁷¹ Atual art. 265 do Código Civil: Art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

²⁷² PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 250.

muito variadas, a presunção não se harmonizaria com algumas delas²⁷³. No entanto, esse não parece ser um argumento válido. O descumprimento de uma relação contratual é marcado pela presunção de culpa e o mesmo deve se realizar com relação aos deveres acessórios. O ônus da prova, nessas situações, seria invertido em desfavor do devedor da obrigação, algo que não se revela injusto, diante das situações concretas em que se opera a responsabilidade pré-contratual.

Outro ponto destacado seria uma suposta incongruência relativa à necessidade de constituir o devedor em mora, quando não haja prazo fixado pelas partes²⁷⁴. Não se vê inadequação a partir da aludida premissa. A mora estaria qualificada quando houvesse a interpelação da parte devedora, tratando-se de mera opção legislativa. Em soma a isso, é importante destacar que alguns deveres acessórios poderiam materializar obrigações de não fazer, devendo, nesses casos, ser aplicado o art. 390, que estabelece que “nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”.

Por fim, o último argumento trazido por Regis Fichtner Pereira é relativo à competência jurisdicional, que, se analisada sob o prisma da responsabilidade contratual, deveria ser o foro do local onde deve ser cumprida a obrigação. O autor afirma que não faz sentido determinar a competência de acordo com o lugar do cumprimento da obrigação, tendo em vista que não há propriamente uma prestação a ser cumprida²⁷⁵. Não vemos problema na referida determinação do foro, tendo em vista que existe uma prestação a ser cumprida no local onde se realizam as tratativas. Não há qualquer objeção a tal designação.

Desse modo, as críticas apostas por Regis Fichtner não demonstram consequências tais que impeçam a aplicação do regime contratual às hipóteses de responsabilidade pré-contratual. Isso porque as questões pontuais levantadas pelo autor não se revelam como impeditivas da teoria contratualista, podendo ser contornadas por meio da aplicação do mencionado regime, sem causar um abalo na estrutura do vínculo obrigacional ou nas suas consequências jurídicas e processuais. O que importa perquirir, no entanto, é a possibilidade

²⁷³ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 251.

²⁷⁴ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 251.

²⁷⁵ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 251.

ou não de o regime contratual abarcar todas as hipóteses de responsabilidade pré-contratual existentes em nosso ordenamento.

3.3.3 Teoria do “*tertium genus*”

Para alguns doutrinadores, a *culpa in contrahendo* não se amolda ao regime jurídico da responsabilidade contratual, nem tampouco ao regime jurídico da responsabilidade extracontratual. Essas construções baseiam-se, principalmente, na dificuldade de inserção do instituto em análise em todos os elementos previstos para cada um dos conhecidos regimes jurídicos de responsabilidade civil. Desse modo, a responsabilidade pré-contratual concretizaria um terceiro gênero de responsabilidade civil, redundando em regras próprias para a sua aplicação prática.

Na Itália, Rodolfo Sacco foi um dos primeiros doutrinadores a apresentar essa hipótese de enquadramento teórico. Em um artigo publicado na *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione*, o autor discorre sobre um julgado da *Corte di Cassazione*, de 17 de março de 1950, que qualificou a responsabilidade do mandante, por atos do mandatário que excedessem os poderes delegados perante terceiro de boa-fé, como situação de responsabilidade extracontratual. Analisando o caso prático apresentado, Sacco afirma tratar-se de um ilícito *in contrahendo* consistente na conclusão de uma convenção inválida²⁷⁶.

Ao contrastar o caso prático com o Código Civil italiano de 1942, Sacco identifica os arts. 1338 e 1398 como os dispositivos aptos a tratar da matéria. O primeiro, como já visto, aborda a responsabilidade pré-contratual por conclusão de um negócio jurídico inválido, enquanto o segundo trata da responsabilidade do representante que atua excedendo os seus poderes²⁷⁷. Ao discorrer sobre as aludidas normas, o autor assevera:

Da leitura dos arts. 1338 e 1398 do Código Civil, vê-se claramente que esse segundo é uma direta aplicação do primeiro. Portanto, o excesso de poder do representante é um típico caso de ilícito como conclusão de um contrato inválido e deve ser visto como claramente distinto de qualquer ilícito

²⁷⁶ SACCO, Rodolfo. *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*. **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione**, Milano, Ano XLIX, Parte Seconda, 1951. p. 86.

²⁷⁷ Art. 1398. (Rappresentanza senza potere.) Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto.

contratual e aquiliano²⁷⁸.

Rodolfo Sacco conclui que a decisão apresentada no julgado é correta, mas inexata com relação aos fundamentos apresentados. Haveria uma responsabilidade do representado no caso analisado, mas não sob a perspectiva da responsabilidade aquiliana, tendo em vista não se inserir a responsabilidade pré-contratual em nenhuma das clássicas espécies de regime. Para o autor, a responsabilidade do comitente não estaria no acordo de subordinação ou na aplicação da teoria da aparência, mas sim na impossibilidade de se conhecer a atuação em excesso do representante e na negligência do representado que muniu o *falsus procurator* de recibos em branco, com o timbre do representante²⁷⁹. Os argumentos assentados na responsabilidade delitual do representante, para Sacco, não levam ao enquadramento como ilícito extracontratual, pois não é o referido regime o apto a fornecer as adequadas respostas para solucionar o caso concreto²⁸⁰.

Assim, a responsabilidade pré-contratual revelar-se-ia como um *tertium genus*, não se amoldando a nenhuma das clássicas disciplinas normativas de responsabilidade civil. No Brasil, Regis Fichtner Pereira é um dos principais defensores da existência de um *tertium genus* de responsabilidade civil²⁸¹. Em sua obra, o autor parte da inadequação em se fundar a responsabilidade pré-contratual em qualquer dos dois regimes. Haveria uma insuficiência de elementos a guiar o seu enquadramento em qualquer uma das hipóteses de responsabilidade civil; contratual ou extracontratual. De acordo com Regis Fichtner Pereira:

É, no entanto, claramente identificável a existência de uma relação jurídica

²⁷⁸ No original: “Dalla lettura degli artt. 1338 cit. e 1398 cod civ., si vede chiaramente che questo secondo è una diretta applicazione del primo. Pertanto, l’eccesso di potere del rappresentante è un tipico caso di illecito come conclusione di un contratto invalido ed è tenuto nettamente distinto da ogni illecito contrattuale ed aquiliano”. SACCO, Rodolfo. *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*. **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione**, Milano, Ano XLIX, Parte Seconda, 1951. p. 87.

²⁷⁹ SACCO, Rodolfo. *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*. **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione**, Milano, Ano XLIX, Parte Seconda, 1951. p. 90.

²⁸⁰ É interessante notar, no entanto, que essa construção remete-se ao pensamento do jovem Rodolfo Sacco. Em obra posterior, o autor acaba por reconhecer a natureza delitual da responsabilidade civil pré-contratual: “La colpa prevista nell’art. 1337 è dunque extracontrattuale. Così si orienta la giurisprudenza. È su questa linea la dottrina prevalente; ad essa fanno riscontro, peraltro, voci autorevoli, orientati in senso opposto”. SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il contratto**. Tomo Secondo. Torino: UTET Liberia, 1996. p. 255.

²⁸¹ É importante pontuar que Antonio Junqueira de Azevedo, antes do Código Civil de 2002, analisando a ruptura de negociações, defendia uma terceira responsabilidade, relativa à distribuição equitativa dos prejuízos. De acordo com o autor: “A responsabilidade aquiliana fundamenta-se no princípio do respeito (*alterum non laedere*) e, portanto, tem, no caso, dois excessos, ou dois inconvenientes: exige a prova da culpa – o que é difícil – e dá direito a uma reparação integral (o que pode ser muito). A responsabilidade contratual, por sua vez, fundamenta-se no princípio da palavra dada (da *fides*, o terceiro princípio geral de direito dos estóicos) não exige a prova da culpa mas, em compensação, não parece adequada às negociações preliminares quando as partes ainda ‘não se contrataram’”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A boa-fé na formação dos contratos, **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, Vol. 87, 1992, p. 89.

entre os contraentes durante o desenvolvimento das negociações contratuais. Essa relação jurídica não faz surgir uma obrigação, no sentido de uma pessoa estar obrigada a prestar alguma coisa em favor da outra. Essa relação jurídica não surge, porém, como ocorre na responsabilidade aquiliana, somente com o cometimento do dano. Essa relação jurídica é preexistente a qualquer dano que um dos contraentes venha a causar a outrem²⁸².

Essa ausência de fundamentação para a adoção de qualquer um dos dois regimes levaria à necessidade de concepção de um terceiro gênero, dotado de características próprias. Tendo em vista o fato de que o nosso sistema jurídico está assentado em normas jurídicas, seria necessária a elaboração de um novo arcabouço de preceitos aptos a tutelar as situações de *culpa in contrahendo*. O recurso às normas de responsabilidade aquiliana ou às normas de responsabilidade contratual não se demonstra suficiente para a solução dos problemas advindos da formação do contrato, sendo necessária a elaboração de regras próprias, que comporiam esse *tertium genus* da responsabilidade civil.

O autor português Manuel António Carneiro da Frada é o responsável pela criação de uma verdadeira teoria da confiança e foi um dos primeiros defensores, em seu país, de um terceiro gênero de responsabilidade civil apto a salvaguardar as hipóteses de *culpa in contrahendo*²⁸³. Em sua obra, o doutrinador parece caminhar no sentido de uma autonomização da responsabilidade civil pelos danos ligados à quebra de confiança. Não haveria, dessa maneira, que enquadrar as situações de responsabilidade pré-contratual determinadas pela quebra da confiança em quaisquer dos dois regimes tradicionalmente identificados. A autonomia dogmática da confiança tem por consequência um regime jurídico de responsabilidade civil também autônomo. Sobre essa autonomia, afirma Carneiro da Frada:

Uma responsabilidade pela confiança como realidade jurídica autônoma existirá somente na medida em que a protecção da confiança constitua o vero fundamento da imputação de determinados danos. Numa formulação negativa, essa autonomia traduzir-se-á na insusceptibilidade de recondução da responsabilidade a um distinto fundamento. O fundamento da responsabilidade corresponde ao critério de validade (jurídica) da obrigação de indemnizar. Qualquer que ele seja, espelha-se necessariamente numa situação de responsabilidade. Por isso, a confiança terá de representar o elemento constitutivo essencial do *Tatbestand* de responsabilidade envolvido e, desta forma, ao dado de facto ao qual se acopla específica e primordialmente a consequência indemnizatória²⁸⁴.

²⁸² PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 276.

²⁸³ Cf. FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997. p. 95 e ss.

²⁸⁴ FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 351.

Apesar da importância que a confiança ganha nos atuais ordenamentos jurídicos, não se verifica um tratamento autônomo a ser concedido a essas hipóteses, principalmente, se analisado o ordenamento jurídico brasileiro. Questão que também poderia ser levantada reside na quebra da tradicional subdivisão da responsabilidade civil em contratual e extracontratual. A maior parte dos sistemas jurídicos ocidentais adota tal bipartição como base para a solução dos problemas de responsabilidade civil. Pressupor que um dado instituto jurídico não se encaixa em nenhuma das tipologias é quebrar com noções construídas desde o direito romano. Não que haja qualquer objeção a novas concepções. No entanto, no campo em estudo ela não se demonstra salutar e não parecer resolver as contingências que se põem.

Desse modo, faz-se necessária uma opção por um dos regimes. Nesse sentido, Giorgio Afferni apresenta uma interessante consideração:

A solução, assim, não pode ser encontrada mediante considerações de tipo sistemático, mas requer uma valoração comparativa do conjunto de regras do qual se compõem esses diversos tipos de responsabilidade, com o fim de estabelecer qual desses seja aquele majoritariamente idôneo, segundo certo critério, a resolver os problemas práticos colocados ao exame do intérprete²⁸⁵.

Francesco Benatti também se manifesta contrariamente à referida construção de um terceiro gênero de responsabilidade civil para abarcar as hipóteses de culpa na formação dos contratos. Uma série de argumentos é trazida pelo doutrinador, objetivando afastar a sua configuração e pugnar pela escolha de uma das qualificações já existentes.

Com efeito, as expressões “responsabilidade contratual” e “responsabilidade extra-contratual” não são mais que fórmulas que traduzem uma determinada disciplina normativa. Portanto, a teoria em análise deveria levar a sustentar que a *culpa in contrahendo* está sujeita a regras próprias e autônomas – conclusão certamente inexacta. Assim, por exemplo, se queremos individualizar as pessoas que, além dos sujeitos que intervêm nas negociações são chamadas a responder por conduta incorrecta *in contrahendo*, e isto a fim de estabelecer se responde o representante ou o representado ou ambos, é sempre necessário aplicar, na falta de disposições específicas na matéria, as normas prescritas para um dos dois tipos tradicionais de responsabilidade. [...] Pode, pois, concluir-se que, com excepção do art. 1337.º, em nenhuma outra norma do nosso código existem disposições que disciplinem em geral qualquer aspecto da *culpa in*

²⁸⁵ No original: “La soluzione quindi non può essere trovata mediante considerazioni di tipo sistematico, ma richiede una valutazione comparativa dell’insieme di regole di cui si compongono questi diversi tipi di responsabilità, al fine di stabilire quale tra essi sia quello maggiormente idoneo, secondo un certo criterio, a risolvere i problemi pratici sottoposto all’esame dell’interprete”. AFFERNI, Giorgio. **Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008. p. 8.

contrahendo – o que é suficiente para confirmar que o legislador entendeu não dever configurá-la como um *tertium genus* de responsabilidade²⁸⁶.

As observações de Francesco Benatti podem ser transpostas integralmente para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a ausência, em nossa legislação, de um regime jurídico próprio para o tratamento da responsabilidade pré-contratual. O Código Civil de 2002 – assim como fazia o Código Civil de 1916 – adota a teoria dualista da responsabilidade civil, devendo o aplicador da norma optar pela utilização de um dos dois regimes jurídicos predispostos na legislação. Essa opção da legislação brasileira não pode ser deixada de lado. Além disso, é importante atentar-se para o fato de que a qualificação enquanto terceiro gênero em nada resolve os problemas práticos vivenciados, tendo em vista a ausência de uma normatividade própria a resguardar esse tipo de situação. Desse modo, parece ainda relevante a necessidade de enquadramento dessa nova tipologia de responsabilidade civil em um dos modelos tradicionalmente existentes em nosso ordenamento.

3.3.4 Teorias híbridas

Em paralelo ao grupo de construções teóricas que consideram a responsabilidade pré-contratual como um terceiro gênero de responsabilidade civil, identifica-se um distinto conjunto de doutrinas – denominado híbrido, dualista ou eclético – que analisa a fase pré-contratual como um fenômeno multifacetado que concretizaria uma variação a depender da situação prática vivenciada, podendo ser aplicado em alguns casos o regime contratual e em outras hipóteses o regime extracontratual.

Esses autores adotam uma posição de não especificação *a priori* do regime jurídico a ser aplicado às hipóteses de *culpa in contrahendo*. A responsabilidade pré-contratual é vista como realidade complexa a ponto de não poder ser reconduzida a apenas uma das tipologias, isto é, responsabilidade contratual ou responsabilidade extracontratual. Desse modo, como se está diante de um complexo de situações diversas, as soluções para cada uma delas também devem ser tomadas em suas peculiaridades, redundando, portanto, em diferentes possibilidades na imposição de responsabilidade civil. Essa é, por exemplo, a posição do autor italiano Angelo Luminoso:

²⁸⁶ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. pp. 134-136.

A análise realizada permite, ainda, vislumbrar uma nova hipótese reconstrutiva relativa à natureza da responsabilidade pré-contratual. Pareceria, de fato, que essa não tenha sempre as mesmas características, e deva ser, contrariamente, enquadrada nos casos individuais, ou no âmbito da responsabilidade aquiliana ou no âmbito da responsabilidade (contratual) por violação de um específico dever de boa-fé intercorrente entre as partes (ex art. 1337 c.c.), ou, enfim, no âmbito de uma responsabilidade contratual em senso estreito, derivante nomeadamente da inexecução de uma relação preexistente. Isso não impede que qualquer das hipóteses vistas possa levar também a um concurso entre responsabilidade extracontratual e responsabilidade por inadimplemento²⁸⁷.

Assim, a definição do regime jurídico de salvaguarda dependeria do exame de cada uma das hipóteses de danos, vivenciados na fase da formação do contrato. A responsabilidade pré-contratual apresentar-se-ia como fenómeno multifacetado. A maior parte das situações verificadas no plano prático estaria mais propensa ao enquadramento como hipótese de responsabilidade contratual. Mas isso não significaria que todas as hipóteses deveriam ser reconduzidas para a solução com base no regime do inadimplemento.

Para os que optam por não engessar um problema de formação dos contratos em um dos regimes existentes, haveria a possibilidade de aplicação das regras atinentes a ambas as hipóteses de responsabilidade civil, dependendo das conjunturas do caso prático apresentado. Nesse sentido, por exemplo, são as proposições de Dário Moura Vicente:

Toda 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 indenizar. A fim de 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 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 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

²⁸⁷ No original: “L’analisi svolta, inoltre, lascia intravedere una nuova ipotesi ricostruttiva in ordine alla natura della responsabilità precontrattuale. Parebbe, invero, che questa non abbia sempre gli stessi caratteri, e debba essere invece inquadrata, nei singoli casi, o nell’ambito della responsabilità aquiliana, o nell’ambito della responsabilità (contrattuale) per violazione di uno specifico obbligo di buona fede intercorrente tra le parti (ex art. 1337 c.c.), o, infine, nell’ambito di una responsabilità contrattuale in senso stretto, derivante cioè dall’insecuzione di un preesistente rapporto contrattuale. Il che non toglie che in talune delle ipotesi viste si possa avere anche un concorso tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità per inadempimento”. LUMINOSO, Angelo. La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile. **Contratto e impresa**. Padova. Vol. 3. 1988. p. 799.

indenizar²⁸⁸.

Tomando por base o ordenamento jurídico italiano, Francesco Benatti manifesta-se contrariamente a esse tipo de construção teórica, ao afirmar que “a responsabilidade pré-contratual está submetida a um único comando e encontra o seu fundamento em uma única disposição – art. 1337.º – e, conseqüentemente, igualmente unitária deve ser a sua natureza”²⁸⁹. Para o autor, mesmo podendo surgir na fase pré-contratual diferentes contingências, não se justificaria um tratamento diferenciado, pois todas as hipóteses são marcadas pela característica comum de terem a sua ocorrência na fase de formação.

Em Portugal, Galvão Telles também afasta esse posicionamento, baseando-se na necessidade de previsão por parte do legislador, da aplicação de normas diversas, para a solução de cada uma das hipóteses. O fenômeno deve ser tratado com unidade, o que redundaria na necessária escolha de um único regime jurídico. Para o autor:

[...] esta orientação é de se rejeitar, pois só o legislador excepcionalmente, poderá ordenar que seja aplicada a uma situação jurídica, inserida por sua natureza no âmbito da responsabilidade obrigacional, uma norma pertencente ao regime da responsabilidade extraobrigacional (e vice-versa). Nunca o executor da lei poderá fazê-lo. Os regimes de responsabilidade devem aplicar-se em bloco às situações para as quais foram criados. De outra forma, desrespeita-se a lei, pratica-se direito livre e não uma “louvável prática anticonceptualista”. Tudo dependerá, assim, do diagnóstico que se faça da relação pré-contratual²⁹⁰.

A ausência de uma definição com relação ao regime jurídico aplicável poderia provocar, ainda, certa insegurança jurídica, notadamente com relação a pontos específicos referentes às normas a serem aplicadas. Assim, as questões relativas ao ônus da prova ou mesmo aos prazos prescricionais ficariam em aberto, não indicando uma solução a ser concretizada pelo operador do direito. Essa incerteza acabaria por ser o principal ponto de crítica das teorias ecléticas ou híbridas.

No entanto, uma reflexão a ser realizada centra-se na real ausência de uma uniformidade nas questões relativas à responsabilidade civil pré-contratual. Não se trata, efetivamente, de um fenômeno universal. Contrariamente, é possível perceber contingências

²⁸⁸ VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no código civil brasileiro de 2002. **Estudos em honra de Ruy de Albuquerque**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 330.

²⁸⁹ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 137.

²⁹⁰ TELLES *apud* SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 61.

absolutamente distintas que só têm em comum o fato de ocorrerem no período pré-contratual. A título de exemplo, a responsabilidade civil nascida de uma invalidade na formação do contrato é absolutamente diversa da responsabilidade civil por rompimento injustificado das negociações preliminares. Nesse contexto, justifica-se o fato de alguns autores não identificarem nesse complexo de situações uma uniformidade capaz de concretizar um único regime jurídico e proporem que a natureza jurídica seja associada a cada uma das tipologias encontradas no fenômeno pré-contratual.

Caberia, então, fazer uma adequada análise dos perfis de enquadramento e das consequências da adoção de cada uma das tipologias. Os fundamentos teóricos e práticos devem ser sopesados de modo a fornecer uma escolha mais condizente com o nosso ordenamento jurídico.

Seguindo essa orientação, Cristiano de Sousa Zanetti, a título de exemplo, analisa somente o fenômeno pré-contratual centrado na dimensão da responsabilidade civil pela ruptura das negociações. Na construção de sua teoria sobre a natureza jurídica, observa-se que não há uma preocupação em tratar da responsabilidade civil como um todo, mas, sim, analisar qual o regime apto a salvaguardar somente a questão do rompimento das tratativas. Assim, o autor acaba por fazer uma aproximação com a boa-fé objetiva e a figura do abuso de direito, fazendo uma análise em consonância com a sua previsão legal, qual seja o art. 187, do Código Civil, que o configura como ato ilícito²⁹¹. Ao fazer tal aproximação, Zanetti acaba por conferir ao instituto a natureza jurídica de ilícito extracontratual, redundando na aplicação das normas relativas à responsabilidade civil aquiliana. Nas palavras do autor:

O novo Código Civil, em seu art. 187, acolhe expressamente a boa-fé como critério para que se possa definir a ilicitude da ruptura das negociações, correspondendo, assim, à melhor orientação doutrinária e harmonizando-se com os ordenamentos normalmente utilizados como padrão de referência. Pode-se afirmar, portanto, que a boa-fé é, com efeito, o verdadeiro critério para definir o abuso do direito no Brasil, servindo, conseqüentemente, para que se possa determinar quando a ruptura das negociações deve ser tida por ilícita²⁹².

Sua construção não sustenta a aplicação de um único regime de responsabilidade civil a todas as contingências danosas vivenciadas na fase pré-contratual, mas procura, sim, dar

²⁹¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

²⁹² ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 143.

adequados contornos ao regime jurídico aplicável à ruptura injustificada das negociações preliminares. A aproximação do autor ao regime do abuso de direito revelou-se inevitável, tendo em vista a sua expressa positivação em nosso Código Civil, como modalidade de ilícito extracontratual.

No ordenamento jurídico italiano, não é possível identificar norma semelhante que preveja uma sobreposição entre abuso do direito e ato ilícito. Desse modo, não seria razoável fazer uma construção teórica que permitisse identificar a situação apresentada como responsabilidade extracontratual pelo seu simples enquadramento na figura do abuso do direito. Logo, em razão da ausência da referida disposição legal, continuam a ser elaboradas tentativas de enquadramento do rompimento das tratativas em uma das tipologias da responsabilidade civil. Essa hipótese, por exemplo, é vista por Angelo Luminoso como tutelada pelo regime de responsabilidade obrigacional por inadimplemento, em razão da violação dos deveres impostos pela boa-fé objetiva, previstos no art. 1337 do Código Civil italiano²⁹³.

No entanto, voltando-se para a análise do ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar, do ponto de vista prático, a possibilidade de desmembramento do fenômeno pré-contratual. Essa dissociação de hipóteses permitiria um exame mais adequado atento às peculiaridades de cada um dos casos. É certo, por exemplo, que a revogação da proposta tem características muito distintas da ruptura de negociações preliminares. As questões ligadas à invalidade contratual também apresentam elementos muito peculiares, se contrastadas com as outras categorias. Essa dissociação, todavia, não se demonstra ensejadora de insegurança jurídica como assinalado por parte da doutrina que crítica as construções de natureza híbrida. Desde que haja a possibilidade de antever em que tipologia de responsabilidade civil cada uma das espécies de dano será inserida, não parece haver óbice para construções que pugnem pelo tratamento específico para as hipóteses de dano no momento da formação do contrato.

Além disso, a segurança jurídica não pode ser tomada como fundamento inafastável. A pretensa busca pela segurança jurídica não pode colocar em xeque a consagração de soluções que realizem a justiça na situação concreta. Baseando-se nessa falsa premissa, deveria ser afastada também a aplicação da boa-fé objetiva em nosso ordenamento, tendo em vista que,

²⁹³ LUMINOSO, Angelo. La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile, **Contratto e impresa**, Padova, Ano IV, Vol. III, 1988, p. 799..

enquanto cláusula geral, ela abre uma margem de atuação para os operadores do direito, o que permite, inclusive, a mobilidade e a atualização na aplicação do nosso direito.

Acredita-se, assim, que o regime para a solução da maior parte das controvérsias surgidas na fase pré-contratual seja o da responsabilidade contratual, em razão das inúmeras características que permitem um tratamento mais consentâneo com a realidade dos acontecimentos na fase de formação. No entanto, não se pode olvidar que o ordenamento jurídico brasileiro acaba por consagrar soluções diversas ligadas a cada uma das hipóteses de responsabilidade pré-contratual, conforme se pode verificar, por exemplo, no caso da ruptura de negociações preliminares.

Desse modo, apesar de uma nítida maior aproximação das normas referentes à responsabilidade contratual, a variedade de situações que ensejam a denominada responsabilidade pré-contratual exige um enquadramento individualizado, que permita a melhor solução para cada uma das hipóteses de dano. Como consequência dessa mobilidade na aplicação de regimes jurídicos, a forma de cálculo do *quantum* indenizatório também apresentará variações. A título de exemplo, as noções de interesse negativo e de interesse positivo, aprioristicamente, parecem ter sua aplicação ligada apenas às hipóteses em que seja verificada a responsabilidade contratual.

IV – A distinção entre interesse negativo e interesse positivo

O valor distintivo entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, desde a elaboração teórica de Jhering, suscita embates doutrinários. A compreensão das noções não é unânime e elas podem ser tomadas, por exemplo, como tipologias de danos, como medidas para a delimitação do *quantum* indenizatório ou, mesmo, como fórmulas de conteúdo econômico do ressarcimento da parte lesada.

Apesar de as categorias do interesse negativo e do interesse positivo não serem aprofundadas pela jurisprudência, legislação e Ciência Jurídica brasileiras, trata-se de tema habitualmente analisado em outros ordenamentos, originando inúmeros trabalhos científicos, que, por vezes, procuraram dotar as expressões de conteúdo jurídico próprio. Revela-se, assim, indispensável compreender alguns perfis delimitadores originados da aplicação das noções. Nesse sentido, não basta fundamentar e defender o valor da distinção, necessária revela-se a apresentação das diferentes consequências jurídicas, originadas da contraposição existente entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo.

Nesse contexto, questões atinentes à relação entre os correlatos interesses e a quantificação dos valores indenizatórios devem ser trabalhadas. Verificar a relação de causalidade entre o evento e a situação jurídica que se pretende reparar, trabalhar o alcance dos danos, examinar a ampliação no uso dos termos, ou mesmo identificar as limitações de *quantum* ressarcitório, demonstram-se como contingências merecedoras de um aprofundamento, para que se possa dar bases para a correta aplicação dos institutos. Ainda em relação à valoração da indenização, alguns institutos que podem influenciar no seu cálculo – principalmente quando se tratar do interesse contratual negativo – devem ser abordados, notadamente, a *compensatio lucri cum damno* (compensação de benefícios) e o denominado *duty to mitigate the loss* (dever de mitigar os prejuízos).

Desse modo, o presente capítulo tem por essência a busca pela fundamentação e

delimitação relativa ao emprego das noções de interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Somente por meio das bases aqui trabalhadas, faz-se possível a aplicação dos institutos em consonância com a boa técnica jurídica.

4.1 Precedentes teóricos para a distinção entre interesse negativo e interesse positivo

Como analisado na parte histórica, Jhering apresentou os seus fundamentos para a distinção entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, tendo por base as noções de validade e eficácia negocial. No entanto, os fundamentos para a distinção entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo não são tomados como elementos comuns por todos os teóricos. Alguns perfis conceituais são delineados de formas diversas a depender do autor.

Importa, neste ponto, identificar construções jurídicas que dialogaram com as noções trazidas por Jhering, como modo de fornecer subsídios para compreendermos os atuais contornos do tema. Optou-se por abordar duas construções teóricas, principalmente em razão das particularidades no tratamento dado ao tema. A primeira delas remete ao direito consuetudinário e traz em si a forma como a matéria é tratada em países que não são de matriz romano-germânica. A segunda teoria apresentada é de origem italiana e apresenta uma interessante releitura do pensamento de Jhering, dando outra tônica ao tratamento e, mesmo, aos conceitos dos interesses negativos e positivos.

4.1.1 Fuller e Perdue: “*reliance interest*” e “*expectation interest*”

Enquanto os países da Europa continental desenvolviam as noções de interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, o direito da *common law*, notadamente, o direito norte-americano, trabalhava as concepções de “*reliance interest*” (interesse na confiança) e “*expectation interest*” (interesse na expectativa). As conjecturas elaboradas em ambos os sistemas de direito demonstram-se aproximadas, porém, as fórmulas do direito consuetudinário permitem um maior campo de aplicação, não estando adstritas ao período pré-contratual.

O referido tema foi apresentado pelos professores da Universidade de Yale, Lon Fuller

e William Perdue Jr., em artigo intitulado “*The reliance interest in contract damages*”, publicado em 1936²⁹⁴. Trata-se de um trabalho de grande densidade e enorme repercussão no direito contratual norte-americano. De acordo com Vítor Fernandes Gonçalves, os conceitos trabalhados pelos autores:

[...] foram amplamente incorporados pela Segunda Consolidação dos Contratos (*2nd Restatement of Contracts*), atualmente em vigor, uma espécie de código publicado pelo Instituto de Direito Americano (*American Law Institute*), que, em seus parágrafos, condensa as teses concebidas nos mais autorizados precedentes jurisprudenciais, para tornar prática sua utilização no cotidiano forense. Tal “código” tem caráter apenas opinativo, mas por tradição é seguido comumente²⁹⁵.

De acordo com Paulo Mota Pinto, “Fuller e Perdue adotaram uma perspectiva funcional ou teleológica, analisando os fins prosseguidos com a concessão de uma indenização e o seu significado prático”²⁹⁶. Tal fato revela, inclusive, a influência de Jhering no pensamento dos dois autores, tendo em vista a adoção de uma concepção de direito assentada na necessária persecução de determinadas finalidades, em que o direito deve ser entendido como um meio para a busca de determinados fins²⁹⁷.

A construção do pensamento de Fuller e Perdue está assentada em uma classificação tripartite sobre os interesses envolvidos em uma situação de dano contratual, quais sejam: o interesse na restituição (*restitution interest*), o interesse na confiança (*reliance interest*) e o interesse na expectativa (*expectation interest*).

O primeiro tipo – *restitution interest* – tem a sua aplicação centrada nas situações em que se concretiza o enriquecimento sem causa. O lesado, em razão de um contrato, pode ter transferido algum benefício para a contraparte. Nesse sentido, a não consecução das obrigações compreendidas naquele negócio jurídico pode redundar na exigência, da parte lesada, da restituição da prestação recebida, evitando o seu locupletamento indevido²⁹⁸. Nessa situação, não se está diante de uma ponderação de ordem indenizatória, mas, apenas, perante

²⁹⁴ FULLER, L. L.; PERDUE JR., William R.. *The reliance interest in contract damages*. **Yale Law Journal**, New Haven, Vol. 46, 1936, pp. 52-96.

²⁹⁵ GONÇALVES, Vítor Fernandes. **Responsabilidade civil por quebra de promessa**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 73.

²⁹⁶ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 289.

²⁹⁷ Cf. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 289.

²⁹⁸ FULLER, L. L.; PERDUE JR., William R.. *The reliance interest in contract damages*. **Yale Law Journal**, New Haven, Vol. 46, 1936, p. 53.

uma busca do retorno de um valor patrimonial indevidamente deslocado.

A segunda categoria – *reliance interest* – materializa a proteção da confiança. Um dos negociantes pode ter efetuado despesas, acreditando em um posicionamento transmitido pela contraparte. Quando há uma frustração da confiança depositada, deve ser aplicada uma indenização, objetivando a reposição da situação precedente ao evento lesivo. É relevante transcrever as palavras dos autores:

O requerente confia na promessa do requerido, que muda de posição. Por exemplo, o comprador, em um contrato para a venda de terras, incorre em despesas para a verificação dos títulos apresentados pelo vendedor, ou perde a oportunidade de concretizar outros contratos. Podemos atribuir indenização ao autor com a finalidade de desfazer o dano que sua confiança na promessa do demandado lhe tenha causado. Nosso objetivo é colocá-lo em uma posição tão boa como a que ele se encontrava antes de a promessa ter sido feita. O interesse protegido, nesse caso, pode ser chamado de interesse na confiança (tradução livre)²⁹⁹.

Por fim, o último tipo – *expectation interest* – demonstra-se interligado ao cumprimento do esquema contratual. O objetivo central, nessa situação, é possibilitar que o lesado esteja em uma situação tão adequada quanto a que estaria se o contrato tivesse sido cumprido nos seus termos exatos. Em consonância com o asseverado pelos autores, pode-se demandar a contraparte requerendo o desempenho específico do que foi prometido ou pode-se pleitear uma indenização, levando ao pagamento de valor monetário equivalente a esse desempenho³⁰⁰.

As duas últimas categorias – interesse na confiança e interesse na expectativa – apresentam maior importância para o presente trabalho, especialmente, por estarem ligadas diretamente à fixação dos valores indenizatórios, bem como pela contraposição que se pode realizar com as tipologias do interesse contratual negativo e do interesse contratual positivo.

²⁹⁹ “The plaintiff has in reliance on the promise of the defendant changed his position. For example, the buyer under a contract for the sale of land has incurred expense in the investigation of the seller’s title, or has neglected the opportunity to enter other contracts. We may award damages to the plaintiff for the purpose of undoing the harm which his reliance on the defendant’s promise has caused him. Our object is to put him in as good a position as he was in before the promise was made. The interest protected in this case may be called the reliance interest”. FULLER, L. L.; PERDUE JR., William R.. The reliance interest in contract damages. **Yale Law Journal**, New Haven, Vol. 46, 1936, p. 54.

³⁰⁰ Nas palavras dos autores: “We may in a suit for specific performance actually compel the defendant to render the promised performance to the plaintiff, or, in a suit for damages, we may make the defendant pay the money value of this performance”. FULLER, L. L.; PERDUE JR., William R.. The reliance interest in contract damages. **Yale Law Journal**, New Haven, Vol. 46, 1936, p. 54.

Há uma relação muito próxima entre a noção *reliance interest* e o interesse contratual negativo. Ambas as considerações estão voltadas para a fixação de valores indenizatórios que permitam a reconstrução de um *status quo ante*, ou seja, parte-se da ideia de que deve ser recomposta a situação precedente, como se o negócio jurídico não tivesse sido entabulado. Os dois institutos, apesar das origens completamente distintas, têm o seu desenvolvimento atrelado a uma abstração da realidade vivenciada, que serve como base para a fixação dos consentâneos valores indenizatórios.

Por sua vez, o interesse contratual positivo apresenta grande afinidade com a concepção de *expectation interest*. Na utilização das duas locuções o que está em jogo é o interesse no cumprimento do acordo materializado entre as partes. Quando o objetivo de um contrato não é concretizado por culpa de qualquer das partes, os valores pagos a título de indenização devem representar o equivalente ao que se teria auferido se o conteúdo contratual tivesse sido adequadamente cumprido. A tutela ressarcitória – nas situações em que estão em jogo interesses desse tipo – deve se aproximar da conjuntura de ganhos que seriam concretizados se as correlatas obrigações contratuais tivessem sido adimplidas.

Identifica-se, desse modo, na utilização das locuções, apropriada tentativa de gerar bases para a fixação de valores indenizatórios em situações de danos contratuais. Sobre estes diferentes interesses verificados na teoria de Fuller e Perdue, Vítor Fernandes Gonçalves afirma que são “verdadeiras medidas de ressarcimento postas à disposição do julgador, ou mesmo das partes, que podem pedir a aplicação de qualquer um deles em seu favor”³⁰¹.

Nesse sentido, percebe-se que o grande ganho da teoria de Fuller e Perdue é deslocar o eixo de aplicação do termo interesse. Enquanto pensada nos ordenamentos de matriz romano-germânica, a fórmula interesse contratual negativo e interesse contratual positivo estava intimamente ligada à análise da validade ou invalidade de um contrato. Os desenvolvimentos teóricos dos autores norte-americanos permitiram uma expansão na aplicação das noções, abarcando outras formas de subsidiar o adequado *quantum* indenizatório. Sobre a questão, discorre Paulo Mota Pinto:

Especificamente quanto aos interesses relevantes para a indemnização, a exposição, designadamente, das noções de interesse positivo (*rectius*,

³⁰¹ GONÇALVES, Vítor Fernandes. **Responsabilidade civil por quebra de promessa**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 74.

“*expectation interest*”) e interesse na confiança (“*reliance interest*”), não como noções irremediavelmente contrapostas pela barreira da “eficácia” ou “validade” contratuais, antes estreitamente ligadas, e até sucedâneas uma da outra, é (e independentemente do acerto substancial desta última consideração sobre a relação entre ambos), sem dúvida, um traço inovador importante, que adquire relevo, designadamente em contraposição com a perspectiva europeia continental filiada na tradição de Jhering, onde, justamente, se supôs sempre que se estava perante conceitos opostos e inconciliáveis. Ligada com esta aproximação estava, por outro lado, a separação entre fundamento e medida da indemnização, em que poderiam intervir considerações diversas³⁰².

Assim, a construção teórica de Fuller e Perdue permitiu uma oxigenação na utilização das noções “interesse negativo” e “interesse positivo”, afastando a sua inserção apenas no campo da responsabilidade pré-contratual, designadamente nos problemas afetos à invalidade ou à ineficácia contratual. Essas bases lançadas pelos autores norte-americanos permitiram um novo enquadramento dado ao tema e até mesmo uma nova releitura sobre seus fundamentos, passando à concepção dos interesses em análise, como relações com situações jurídicas almejadas pela parte lesada.

4.1.2 Claudio Turco e o interesse negativo

As bases teóricas da responsabilidade pré-contratual, como analisado previamente, foram fundadas por Jhering e, desde a sua proposição, estavam atreladas ao conceito de interesse contratual negativo. A doutrina alemã posterior manteve o atrelamento na aplicação dos dois conceitos, restringindo, portanto, a identificação e a aplicação das duas noções. Haveria interesse negativo quando se estivesse diante de uma situação de invalidade contratual e haveria interesse positivo quando estivesse em jogo a validade de um contrato e a necessidade de se indenizar pelos ganhos que seriam auferidos com seu respectivo cumprimento.

De uma forma bastante original, o jurista italiano Claudio Turco buscou contrapor as construções teóricas tradicionais sobre responsabilidade contratual e interesse negativo, propondo uma inversão metodológica. Para o autor, a ênfase não deveria ser dada ao instituto da responsabilidade pré-contratual, mas, sim, ao conceito de interesse negativo e as suas

³⁰² PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 297.

implicações normativas³⁰³.

Claudio Turco critica a doutrina italiana da *culpa in contrahendo*, afirmando que a teoria de Jhering foi distorcida quando recepcionada pelo sistema italiano. A compreensão do conceito de interesse negativo se atrelou à responsabilidade pré-contratual, como resultado dos riscos da transposição, mais ou menos inconscientes, de um sistema jurídico a outro, de conceitos e soluções que, se são coerentes com o ordenamento no qual vieram a ser elaborados e operam, são bem menos se relacionados com o ordenamento para o qual são transferidos³⁰⁴.

O autor não concebe as expressões interesse negativo e interesse positivo como meras medidas para o cálculo de valores indenizatórios. De acordo com Turco, essa interpretação apresenta-se não consentânea com o pensamento de Jhering, que, segundo ele, demonstra conceber as acepções em análise como situações jurídicas, que podem vir a ser violadas³⁰⁵.

Nesse sentido, o autor passa a trabalhar a noção de interesse negativo, que é o fundamento de sua construção teórica. Em sua concepção, o interesse negativo seria concretizado na observância, na conduta de cada um dos agentes, de um comportamento diligente voltado a não estabelecer uma negociação improdutiva e prejudicial, marcada por uma invalidade ou por uma ruptura sem motivação³⁰⁶. Observa-se, por consequência, que o interesse negativo concretizaria uma situação jurídica tutelada pelo dever pré-contratual de boa-fé. O interesse negativo de um negociante é marcado pela ideia de exigência de uma situação jurídica, que, por sua vez, é marcada pela necessária submissão aos deveres acessórios exigidos no tráfego negocial.

Percebe-se no direcionamento dado pelo autor que a noção de interesse está atrelada à ideia de uma situação jurídica violada. Assim, os mecanismos de responsabilidade civil –

³⁰³ TURCO, Claudio. **Interesse negativo e responsabilità precontrattuale**. Milano: Giuffrè, 1990. p. 79.

³⁰⁴ TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella culpa in contrahendo, **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Vol. I, 2007. p. 166.

³⁰⁵ Cf. TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella culpa in contrahendo, **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Vol. I, 2007. p. 173.

³⁰⁶ No original: “L'interesse «negativo» atterrebbe all'osservanza ad opera di ciascun contraente di un comportamento diligente volto (no già alla fruizione della prestazione del contratto invalido o non concluso e di ciò che ad essa inerisce, bensì) a non allacciare una trattativa improduttiva e pregiudizievole, perchè sfociata in una stipula invalida o perchè interrotta”. TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella culpa in contrahendo, **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Vol. I, 2007. p. 174.

principalmente, a sua consequência indenizatória – serão utilizados quando um interesse, consubstanciado em uma situação jurídica tiver sido alvo de lesão. O referido raciocínio aproxima a concepção de Turco da clássica noção de que um dano materializa a lesão a um interesse. Nesse contexto, o interesse negativo corresponderia à situação jurídica desejável de comportamento das partes contratantes em consonância com a boa-fé objetiva. Surgindo qualquer prejuízo decorrente da não concretização desse comportamento, far-se-ia adequada a reparação civil.

Sobre a distinção entre os interesses, Claudio Turco afirma que interesse negativo e interesse positivo não seriam diferentes do ponto de vista qualitativo. Sua proposta é de que as referidas noções são distintas apenas no seu aspecto direcional³⁰⁷. Nas palavras do autor:

Ambos, de fato, traduzem qualitativamente uma pretensão devida, que, em caso de interesse negativo, não se relaciona, no entanto, direcionalmente com as vantagens ligadas à aquisição do bem ou da prestação objeto do acordo concebido e com a relativa utilização funcionalmente sucessiva à conclusão e execução do contrato (interesse positivo); porém, resolvendo-se inteiramente no comportamento conforme a boa-fé da contraparte, qual entidade ou bem, por si, idôneo a satisfazer o interesse tutelado, concerne às utilidades coligadas a um correto e diligente desenvolvimento da relação pré-negocial e essencialmente aferente à possibilidade (prejudicada pela violação da boa-fé) de uma utilização alternativa do bem ou da prestação e mais em geral dos outros “bens” (atividades, tempo, dinheiro) coenvolvidos na tratativa³⁰⁸.

Desse modo, percebe-se claramente que a proposição de interesse está ligada à proteção de uma determinada situação jurídica. Por um lado, as situações jurídicas que ensejam a materialização dos deveres oriundos da boa-fé objetiva configuram o interesse contratual negativo, ou seja, as partes têm o interesse no cumprimento dos deveres acessórios de conduta. Por outro, as situações jurídicas que transparecem a necessidade de se cumprir um programa contratual seriam correlatas ao interesse positivo, isto é, o interesse em auferir vantagens da conclusão e execução do contrato.

³⁰⁷ TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella culpa in contrahendo, **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Vol. I, 2007. p. 173.

³⁰⁸ No original: “Entrambi, infatti, si traducono qualitativamente in una pretesa giuridica ad un'altrui prestazione dovuta, che, in caso di interesse negativo, non attiene peraltro direzionalmente ai vantaggi connessi all'acquisizione del bene o della prestazione oggetto dell'accordo divisato ed alla relativa utilizzazione funzionalmente sucessiva alla conclusione ed esecuzione del contratto (interesse positivo); bensì, risolvendosi interamente nel contegno conforme a buona fede della controparte, quale entità o bene de per sé idoneo a soddisfare l'interesse tutelato, concerne le utilità collegate ad un corretto e diligente svolgimento del rapporto prenegoziale e essenzialmente afferenti alla possibilità (pregiudicata dalla violazione della buona fede) di una utilizzazione alternativa del bene o della prestazione e, più in generale, degli altri “beni” (attività, tempo, denaro) coinvolti nella trattativa”. TURCO, Claudio. **Interesse negativo e responsabilità precontrattuale**. Milano: Giuffrè, 1990. p. 282.

Verifica-se no pensamento de Turco uma completa mudança de perspectiva. O interesse negativo e o interesse positivo deixam de ser utilizados como medidas para ponderação de ressarcimento em diferentes situações, para se configurarem como situações jurídicas tuteladas pelo direito que podem vir a ser abaladas, em razão da ocorrência de um dano. Enquanto a literatura jurídica desenvolvida depois de Jhering aborda a fórmula do interesse voltando-se para o futuro, como medida de quantificação de ressarcimento, a teoria de Turco vê o interesse como a situação jurídica abalada por um dano, ou seja, tem o foco localizado no que já se passou.

Sobre o ressarcimento de uma lesão ao interesse negativo, o jurista italiano apoia-se na necessidade de reparação do inteiro prejuízo vivenciado, não sendo previstos limites sobre o plano quantitativo³⁰⁹. Assim, como a categoria do interesse negativo não corresponde a uma medida de indenização, quando uma parte viola qualquer dever de comportamento, oriundo da boa-fé objetiva, ela deverá arcar com todos os prejuízos propiciados pela sua ação ou omissão, sem que existam balizas apriorísticas para limitar o que será indenizado.

No que concerne às situações de contrato inválido em decorrência do erro, Turco aponta que a forma como a matéria encontra-se positivada no §122 do BGB³¹⁰ consagra uma limitação quantitativa da indenização, uma vez que dispõe que a importância a ser paga não poderá ser superior ao montante que poderia ser auferido com a validade da declaração³¹¹. No entanto, de acordo com o autor, a referida categoria de responsabilidade pré-contratual é dotada de características próprias³¹² e não pode induzir a uma generalização ao inteiro âmbito da *culpa in contrahendo*³¹³, como atualmente se identifica. Logo, apontada essa exceção, a regra geral é a de que não existe um limite pré-estabelecido para que se opere o ressarcimento de um dano pré-contratual.

³⁰⁹ TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella culpa in contrahendo, **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Vol. I, 2007. p. 182.

³¹⁰ § 122 **Liability in damages of the person declaring avoidance** - If a declaration of intent is void under section 118, or avoided under sections 119 and 120, the person declaring must, if the declaration was to be made to another person, pay damages to this person, or failing this to any third party, for the damage that the other or the third party suffers as a result of his relying on the validity of the declaration; but not in excess of the total amount of the interest which the other or the third party has in the validity of the declaration.

³¹¹ TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella culpa in contrahendo, **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Vol. I, 2007. p. 183.

³¹² Sobre as peculiaridades: Cf. TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella culpa in contrahendo, **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Vol. I, 2007. p. 186.

³¹³ TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella culpa in contrahendo, **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Vol. I, 2007. p. 187.

Analisando a construção teórica empreendida por Claudio Turco, Paulo Mota Pinto apresenta algumas importantes considerações críticas. A seguinte passagem, de certo modo, aponta os principais pontos frágeis do desenvolvimento teórico de Turco:

Tal concepção, para além de manter a noção de interesse negativo limitada a uma responsabilidade por violação de deveres *pré-contratuais* – como se vê pela impossibilidade da sua extensão, por exemplo, à indemnização em caso de resolução por não cumprimento –, apenas pode ter aplicação à responsabilidade que resulta de comportamentos ilícitos – isto é, a responsabilidade *por violação de deveres*. A expressão “interesse negativo” é normalmente empregue na jurisprudência e na doutrina para designar, não hipóteses ou previsões diversas de responsabilidade, mas consequências jurídicas (em particular, medidas indemnizatórias) diversas, em resultado de eventos lesivos, como revela, por exemplo, o facto de a distinção ser também aplicada quando também não está em causa a violação de deveres pré-contratuais de boa fé, mas, por exemplo, para caracterizar o alcance da indemnização em caso de resolução do contrato por não cumprimento³¹⁴.

Assim, apesar do valor da construção teórica de Claudio Turco e de sua tentativa de abrandar a dicotomia existente entre o interesse negativo e o interesse positivo, o precipitado rompimento com as noções tradicionais encontradas no ambiente da *civil law* não permite a consecução de novos desdobramentos para a solução dos problemas referentes ao *quantum indenizatório*. Qualificar o interesse negativo e o interesse positivo como hipóteses de dano – e não como instrumentos para auxiliar a definição do ressarcimento dos prejuízos sofridos – em nada acrescenta à prática do direito civil atualmente vivenciada.

4.2 Atuais fundamentos para a distinção entre interesse negativo e interesse positivo

Antes de iniciar o exame da atual fundamentação existente na contraposição entre o interesse contratual negativo e o interesse contratual positivo, demonstra-se imprescindível abordar a necessidade de afastamento do emprego das expressões “danos negativos” e “danos positivos”, com aplicação idêntica à das noções ora trabalhadas. Essa orientação é seguidamente repetida por alguns autores, que aproximam a noção de dano à noção de interesse, sem se ater às especificidades que envolvem o uso de cada um dos termos.

Na Itália, a referência é bastante comum podendo ser identificada, por exemplo, em

³¹⁴ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 517.

Adriano De Cupis³¹⁵ ou Alberto Sagna³¹⁶. Na Ciência Jurídica portuguesa, esta é a direção adotada, por exemplo, por Fernando de Sandy Lopes Pessoa³¹⁷, por Ana Prata³¹⁸ e Mário Júlio de Almeida Costa³¹⁹. A título de exemplo, este último autor assevera que “a indemnização do *dano positivo* destina-se a colocar o lesado na situação em que se encontraria se o contrato fosse cumprido [...] ao passo que a indemnização do *dano negativo* tende a repor o lesado na situação em que estaria se não houvesse celebrado o contrato, ou mesmo iniciado as negociações com vista à conclusão do contrato”³²⁰.

É imperioso, no entanto, que sejam afastadas as utilizações das expressões “dano negativo” e “dano positivo”, pois podem vir a provocar eventuais confusões de ordem hermenêutica, além de não traduzirem a correta significação ligada às categorias dos interesses. A título de exemplo, Hans Albrecht Fischer utiliza a designação “dano positivo” como um sinónimo para danos emergentes (*damnum emergens*)³²¹. Verifica-se, assim, que a alusão a danos negativos ou positivos não consagra técnica jurídica adequada, podendo, inclusive, levar o intérprete a inconformidades na aplicação do direito. Nesse sentido, são acertadas as palavras de Paulo Mota Pinto:

Não consideramos feliz, em primeiro lugar, o emprego dos termos “danos negativos” / “danos positivos” para designar a contraposição entre o interesse contratual negativo e o interesse contratual positivo, aplicada à noção de prejuízo, ou dano, e como generalizada além do domínio contratual. [...] Não só prestam a uma confusão com a distinção entre os *danos emergentes* e os *lucros cessantes*, como não é propriamente o *dano* que é “positivo” ou “negativo”: enquanto perda ou prejuízo, o dano patrimonial tem sempre uma expressão numérica negativa, caso contrário não é dano, mas sim ganho ou proveito. [...] Nesse sentido, afigura-se mais correcto falar do dano ou prejuízo “correspondente ao interesse positivo” ou ao interesse negativo³²².

Percebe-se, desse modo, a inadequação contida na referida concepção, levando a sua não acomodação na teoria geral da responsabilidade civil. Não há que se falar em um dano negativo ou um dano positivo, devido ao fato de que qualquer dano transparece uma

³¹⁵ DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1946. p. 174.

³¹⁶ SAGNA, Alberto. **Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale**. Milano: Giuffrè, 2004. p. 12.

³¹⁷ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 380.

³¹⁸ PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 166.

³¹⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1994. p. 501.

³²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1994. p. 501.

³²¹ FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 47.

³²² PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 857.

diminuição dentro da esfera de titularidade de um sujeito.

Passando para a efetiva análise dos atuais fundamentos para a distinção e aplicação do interesse negativo e do interesse positivo, é imprescindível a identificação da afinidade existente entre as referidas noções e o problema da quantificação de valores indenizatórios. A responsabilidade civil por danos surgidos em decorrência de alguma contingência de ordem contratual deve estar pautada na valoração dos mencionados interesses.

Nesse sentido, os instrumentos de responsabilidade civil, postos em um ordenamento jurídico, estão voltados, fundamentalmente, à reparação dos sujeitos que sofrem danos em suas esferas de titularidade. Essa reparação é, na maior parte dos casos, traduzida por meio da fixação de um valor pecuniário que permita o ressarcimento ou a compensação dos prejuízos sofridos, isto é, uma indenização. No entanto, o cálculo dos valores indenizatórios não é uma tarefa fácil, demandando do aplicador do direito uma sensibilidade aliada a uma ajustada técnica jurídica. Adriano De Cupis apresenta importantes considerações sobre a tarefa de delimitar o *quantum respondeatur*:

Em verdade, se importante é a solução do problema relativo aos pressupostos da responsabilidade (*an respondeatur*), relativo à determinação, isto é, das hipóteses em que o ônus do dano deve ser transferido mediante obrigação ressarcitória do lesado a outro sujeito (responsável), não menos importante é resolver o ulterior problema relativo ao *quantum* do dano a por a cargo do responsável, relativo à gravidade da responsabilidade. Para fins de justiça, a adequada solução do segundo problema urge tanto quanto aquela do primeiro: o *iter* da justiça é percorrido só até a metade, quando se é determinada a existência do dever de ressarcimento e não ainda o conteúdo desse dever; e a adequada dose de tal conteúdo exige uma sensibilidade jurídica e uma prudência não menor que aquela requerida para a determinação daquela existência³²³.

É facilmente averiguável que o referido problema é ampliado nas hipóteses em que se verifica a ocorrência de um dano moral. Em razão da impossibilidade de se restabelecer o denominado *status quo ante*, verifica-se uma imensa disparidade na fixação das indenizações.

³²³ No original: “In verità, se importante è la soluzione del problema circa i presupposti della responsabilità (*an respondeatur*), circa la determinazione, cioè, delle ipotesi in cui l’onere del danno dev’essere trasferito mediante l’obbligazione risarcitoria dal danneggiato ad altro soggetto (responsabile), non meno importante è risolvere l’ulteriore problema circa il *quantum* di danno da porre a carico del responsabile, circa la gravità della responsabilità. Ai fini di giustizia, la retta soluzione del secondo problema urge quanto quella del primo: l’iter della giustizia è percorso solo a metà, quando si è accertata l’esistenza dell’obbligo di risarcimento e non ancora l’entità di quest’obbligo; ed il retto dosaggio di tale entità esige una sensibilità giuridica ed una prudenza non minore di quella richiesta per l’accertamento di quella esistenza”. DE CUPIS, Adriano. Il problema giuridico del “*quantum respondeatur*”. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano XIII, Parte I, 1967. p. 516.

Assim, dois eventos danosos de natureza similar podem encontrar, junto ao Poder Judiciário, tutelas ressarcitórias bastante diferentes, sem falar do crescente aumento do número de situações fáticas que, atualmente, dão ensejo à responsabilidade civil, concretizando o fenômeno conhecido por “indústria do dano moral” ou por “banalização do dano moral”³²⁴.

A contenda da fixação de valores indenizatórios não está, no entanto, adstrita apenas às hipóteses de dano moral. Percebe-se que se trata de uma dificuldade geral, uma vez que as normas de nosso ordenamento jurídico não apresentam parâmetros sólidos para a atuação e o desempenho de nossa jurisprudência. Desse modo, questões ligadas à delimitação de quais são os danos indenizáveis ou aos limites de ponderação dos lucros cessantes ou, mesmo, ao ressarcimento dos custos de oportunidade são normalmente tratadas sem qualquer técnica jurídica, estando baseadas apenas na percepção do órgão julgador.

No campo da responsabilidade civil pré-contratual é possível verificar uma idêntica ausência de parâmetros na valoração das indenizações. Não restam dúvidas de que a responsabilidade pelos danos ocorridos no período de formação de um contrato existe e é merecedora de tutela jurídica. No entanto, a forma como deve operar essa proteção, com a necessária baliza para a fixação do *quantum* indenizatório, é problema para o qual ainda não se encontra resposta unívoca em nossa literatura jurídica.

Como visto, Jhering, em sua obra sobre a *culpa in contrahendo*, distinguiu o interesse negativo do interesse positivo, com fundamento na validade ou invalidade da negociação. Como a sua construção estava voltada para a tentativa de fundamentar a necessidade de ressarcimento de danos na fase pré-contratual, a noção de interesse negativo acabou por ser mais trabalhada pela doutrina que se seguiu. Segundo o autor, como não seria possível requerer a execução (interesse positivo) de um contrato inválido, fazia-se necessária a proteção da parte prejudicada pela declaração de nulidade, restabelecendo o seu *status* para a situação em que estaria se não houvesse pactuado a convenção viciada³²⁵.

O interesse negativo e o interesse positivo autonomizaram-se enquanto categorias

³²⁴ Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 111; TARTUCE, Flávio. **Direito civil** – Vol. 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 394.

³²⁵ Cf. JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 13.

próprias de direito, dando ensejo a novos enquadramentos, desvinculados do binômio validade-invalidade. A fórmula-par passa então a ser refletida enquanto subsídio apto a fornecer parâmetros que permitam ao aplicador do direito a fixação de valores indenizatórios. Nesse contexto, a distinção entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo passa a ter um importante papel para a delimitação do valor a ser pago a título de indenização. Seguindo a construção teórica de Jhering, parte da doutrina passou a compreender que os danos causados em sede de responsabilidade pré-contratual deveriam ser ressarcidos nos limites do interesse contratual negativo. Esse posicionamento pode ser identificado, inclusive, na doutrina brasileira. De acordo com Darcy Bessone:

Admitido que a indenização não encontra o seu fundamento no contrato, mas somente na declaração unilateral, deve compreender apenas o chamado interesse negativo, isto é, os prejuízos sofridos pelo destinatário em consequência das iniciativas que tiver tomado por confiança na oferta. Não compreenderá, portanto, as vantagens que o contrato lhe proporcionaria, porque o descumprimento não é obrigação contratual, e terá por escopo somente o restabelecimento do estado anterior, colocando o destinatário nas mesmas condições em que se acharia se a proposta não lhe houvesse sido dirigida. Assim, além do reembolso das despesas, pagar-lhe-á o correspondente aos lucros que houver deixado de auferir, por não haver vendido a coisa por preço mais favorável, corrente ao tempo da proposta, ou aos prejuízos feitos ao se preparar para aceitá-la³²⁶.

Como assentado em capítulo anterior, interesse e reparação não são noções sinônimas, apresentando, no entanto, um caráter de complementaridade. Desse modo, o interesse seria a via para restabelecer a situação jurídica do lesado, isto é, a relação entre o lesado e a situação em que ele deveria estar se o dano não tivesse ocorrido. Esse interesse pode ser qualificado como negativo ou positivo, a depender da melhor forma de reparar o prejudicado.

Pontes de Miranda aborda o conteúdo do interesse negativo, dispondo que “o interêsse negativo consiste no que teria sido a situação do indenizando, se a manifestação de vontade do indenizante tivesse entrado no mundo jurídico tal como esperara o indenizando, ou tivesse entrado e tivesse sido válida, tendo-se cumprido numa ou noutra espécie, as obrigações resultantes”³²⁷. Para o autor, os seguintes danos deveriam ser computados sob a perspectiva do interesse negativo:

Entram por exemplo no interêsse negativo: os gastos para a conclusão do contrato, ou para a prática do ato a que se referisse a promessa do

³²⁶ BESSONE, Darcy. **Do contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 133.

³²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 90.

indenizante; os desembolsos devidos à crença em que o ato *entrara* no mundo jurídico, ou *entrara e valia* (não assim o que se gastou nos preliminares, minuta ou punctação do ato, quando ainda podia não se concluir), inclusive para formalidades registárias ou quaisquer atos necessários à eficácia ou cumprimento, e os relativos a aquisições ou disposições que resultariam do ato em que se confiou, se justificados; o custo a mais da aquisição que se teria realizado com o indenizante; o dano à coisa que o indenizado entregara ao indenizante [...]; todo dano que o adquirente da coisa sofreu, devido à posse ou à devolução. Se a coisa ia ser vendida por um preço maior e a anulação o impede, tem-se de computar êsse lucro impedido³²⁸.

Apesar de ater-se ao problema da invalidade contratual, percebe-se um apurado incremento na conceituação proposta por Pontes de Miranda, ao estabelecer o interesse negativo como uma situação jurídica em que estaria o sujeito a ser indenizado. Os elementos que o autor elenca como necessários ao cômputo da indenização têm uma relação direta com o *status* que se pretende recompor. Por conseguinte, observa-se que a distinção entre as duas expressões não está na qualificação do dano, na extensão ou tipo de bem jurídico tutelado. Contrariamente, a diferença localiza-se na configuração da situação jurídica que dará ensejo às consequências indenizatórias.

Angelo Luminoso afirma que as expressões não indicam específicas tipologias de interesses protegidos, mas representam fórmulas descritivas do conteúdo econômico da tutela ressarcitória³²⁹. Esse conteúdo econômico, no entanto, só pode ser extraído se for tomada, por parâmetro indenizatório, uma determinada situação jurídica que se objetiva recompor. Se, por um lado, a situação jurídica a ser recomposta revelar-se como a situação em que estava o lesado anteriormente ao evento lesivo, está-se diante do interesse contratual negativo. Por outro, quando a situação jurídica a ser remanejada centrar-se no efetivo cumprimento das obrigações contratuais, concretiza-se o interesse contratual positivo³³⁰.

³²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 91.

³²⁹ “Le espressioni *interesse contrattuale negativo* e *interesse contrattuale positivo* non indicano specifiche tipologie di interessi normativamente protetti, ma rappresentano semplici formule descrittive del contenuto economico della tutela risarcitoria degli interessi giuridicamente protetti che risultano lesi, nei singoli casi, dalle figure di illecito che ho descritto”. LUMINOSO, Angelo. La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile. **Contratto e impresa**. Padova. Vol. 3. 1988. p. 802.

³³⁰ Seguindo a mesma premissa, afirma Paulo Mota Pinto: “A expressão “interesse contratual negativo” é normalmente empregue na jurisprudência e na doutrina para designar não hipóteses ou previsões diversas de responsabilidade, mas consequências jurídicas (em particular, medidas indemnizatórias) diversas, em resultado de eventos lesivos, como revela, por exemplo, o facto de a distinção ser também aplicada quando não está em causa a violação de deveres pré-contratuais de boa fé, mas, por exemplo, para caracterizar o alcance da indemnização em caso de resolução do contrato por não cumprimento”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 518.

A referida construção teórica está em consonância com a crescente importância dada à noção de situação jurídica. De acordo com Pietro Perlingieri, “o efeito é o instrumento de avaliação do agir humano entendido segundo categorias. O conceito de tais categorias é a situação jurídica. O efeito é, portanto, um conjunto simples ou complexo de constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas”³³¹. No referido contexto, nas conjecturas de dano *in contrahendo*, concretiza-se uma situação jurídica que se pretende constituir em razão da ocorrência de um fato lesivo à esfera de titularidade de um sujeito. Utilizando novamente as palavras de Perlingieri, “a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico”³³². Desse modo, reconhece-se à parte lesada a possibilidade de recompor uma situação que traduza o seu interesse negativo ou o seu interesse positivo.

Ao encerrar o primeiro volume de sua obra, Paulo Mota Pinto caminha para uma importante conclusão conceitual:

No final deste trajecto, apurámos que podíamos, distinguindo-o do dano, aceitar uma concepção do “*interesse*” em causa no “interesse contratual negativo” e no “interesse contratual positivo” como a *situação em que estaria o lesado sem o evento lesivo*, situação essa, que é “construída” fundamentalmente pela adição de um elemento positivo ou pela abstracção de algo que aconteceu, isto é, pela consideração de elementos negativos. Embora mais rigorosamente o “interesse” seja antes a *relação* entre o lesado e tal situação em que estaria sem o evento lesivo, tal relação confunde-se com um dos seus termos na aplicação dos qualificativos “positivo” ou “negativo”, relativos à determinação desse termo (diversamente do que acontece quando se fala de “interesse em” algo, como “na confiança” ou “no cumprimento”)³³³.

Percebe-se que Paulo Mota Pinto sutilmente caminha para um posicionamento mais rigoroso, apresentando também o interesse como a *relação* com a situação que se pretende recompor pela via indenizatória. O que importa, entretanto, é ter como elemento central, na distinção entre as categorias interesse negativo e interesse positivo, a configuração de uma situação jurídica patrimonial e pessoal que se pretende “construir” pela via indenizatória. É essa noção modernizada que permite os novos enquadramentos da responsabilidade civil pré-contratual.

³³¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 105.

³³² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 106.

³³³ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 847.

Logo, diante de um dano ocorrido na fase de formação do contrato, para a solução das questões ligadas ao justo ressarcimento, faz-se uso das noções de interesse negativo e interesse positivo. Os termos construídos por Jhering – e, hoje, dotados de autonomia – devem ser tomados como situações jurídicas que balizam a fixação do *quantum* indenizatório. Por meio da ponderação sobre qual situação deve se aproximar o ressarcimento, permite-se uma valoração mais consentânea com os reais prejuízos vivenciados pela parte lesada. Essa atual compreensão das categorias em exame dá ensejo a novos enquadramentos jurídicos, que redundam em uma ampliação no emprego da fórmula-par, que será abordada no próximo item do presente trabalho.

4.3 Ampliação do emprego da fórmula-par interesse negativo e interesse positivo

A identificação de uma lesão que propicie uma indenização ponderada entre o interesse contratual negativo e o interesse contratual positivo não é matéria pacífica na ciência do direito. Percebe-se, no entanto, um gradual incremento dos estudos relativos ao tema, ligados a uma tentativa de fornecer maior segurança jurídica na fixação do *quantum* indenizatório em uma série de situações. Não se trata, atualmente, de uma utilização baseada apenas na invalidade contratual, identificando-se construções doutrinárias que fizeram com que o tema fosse aprofundado e levado para outras hipóteses de dano contratual.

Observa-se, desse modo, que o desenvolvimento teórico do que se compreende por interesse negativo e interesse positivo permitiu uma sucessiva ampliação no uso das expressões. O atual entendimento dos termos como situações jurídicas a serem recompostas por meio da fixação de valores indenizatórios permitiu, por sua vez, um pontual avanço de sua utilização para outros campos em que se verificava a necessidade de apuração de valores reparatórios. Optou-se, aqui, por dividir essas novas abordagens em três momentos distintos. Primeiramente, demonstra-se a formulação original adstrita apenas ao contraste existente entre validade e invalidade contratual. Em um segundo momento, verifica-se um avanço que permitiu ser realizada a análise de variadas contingências vivenciadas na fase de formação do contrato. E, por fim, a ampliação da utilização, por alguns autores, das noções de interesse negativo e interesse positivo, tratando-as como formas de sopesamento das indenizações também nos casos de inadimplemento contratual.

4.3.1 Primeiro momento: interesse negativo e invalidade contratual

Como repetidamente assinalado, Jhering, ao desenvolver a sua obra sobre a responsabilidade pré-contratual, fundou as noções de interesse contratual positivo e interesse contratual negativo, estabelecendo que o primeiro tem como fundamento a validade da avença, enquanto o segundo tem como pressuposto a invalidade contratual³³⁴. O próprio título da obra – *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição* – acaba por delimitar um campo específico de aplicação dos elementos ali trabalhados.

Demonstra-se importante compreender que, no momento em que a obra de Jhering era desenvolvida, a Ciência Jurídica não trabalhava a existência de vinculação durante as negociações preliminares. Trata-se de uma ótica alinhada a uma perspectiva liberal de contrato, em que a liberdade negocial alcança o patamar de máxima jurídica. Neste contexto, até que as partes tivessem efetivamente se manifestado no sentido de cumprir um pacto, não haveria um vínculo entre elas, pois a liberdade, nesse momento de formação do negócio jurídico, estava centrada na escolha por contratar ou não contratar.

O trabalho de Jhering tem, assim, a sua originalidade localizada justamente nessa quebra de perspectiva, buscando fundamentar uma hipótese de responsabilidade contratual, ainda que o contrato não fosse considerado como dotado de perfeição. Como consequência dessa inédita teorização, as construções doutrinárias que se seguiram tenderam a reduzir o uso das expressões ao que estava originalmente concebido, mesmo porque não havia uma densa construção jurídica sobre a boa-fé objetiva, que, como visto, é pedra basilar para os atuais desdobramentos da responsabilidade pré-contratual.

Ainda, hoje, é possível identificar na doutrina alguns autores que trabalham sob a referida correlação entre interesse negativo e invalidade e interesse positivo e validade. Nesse sentido, por exemplo, são as considerações de Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge, para quem:

Os prejuízos positivos são os que derivam do não cumprimento do contrato (ou melhor, das obrigações contratuais); os prejuízos negativos (ou interesse

³³⁴ JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 13.

contratual negativo) são os que derivam de se ter celebrado um contrato inválido ou que veio retroactivamente a perder eficácia. A indemnização dos primeiros tende a colocar o lesado na situação que teria se o contrato tivesse sido cumprido; a indemnização dos segundos visa colocar o lesado na situação que teria se o contrato não tivesse sido celebrado. Isto explica que os danos negativos só surjam nos casos de contratos *ab initio* inválidos ou que vieram a perder *ex tunc* a sua eficácia, ou seja, designadamente, no domínio da *culpa in contrahendo* e da rescisão dos contratos sinalagmáticos por incumprimento da outra parte, quando essa rescisão tenha efeito retroactivo³³⁵.

A teorização de Fernando Pessoa Jorge trabalha na perspectiva do dano-interesse, ou seja, o interesse negativo e o interesse positivo corresponderiam a tipologias diversas de danos. Não obstante essa opção, o autor acaba por seguir o postulado de Jhering, ao afirmar que os prejuízos negativos derivam do contrato inválido ou ineficaz, enquanto os prejuízos positivos decorrem do não cumprimento de um contrato válido. Esse tipo de elaboração, entretanto, perde força, em decorrência justamente do fato de que se pode compreender os aludidos interesses não como danos, mas como parâmetros para a fixação de consentâneos valores indenizatórios.

4.3.2 Segundo momento: interesse negativo e responsabilidade pré-contratual

A relação perene entre invalidade contratual e interesse negativo começou a ser seguidamente desconstruída. Como visto, após a publicação de seu trabalho, Jhering recebeu inúmeras críticas, centradas, principalmente, na maneira como fundamentou a sua proposição nas fontes romanas. Com o desenvolvimento da Ciência Jurídica germânica não mais tangenciado pelo direito romano, observa-se o florescer de novas construções que aproveitaram o pensamento do autor e, inclusive, ampliaram o campo de aplicação das referidas fórmulas, abrangendo todo o período de formação do contrato. Sobre o alargamento das noções e aplicações, assevera Francesco Benatti:

Demonstrou-se precedentemente que pode haver *culpa in contrahendo* não somente em relação às hipóteses de estipulação de um contrato inválido, mas também quando se concluiu um negócio válido, ou não se chegou a acordo algum por se interromperem as negociações. Se isto é verdade, há que fazer a primeira correcção à teoria do interesse negativo formulada por Jhering, ou seja, não é certo que o critério distintivo entre interesse negativo e interesse positivo consiste em que o primeiro pressupõe a invalidade do contrato e o

³³⁵ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 380.

segundo a validade³³⁶.

Desse modo, a intrínseca relação entre invalidade contratual e interesse negativo começa a ser desconstruída, em decorrência de um alargamento no uso da segunda acepção. Identifica-se, por consequência o surgimento de uma nova interconexão, agora, entre a responsabilidade pré-contratual e o interesse negativo. Nesse sentido, diante de uma lesão ocorrida na fase de formação do contrato, a solução para tanto, do ponto de vista indenizatório, deveria perpassar pela análise do interesse contratual negativo.

Um dos principais teóricos responsáveis pela extensão da responsabilidade pré-contratual – e, por consequência, da ponderação do interesse negativo – foi o italiano Gabriele Faggella. Em uma monografia em que aborda a questão do período pré-contratual, publicada em 1906³³⁷, o mencionado autor buscou identificar outras hipóteses de imputação de responsabilidade civil, não mais adstritas somente à invalidade contratual. Sua construção científica avançou em defesa da necessidade de se proteger as partes que, acreditando em um projeto contratual, veem-se frustradas pela abrupta e injustificada ruptura das negociações preliminares.

Apesar de não se referir expressamente ao interesse contratual negativo, Faggella afirma que o ressarcimento é limitado às despesas efetivas e ao custo real dos trabalhos preparatórios pré-contratuais³³⁸. Os perímetros indenizatórios elaborados pelo autor acabam por trazer, em seu conteúdo, a ideia do que, até então, se entendia por interesse contratual negativo, sem abarcar, no entanto, os denominados lucros cessantes. Por conseguinte, alguns autores italianos que se seguiram a Faggella no tratamento dado ao tema acabaram por identificar a necessidade de aplicação da noção de interesse contratual negativo às variadas hipóteses de responsabilidade pré-contratual³³⁹. Angelo Luminoso destaca a existência de alguns doutrinadores que encontram na expressão interesse contratual negativo uma relação

³³⁶ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 167.

³³⁷ FAGGELLA, Gabriele. Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. **Studi giuridici in onore di Carlo Fadda**. Vol. III. Napoli: Luigi Pierro Editore, 1906.

³³⁸ “Il risarcimento è limitato alle spese effettive e al costo reale del lavoro preparatorio antecontrattuale, necessario all’esplicamento delle trattative e alla elaborazione del progetto, e fino al punto dove sia giunto il consenso del recedente”. FAGGELLA, Gabriele. Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. **Studi giuridici in onore di Carlo Fadda**. Vol. III. Napoli: Luigi Pierro Editore, 1906. p. 304.

³³⁹ Nesse sentido, afirma Angelo Luminoso que LUMINOSO, Angelo. La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile. **Contratto e impresa**. Padova. Vol. 3. 1988. p. 793.

direta e única com a responsabilidade pré-contratual. Discorre o autor:

Segundo a concepção dominante, diria quase unânime, existiria uma perfeita coincidência entre lesão do interesse contratual negativo e responsabilidade pré-contratual. Comumente, acredita-se, de fato, que entre esses institutos subsista uma correspondência biunívoca: por um lado, todos os ilícitos pré-contratuais dariam lugar ao ressarcimento do dano negativo, e, por outro lado, a relevância da lesão ao interesse contratual negativo poderia ser apreciada exclusivamente no âmbito da *culpa in contrahendo*. Em definitivo, o interesse negativo vem habitualmente considerado como elemento fisionômico e exclusivo do ilícito pré-contratual³⁴⁰.

São também, nesse sentido, as proposições de Mário Júlio de Almeida Costa – apesar de atinentes somente ao rompimento das tratativas – para quem “a responsabilidade pré-contratual, por ruptura das negociações preparatórias, actua nos limites do interesse negativo, em vez de connexionar-se com o interesse positivo”³⁴¹. Essas novas proposições, que ampliaram as ponderações de indenização baseadas na fórmula dos interesses, apesar de concretizarem um avanço teórico, acabaram por inserir o interesse negativo em uma nova redoma, reduzindo o seu âmbito de aplicação aos problemas da fase de formação do contrato. Tradicionalmente, ainda hoje, acredita-se que em matéria de responsabilidade pré-contratual o ressarcimento deva estar contido nos limites do interesse negativo³⁴². No entanto, a referida interligação começa a ser quebrada, pois se verificou, por um lado, que alguns autores começaram a ponderar a possibilidade de resolver problemas pré-contratuais também tendo por base o interesse positivo³⁴³ e, por outro, observou-se o surgimento de construções jurídicas defendendo a ponderação do interesse negativo também em situações marcadas pelo inadimplemento contratual³⁴⁴.

Não se demonstra difícil evidenciar que as antes inafastáveis correlações entre

³⁴⁰ No original: “Secondo la concezione dominante, direi quasi incontrastata, esisterebbe una perfetta coincidenza fra lesione dell’interesse contrattuale negativo e responsabilità precontrattuale. Solitamente si ritiene, infatti, che fra queste due entità sussista una corrispondenza biunivoca: per un verso, ogni illecito precontrattuale darebbe luogo al risarcimento del c.d. danno negativo, e, per altro verso, la rilevanza della lesione dell’interesse contrattuale negativo potrebbe apprezzarsi esclusivamente nell’ambito della culpa in contrahendo. In definitiva, l’interesse negativo viene abitualmente considerato elemento fisionomico ed esclusivo dell’illecito precontrattuale”. LUMINOSO, Angelo. La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile. **Contratto e impresa**. Padova. Vol. 3. 1988. p. 793.

³⁴¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 74.

³⁴² “Tradizionalmente si ritiene che in matéria di responsabilità precontrattuale il risarcimento debba essere contenuto nei limiti dell’interesse negativo”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il *quantum*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 487.

³⁴³ Cf. LUMINOSO, Angelo. La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile. **Contratto e impresa**. Padova. Vol. 3. 1988. p. 793.

³⁴⁴ Cf. LUMINOSO, Angelo. La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile. **Contratto e impresa**. Padova. Vol. 3. 1988. p. 793.

interesse contratual negativo e responsabilidade pré-contratual passam a ser questionadas, assim como a pretensa resolução de todas as contingências do inadimplemento contratual, tomando por base o interesse contratual positivo.

4.3.3 Terceiro momento: interesse negativo e inadimplemento contratual

A ponderação entre interesse negativo e interesse positivo, em momento posterior, revelou novos contornos, não estando ligada simplesmente aos danos surgidos na fase pré-contratual. Os problemas relativos ao inadimplemento contratual, por exemplo, passaram a ser também sopesados sob a perspectiva da aplicação das referidas noções. Em certa medida, como visto, a teorização da *common law* em torno das noções de *reliance interest* e *expectation interest* permitiu o alargamento da utilização da fórmula-par interesse negativo e interesse positivo. Como as conjecturas de Fuller e Perdue não estavam aderidas ao conceito de responsabilidade pré-contratual, mas, sim, ao conceito de responsabilidade contratual como um todo, abriu-se espaço para que também fosse proposta a aplicação das noções a outros momentos de vivência do contrato³⁴⁵.

Quando se está diante de uma situação de inadimplemento contratual, é possível que sejam configurados perdas e danos passíveis de serem indenizados. Essa é a inteligência do próprio art. 389 do Código Civil brasileiro, que dispõe que “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”. Ou seja, além do próprio inadimplemento, a parte pode sofrer outros prejuízos, que devem ser imputados ao devedor faltoso.

A mesma compreensão pode ser retirada, por exemplo, do ordenamento jurídico italiano, que prevê, em seu art. 1453, que “nos contratos com prestações recíprocas, quando um dos contraentes não adimplir as suas obrigações, o outro pode, a sua escolha, exigir o adimplemento ou a resolução do contrato, ressalvando-se, em ambos os casos, o

³⁴⁵ Sobre este ponto, afirma Paulo Mota Pinto: “A autonomia da indemnização pelo *reliance interest* em relação à responsabilidade pré-contratual resulta, pois, da própria elaboração do conceito no direito estado-unidense, diversamente do que acontece na Europa, onde o interesse negativo tendeu, durante muito tempo, a ser imediatamente associado à responsabilidade pré-contratual”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 289.

ressarcimento pelas perdas e danos³⁴⁶.

As primeiras ponderações relativas ao alcance de perdas e danos, em situações de inadimplemento obrigacional, tendiam a restringir o ressarcimento ao correspondente ao interesse contratual positivo. Nesse sentido, quando ocorresse a resolução de um termo contratual, deveriam ser indenizados os ganhos que seriam auferidos com aquele negócio jurídico frustrado. Pautando-se em um exemplo prático, se A e B pactuassem um contrato de compra e venda em que A deveria entregar a B cinco toneladas de laranja, sendo entregues apenas quatro toneladas, nasceria o dever de indenizar a parcela inadimplida, qual seja uma tonelada. Os custos e gastos referentes ao interesse negativo (como, por exemplo, os gastos com a escrituração do contrato ou os juros referentes a um empréstimo tomado) não se revelavam como passíveis de ressarcimento, em razão de já serem previstos dentro da economia contratual.

No entanto, a Ciência Jurídica avançou na aplicação da fórmula-par, cogitando a possibilidade de uma indenização que correspondesse ao interesse negativo nas hipóteses de inadimplemento contratual, em detrimento do interesse positivo. Para alguns doutrinadores, em situações de inadimplemento poderia ser requerido *quantum* indenizatório que sanasse ambos os prejuízos sofridos pelo contratante que sofreu o inadimplemento, fossem eles correspondentes ao interesse positivo ou ao interesse negativo. Esses juízos teóricos não lograram êxito, tendo em vista que a parte inadimplente era duplamente prejudicada pelo mesmo fato. Se os gastos já eram previstos e compunham a própria economia contratual, não fazia sentido fixar uma indenização que os alcançasse conjuntamente com o equivalente aos ganhos que seriam auferidos. A parte que sofreu o inadimplemento receberia uma parcela que já era prevista como gasto intrínseco à contratação, gerando situação em que se caracterizaria o enriquecimento sem causa.

Desse modo, atualmente, verificam-se construções doutrinárias que aproximam o interesse contratual negativo da responsabilidade por inadimplemento, mas o fazem como via alternativa. Há um consenso com relação à impossibilidade de cumulação dos ressarcimentos por interesse negativo e por interesse positivo. No entanto, as reflexões que se põem estão

³⁴⁶ Art. 1453. Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto (1878, 1976, 2652), salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno (1223 e seguenti).

centradas na possibilidade de escolha da parte prejudicada, permitindo um juízo de ponderação entre o interesse negativo e o interesse positivo. Em algumas situações de inadimplemento contratual, seria justificável a fixação de uma indenização correspondente ao interesse negativo, retornando as partes para a situação em que estavam antes do contrato se aperfeiçoar. Nesse sentido, de acordo com Angelo Luminoso, nas hipóteses de resolução por inadimplemento, abre-se uma dupla opção ao contratante, podendo requerer o ressarcimento pelo interesse positivo ou pelo interesse negativo. Nas palavras do autor:

[...] Deve se considerar que, nos casos de resolução por inadimplemento, em vez do ressarcimento do dano proporcionado pelo interesse positivo, previsto pelo art. 1453, parágrafo 1º, do Código Civil italiano, o contraente resolvente possa optar, como alternativa, pelo ressarcimento do interesse contratual negativo (mais precisamente, pela indenização das despesas suportadas devido à conclusão e à execução do contrato e dos outros sacrifícios sofridos em consequência de tal conclusão, entre os quais estão as ocasiões perdidas). Nessa ordem de ideias, o ilícito concretizado pelo contraente infiel não é constituído do inadimplemento (do contrato) que está na base da resolução – inadimplemento este que, à luz dos elementares princípios de causalidade jurídica, não pode dar lugar se não ao ressarcimento do dano positivo, limitado aos ganhos que a parte adimplente poderia legitimamente esperar do contrato – mas do comportamento culposo (da parte infiel) que, dando causa à iniciativa resolutória da outra parte, rende inoperante o contrato e faz, assim, transformarem-se em inúteis as despesas por ela suportadas para a conclusão e a execução do contrato e em injustificáveis as outras eventuais perdas sofridas pela mesma por ser deixada envolta na tratativa e vinculada ao contrato tornado ineficaz³⁴⁷.

Atendo-se ao denominado princípio da reparação integral dos danos, em algumas situações, os prejuízos causados pelo inadimplemento são tantos, que não são ressarcidos simplesmente com uma indenização correspondente ao cumprimento daquele contrato. Em razão de um inadimplemento, uma parte pode ter sido compelida a fazer despesas que não estavam previstas na original economia contratual. Aqui, poderiam ser identificados, por exemplo, custos em razão da ausência de um capital, custos de manutenção de maquinário,

³⁴⁷ No original: “[...] Deve ritenersi che, nei casi di risoluzione per inadempimento, il contraente risolvente, anzichè per il risarcimento del danno commisurato all’interesse positivo, previsto dal’art. 1453, comma 1º, c.c., possa optare, in alternativa per il risarcimento dell’interesse contrattuale negativo (più precisamente, per l’indennizzo delle spese sopportate per la conclusione e l’esecuzione del contratto, e degli altri sacrifici subiti in conseguenza di tale conclusione, tra cui le cosiddette occasione perdute). In quest’ordine di idee, l’illecito posto in essere dal contraente infedele non è costituito, tuttavia, dall’inadempimento (del contratto) che sta a base della risoluzione – inadempimento il quale, alla luce di elementari principi di causalità giuridica, non può dar luogo se non al risarcimento del danno positivo, commisurato cioè ai profitti che la parte adempiente poteva legittimamente attendersi dal contratto – ma dal comportamento colpevole (della parte infedele) che, dando causa all’iniziativa risolutória dell’altra parte, rende inoperante il contratto e fa quindi diventare inutili le spese da questa sopportate per la conclusione e l’esecuzione del contratto e non più giustificate le altre eventuali perdite sofferte dalla stessa per essere rimasta coinvolta nella trattativa e vincolata al contratto divenuto inefficace”. LUMINOSO, Angelo. *La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile. Contratto e impresa*. Padova. Vol. 3. 1988. p. 802.

gastos com a elaboração do texto contratual e despesas cartoriais, além da compra de subsídios para o desenvolvimento de um determinado produto.

Ponto bastante interessante a ser inserido nesse contexto está nos custos de oportunidade. Em razão de um inadimplemento contratual, a parte que acreditava no êxito daquela contratação abre mão de contratar com outras partes, ou mesmo de fazer investimentos diversos. Assim, em razão da privação de um capital em determinado momento, uma parte deixa de investir em algo promissor ou abre mão de comprar determinados suprimentos a preços excelentes. Esses não são prejuízos que poderiam ser sanados com a mera indenização do interesse contratual positivo. Nessas situações, poderia ser mais vantajoso e mais adstrito ao princípio da reparação integral um ressarcimento correspondente ao interesse contratual negativo, restabelecendo a situação originalmente posta e indenizando a parte por todos os prejuízos vivenciados, inclusive os referidos custos de oportunidade.

A limitação inicial às hipóteses de invalidade e a posterior compreensão pela verificação do interesse contratual somente nas situações pré-contratuais demonstram-se relativizadas, atualmente, por grande parte da doutrina. O inadimplemento contratual pode levar também à configuração de um interesse contratual negativo, justamente, pelo seu operar retroativo. Nesse sentido, tratando das doutrinas que sustentam o ressarcimento do interesse negativo, Gianroberto Villa afirma que “as motivações variam, mas ao fundo está a ideia de que a resolução, com o seu operar retroativo, deveria retornar as partes à situação precedente à estipulação e, então, reconstituir o patrimônio do lesado como se o contrato nunca tivesse sido concluído”³⁴⁸.

Analisando o ordenamento jurídico brasileiro, identifica-se o art. 475 como dispositivo basilar para a solução de problemas que envolvam o inadimplemento de obrigações contratuais. De acordo com o mencionado artigo, “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. Assim sendo, a parte pode optar pelo

³⁴⁸ No original: “Una parte della dottrina ha sostenuto che la risoluzione determinerebbe la risarcibilità (anche, o solo) dell’interesse negativo; le motivazioni variano, ma al fondo vi è l’idea che la risoluzione, con il suo operare retroattivo, dovrebbe riportare le parti alla situazione precedente alla stipulazione e dunque ricostituire il patrimonio del danneggiato come se il contratto non fosse mai stato concluso”. VILLA, Gianroberto. *Danno e risarcimento contrattuale. Trattato del contratto*. Vol. V – Rimedi. (Org.) Vincenzo Roppo. Milano: Giuffrè. 2006. p. 934.

cumprimento do contrato ou pela sua resolução. Ao requerer o cumprimento, a parte acaba por fazer uma opção adstrita ao interesse contratual positivo, porém, ao requerer a resolução em razão do inadimplemento, a referida opção pode ser analisada como contendo em si o interesse contratual negativo, pois a ideia central é a recomposição da situação em que estaria se não tivesse realizado a contratação³⁴⁹. Interessante notar que esse posicionamento já era defendido por Francesco Carnelutti, que assim dispunha, baseando-se no ordenamento jurídico italiano:

Se [...] se requer a resolução, o ressarcimento dos danos tende a colocar o contraente adimplente naquela situação patrimonial em que estaria se o contrato não tivesse sido concluído. [...] A resolução elimina, do ponto de vista jurídico, o contrato; mas não pode, naturalmente, cancelar as consequências materiais do inadimplemento que o contrato mesmo tenha já dado ao contraente fiel. O ressarcimento do dano serve exatamente para esse cancelamento; isto é, para retornar as coisas à origem. Serve para dar a esse contraente uma situação que equivalha aquela que ele teria se o contrato não tivesse existido e, por isso, se ele não tivesse adimplido com esse mesmo contrato³⁵⁰.

Observa-se da proposição de Carnelutti que a opção pela resolução, por parte do contraente que cumpriu com as suas obrigações, revela a necessidade de se indenizar, permitindo reconstituir a situação em que estaria se o contrato não tivesse existido, isto é, pelo interesse contratual negativo³⁵¹. Percebe-se, dessa forma, que, quando a resolução do contrato é efetivada, a recomposição do *status quo* demonstra-se como elemento central a ser ponderado pelo juiz no caso concreto³⁵². Além disso, habitualmente, as situações que geram a

³⁴⁹ Esta parece ser também a orientação de Francesco Benatti: “Assim, quando se pede a resolução do contrato «o ressarcimento dos danos tende a colocar o contraente que tenha cumprido na mesma situação patrimonial em que encontraria se o contrato não tivesse sido concluído» - o que quer dizer que o ressarcimento está contido nos limites do interesse negativo, mesmo que não se verifique a violação de um dever pré-contratual”. BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 174.

³⁵⁰ No original: “Se, al contrario, si domanda la risoluzione, il risarcimento dei danni tende a collocare il contraente che ha adempiuto in quella situazione patrimoniale, in cui si sarebbe trovato se il contratto non fosse stato concluso. [...] La risoluzione elimina, dal punto di vista giuridico, il contratto; ma non può, naturalmente, cancellare le conseguenze materiali dell’adempimento che al contratto medesimo abbia già dato il contraente fedele. Il risarcimento del danno serve appunto a questa cancellazione; cioè a rimettere le cose in pristino. Serve a dare a questo contraente una situazione che equivalga a quella che egli avrebbe avuto se il contratto non ci fosse stato e se, perciò, al contratto medesimo egli non avesse adempiuto”. CARNELUTTI, Francesco. Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento. **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni**, Milano, Vol. XXI, Parte II, 1923. pp. 329.

³⁵¹ No mesmo sentido: BIGIAMI, Walter. Irretroattività della risoluzione per inadempimento. **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni**, Milano, Vol. XXXII, Parte I, 1934, p. 702.

³⁵² Assim, como destacado por Francisco Paulo de Crescenzo Marino, “[...] o modo de calcular as perdas e danos, dependendo da opção do credor, é totalmente diverso. Mesmo que o resultado pecuniário destes cálculos venha, porventura, a ser o mesmo, caberá aqui a advertência de Jhering, para quem a eventual coincidência do interesse negativo com o positivo não deve afastar o fato de que o pedido de indenização terá, em um e no outro caso, razões totalmente distintas”. MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. **Obrigações**. Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011. p. 666.

ponderação entre interesse contratual negativo e interesse contratual positivo, em hipóteses de inadimplemento, estão ligadas a contratos que têm a sua duração prolongada no decurso do tempo. Esse tipo de acordo costuma demandar uma maior atenção da teoria e da prática do direito, uma vez que é mais suscetível de sofrer interferências externas que alterem o cumprimento do mesmo³⁵³.

A adequação do valor indenizatório a ser pago esbarra, além disso, em problemas referentes às dificuldades impostas pelo ônus da prova. O desígnio da parte lesada por um inadimplemento contratual em ser indenizada pelo interesse contratual negativo reside, em grande parte, na possibilidade de ver compensadas as oportunidades negociais perdidas em decorrência de sua vinculação àquele contrato que não está sendo adimplido. No entanto, não bastam meras afirmações em abstrato. Para que sejam efetivamente indenizadas, a perda de oportunidades deve ser provada, o que, de certo modo, pode desestimular a parte a requerer indenização sopesada na situação jurídica em que estava anteriormente à contratação³⁵⁴. Essa orientação, no entanto, não afasta a relevância de se requerer uma indenização baseada no interesse contratual negativo, principalmente, se a parte tiver como apresentar eventuais contratos propostos, devendo, então, se acautelar com relação à eventual necessidade de futura produção das provas que deverão ser apresentadas em juízo.

Observa-se, assim, grande ampliação na utilização da fórmula-par interesse negativo interesse positivo, em razão da extensão de seu uso às hipóteses de inadimplemento contratual. O aludido ponto não será aprofundado no presente trabalho, que tem seu problema restrito ao ressarcimento dos danos concretizados no período pré-contratual, mas é importante ter a noção de que novos perfis de ponderação de valores indenizatórios têm sido construídos sob a noção de interesse. O avanço na aplicação das noções de interesse negativo e interesse

³⁵³ De acordo com Francesco Delfini, “a duração no tempo da relação contratual torna mais frequente a ocorrência de eventos de perturbação da operação de troca originalmente pensada”. No original: “la durata nel tempo della relazione contrattuale rende più frequente l’occorrere di eventi di perturbazione dell’operazione di scambio originariamente preventivata”. DELFINI, Francesco. **Autonomia privata e rischio contrattuale**. Milano: Giuffrè, 1999. p. 35.

³⁵⁴ No mesmo senso, afirma Gianroberto Villa: “A voz mais relevante do interesse negativo é constituída dos negócios alternativos negligenciados e perdidos, mas a dificuldade de provar tais eventos, mantidos como puramente hipotéticos, na maior parte das vezes, reduz a responsabilidade pelo interesse negativo à formulação das despesas vivenciadas, sem se poder considerar o impacto do inadimplemento sobre a inteira programação econômica do credor”. No original: “La voce più rilevante dell’interesse negativo è costituita dagli affari alternativi trascurati e perduti, ma la difficoltà di provare tali eventi, rimasti puramente ipotetici, il più delle volte riduce la responsabilità per l’interesse negativo alla rifusione delle spese vive, senza poter considerare l’impatto dell’inadempimento sull’intera programmazione economica del creditore”. VILLA, Gianroberto. **Danno e risarcimento contrattuale. Trattato del contratto**. Vol. V – Rimedi. (Org.) Vincenzo Roppo. Milano: Giuffrè. 2006. p. 934.

positivo evidencia, portanto, uma autonomização da fórmula-par que passa a ser tomada como baliza para variadas contingências contratuais ou pré-contratuais que demandam a ponderação de valores indenizatórios. Essa orientação, além disso, revela-se consonante com a atual compreensão dos interesses como situações jurídicas que se devem tomar como parâmetro para a fixação de um adequado *quantum* apto a restabelecê-las.

4.4 O alcance dos danos ressarcíveis

Como visto preambularmente, os conceitos de dano e de interesse não se confundem. Nesse sentido, é importante, ainda, restar claro que os conceitos de interesse negativo e interesse positivo são completamente distintos das tradicionais noções de danos emergentes e de lucros cessantes, encontradas nas construções doutrinárias sobre a responsabilidade civil³⁵⁵. Percebe-se que as perspectivas para a utilização de cada uma dessas tradicionais fórmulas-pares são bastante diversas.

O dano pode ser qualificado em dano emergente ou lucro cessante. Trata-se de uma distinção tradicional na civilística. A codificação brasileira, em seu art. 402, apresenta redação habitualmente identificada com a referida dualidade de tipificação dos danos, quando afirma que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. “O que efetivamente perdeu” equivaleria ao dano emergente, enquanto “o que razoavelmente deixou de ganhar” equivaleria aos lucros cessantes.

Adriano De Cupis apresenta apropriados exemplos, que elucidam a diferença entre danos emergentes e lucros cessantes. Se um motorista atropela um pedestre, os danos emergentes seriam a súbita diminuição patrimonial, ligadas às despesas cirúrgicas e hospitalares, já os lucros cessantes vincular-se-iam às utilidades passíveis de serem obtidas no futuro se a integridade física do sujeito tivesse sido mantida, como os ganhos profissionais³⁵⁶. Com relação ao inadimplemento, De Cupis apresenta o exemplo da ausência de entrega de

³⁵⁵ Segundo Adriano De Cupis, a famosa distinção tem a sua origem nas fontes romanas: “La distinzione in discorso trova la propria radice nelle fonti romane, da dove è trasmigrata nei codici moderni. «*quantum mihi abest quantumque lucrari potui*» si esprime al riguardo il giureconsulto Paolo (L. 13 pr. D. 46, 8); il «*quantum mihi abest*» viene, oggi, tradotto «danno emergente»; e al «*quantum lucrari potui*» corrisponde il «danno lucro cessante». DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1946. p. 150.

³⁵⁶ DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1946. p. 151.

determinados produtos de gênero alimentício voltados para o comércio. Prejudicada a utilidade inerente à entrega dos produtos, tem-se qualificado o dano emergente. Se, contudo, a entrega houvesse sido efetuada, o comprador poderia ter revendido os produtos alimentícios em condições vantajosas, materializando vantagens ulteriores, que seriam os lucros cessantes³⁵⁷.

Assim, o dano emergente equivale aos prejuízos efetivamente sofridos, ou seja, concretiza a redução patrimonial da vítima de um dano material. Nessas hipóteses, o cálculo do valor indenizatório não costuma gerar maiores problemas. Seguindo a lição de Cavalieri Filho, “a indenização pecuniária deve ser medida pela diferença entre a situação real em que o ato ilícito deixou o patrimônio do lesado e a situação em que ele se encontrava sem o dano sofrido, o que pode ser apurado mediante prova documental (recibos, orçamentos), perícia etc.”³⁵⁸. Verifica-se, desse modo, o campo de aplicação da mencionada fórmula da diferença de Mommsen. Um simples cálculo matemático permite que se apure um *quantum* indenizatório, caracterizado pela restituição integral dos prejuízos.

Por seu turno, os lucros cessantes consubstanciam um dano de difícil ponderação, em razão da ausência de certeza com relação ao seu alcance e aos seus limites. A referida categoria materializa ganhos esperados que não se realizam em razão da ocorrência do dano. As partes envolvidas em um ilícito extracontratual ou em uma situação de inadimplemento podem frustrar as expectativas de ganho que uma pessoa poderia auferir. Nessas hipóteses, o cálculo da indenização deve estar baseado em critérios de razoabilidade, tendo em vista a impossibilidade de se chegar a um valor exato que equivalha ao prejuízo vivenciado. Logo, não é despiciendo que a codificação utilize a expressão “o que razoavelmente deixou de ganhar”. Essa cláusula geral, constante do art. 402, tem por objetivo dotar o aplicador do direito de uma maior margem de atuação, permitindo que, diante do caso concreto, seja fixado um valor indenizatório apto a reequilibrar o patrimônio do lesado.

A razoabilidade deve ser a fórmula a conduzir o intérprete para o alcance de um adequado patamar indenizatório. Segundo Cavalieri Filho, razoável “é tudo aquilo que seja, ao mesmo tempo, adequado, necessário e proporcional; é aquilo que o bom-senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal

³⁵⁷ DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1946. p. 151.

³⁵⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 153.

desenrolar dos fatos”³⁵⁹.

Ambas as categorias de danos podem ser identificadas no âmbito da noção de interesse negativo. Logo, por exemplo, em razão de uma ruptura de negociações preliminares, podem ser gerados danos emergentes, como despesas escriturais ou a compra de suprimentos, e lucros cessantes, como a perda de uma oportunidade de entabular outros negócios jurídicos. Por conseguinte, para retorno ao *status* em que se encontravam as partes antes da ocorrência do evento lesivo, faz-se imperioso o ressarcimento de todos os prejuízos experimentados, tanto os já materialmente ocasionados ao lesado, como os lucros que este pretendia vir a ganhar.

Mesmo na original formulação elaborada por Jhering, é possível verificar a compreensão de que o interesse negativo pode alcançar tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes. Nesse sentido, assevera o autor:

Os efeitos desvantajosos das acções a que deu origem o contrato podem consistir na perda positiva ou no lucro cessante. Àquela pertencem os custos inúteis que o demandante suportou em consequência da conclusão ou execução do contrato, ou seja, os custos de selo, notariado e marcação do acto em caso de formalização solene do contrato; os custos de embalagem, envio, descarga, impostos, outras remunerações, etc.; as benfeitorias realizadas na coisa pelo comprador, ou pelo locador ou pelo locatário (consoante o caso) na coisa locada, as despesas que o mandatário efectuou com o objectivo da execução do mandato; a prestação de evicção realizada, ao seu *comprador*, pelo demandante que revendera a coisa que vem a ser reivindicada desse terceiro possuidor pelo vendedor, com fundamento em erro sobre o objecto; etc. A conclusão do pretenso 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 possibilidade³⁶⁰.

Desse modo, as construções teóricas em torno do interesse negativo caminharam no sentido de reconhecer uma adequada amplitude dos danos passíveis de ressarcimento. Mesmo no Brasil, no que concerne à fórmula dos interesses e os danos emergentes e lucros cessantes, Pontes de Miranda já afirmava que ambos os tipos de dano podem ser abrangidos no interesse negativo³⁶¹. Assim, as perdas de oportunidades negociais³⁶² ou os dispêndios realizados são

³⁵⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 154.

³⁶⁰ JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 15.

³⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 91.

merecedores de indenização, pois só por meio de tal ponderação faz-se possível reconstituir a real situação em que estava o lesado antes da ocorrência do evento que o levou aos prejuízos, não se verificando, portanto, qualquer limitação de valores indenizatórios ao dano emergente³⁶³.

A questão da perda das oportunidades – vista como tipologia de lucros cessantes – demonstra-se mais difícil de valoração no caso concreto, em razão de não se conseguir chegar a valores que correspondam de maneira exata ao prejuízo originado, devendo o intérprete ater-se também ao critério da razoabilidade no momento de fixação do *quantum* indenizatório. Em acréscimo, não devem ser reparadas meras expectativas, sem um forte lastro, com repercussão no campo da produção de provas. Esse é o posicionamento de Mário Júlio de Almeida Costa, para quem:

Torna-se necessário, porém, que se demonstre a existência de outras efectivas possibilidades negociais, não bastando a alegação de abstractas e genéricas ocasiões perdidas ou de danos sofridos puramente conjecturais, sem um mínimo concludente de apoio no concreto. Haverá que recorrer a elementos objectivos e subjectivos, inclusive à projecção, habilidade e competência do lesado como homem de negócios. O lucro cessante, em resumo apresenta-se como uma componente elástica a determinar, caso por caso, sobre a base de elementos hipotéticos e variáveis, que oferecem, precisamente, as chamadas ocasiões perdidas³⁶⁴.

Não se prescinde, dessa forma, de uma avaliação casuística, para que sejam fixados valores indenizatórios aptos a colocar o lesado na situação em que estava previamente, por exemplo, à consecução do negócio jurídico inválido ou ao rompimento injustificado das tratativas negociais. Nas hipóteses em que o problema é levado ao Poder Judiciário e não se

³⁶² De acordo com Paulo Mota Pinto: “A ocasião alternativa em questão, que o lesado preteriu e que lhe teria trazido os benefícios em causa, pode, antes de mais, ser a conclusão de um negócio *semelhante* ao frustrado, no mesmo mercado (ou em mercado próximo) daquele em que este teria tido lugar (por exemplo, uma oportunidade de venda ou de compra do mesmo objecto). [...] Mas pode igualmente estar em causa a celebração de um *negócio de tipo diverso*, ou mesmo um emprego alternativo de recursos totalmente *distinto* daquele que ocorria com o negócio frustrado, como se o lesado, em vez de uma compra e venda, tivesse celebrado um negócio de locação, ou se tivesse utilizado a coisa que venderia, não para vender a terceiro, mas na sua laboração, para fabricar um produto final a vender no mercado”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1093.

³⁶³ Na mesma perspectiva, são as considerações de Francesco Benatti: “Sob outro prisma, não seria possível distingui-los, por exemplo, sustentando que, em caso de responsabilidade pelo interesse negativo, o ressarcimento deva ser limitado ao dano emergente. Com efeito, mesmo no caso referido, seria necessário ter em conta o lucro cessante. O dano emergente consiste nas despesas que um sujeito efectuou na convicção de que estipulava um negócio válido, enquanto que o lucro cessante se mede em relação à perda de ofertas favoráveis que entretanto aquele sujeito teria podido aceitar”. BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 166.

³⁶⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 80.

pode provar exatamente o montante a ser ressarcido, “o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados”³⁶⁵.

Outro ponto a ser abordado reside na questão relativa ao ressarcimento dos prejuízos morais. Não restam dúvidas de que, principalmente nas hipóteses em que se discute o interesse contratual negativo, os danos morais vivenciados devem ser indenizados. Como a reparação tem por desígnio o restabelecimento da situação anterior à ocorrência do evento danoso, resta claro que os prejuízos de natureza não patrimonial resultantes, por exemplo, de uma ruptura injustificada das negociações preliminares, também devem ser imputados à parte inadimplente com os deveres acessórios originados da boa-fé. Almeida Costa elucida a referida situação:

Põe-se ainda o problema da indemnização de danos não patrimoniais. É susceptível de acontecer que a ruptura das negociações ocasione à parte lesada prejuízos dessa natureza. Quando o dano sofrido, embora em si de índole não patrimonial, produz consequências económicas, reconduz-se a um dano patrimonial indirecto. Será o caso, entre outros, de a ruptura das negociações abalar a reputação profissional ou o bom nome da pessoa em face de quem se verifica, com reflexos em sua clientela³⁶⁶.

Tem-se, por consequência, que, na perspectiva adotada para o presente trabalho, a tipificação dos danos não se confunde com a categoria dos interesses. O interesse é a relação entre o lesado e a situação em que estaria caso o fato danoso não tivesse sido materializado. Um ato ilícito ou um inadimplemento contratual pode gerar prejuízos de variadas ordens: danos emergentes, lucros cessantes, danos materiais, danos morais. Esses prejuízos serão ressarcidos tendo em vista uma situação que se pretende compor. O interesse negativo concretiza um retorno ao *status* original, como se o contrato não tivesse existido, ressarcindo-se os danos emergentes e os lucros cessantes originados. Já o interesse positivo refere-se aos efeitos que o contrato poderia produzir se efetivamente cumprido.

4.5 Relações entre o interesse negativo ao interesse positivo

Trabalhados os fundamentos e o alcance das noções do interesse positivo e do interesse negativo, importa verificar as relações existentes entre eles, em decorrência da

³⁶⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 81.

³⁶⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 82.

ponderação dos valores indenizatórios. Nesse sentido, devem ser analisados dois pontos específicos, quais sejam: a possibilidade ou a impossibilidade da cumulação de ressarcimento por interesse negativo e interesse positivo e a existência de limitações para a ponderação do *quantum* relativo à indenização, principalmente no que concerne ao interesse negativo.

4.5.1 Impossibilidade de cumulação dos interesses

Na relação entre o ressarcimento por interesse negativo e por interesse positivo, preambularmente, deve ser verificado se existe possibilidade de cumulação de valores indenizatórios, referentes a cada uma das categorias de interesse.

A resposta para o referido questionamento decorre da lógica indenizatória. Não há possibilidade de cumulação das duas categorias, tendo em vista que cada um dos interesses se dirige a uma situação específica. Nesse sentido, não há como reparar um contratante, tendo por base o *status quo* anterior ao contrato e, ao mesmo tempo, o *status* a que se chegaria se o contrato viesse a ser cumprido em sua integralidade. Paulo Mota Pinto assim fundamenta a regra da não cumulatividade:

A incompatibilidade entre o ressarcimento correspondente ao interesse positivo e o correspondente ao interesse negativo tem, antes de mais, um fundamento lógico (de lógica prática), na medida em que ao lesado não é possível pretender seguir simultaneamente pelas duas vias, do que teria acontecido sem o contrato, ou sem a criação da confiança, e com os efeitos do contrato, ou a correspondência à confiança. Estamos perante caminhos que se excluem mutuamente, cuja abertura simultânea ao demandante, por se permitir a cumulação das correspondentes medidas indemnizatórias, apenas poderia explicar-se por finalidades que prescindissem da hipótese do seu trilho (como a prevenção ou o sancionamento do lesante), mas abandonando também do mesmo passo o terreno puramente ressarcitório com os respectivos limites teleológicos e valorativos³⁶⁷.

Outro fundamento apontado por Paulo Mota Pinto reside na proibição do enriquecimento do lesado³⁶⁸. Os valores indenizatórios têm a função precípua de ressarcir o lesado pelos prejuízos vivenciados. Desse modo, não se pode conceber a soma de reparações com base no interesse positivo e no interesse negativo, pois essa ocorrência redundaria em um *quantum* indenizatório que colocaria o lesado em uma situação melhor do que estaria se o

³⁶⁷ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1004.

³⁶⁸ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1005.

evento lesivo não tivesse se materializado.

Assim, pode-se dizer que, entre os ressarcimentos pelo interesse negativo e pelo interesse positivo, vale o regime da *alternatividade*. Logo, o lesado não pode pleitear em juízo uma indenização baseada nos dois interesses, sob pena de sua inicial ser considerada inepta³⁶⁹. O Código de Processo Civil em vigor prevê, em seu art. 295, que a petição será considerada inepta quando contiver pedidos incompatíveis entre si³⁷⁰. Quando formulados pedidos cumulativos pelo ressarcimento do interesse negativo e do interesse positivo, não há outro caminho para o juiz que não seja o indeferimento da petição inicial.

4.5.2 Limitação do ressarcimento do interesse negativo ao interesse positivo

Habitualmente, costuma-se encontrar na literatura jurídica a afirmação de que os danos pré-contratuais têm o seu ressarcimento cingido ao interesse contratual negativo, ou seja, qualquer hipótese, em que esteja em análise a responsabilidade civil pré-contratual, deve ser conduzida tomando em consideração a situação em que a parte estaria se não tivesse vivenciado o evento danoso. Essa perspectiva será problematizada à frente, quando forem trabalhadas cada uma das hipóteses de responsabilidade pré-contratual e as correlatas relações com o interesse negativo e o interesse positivo. Por ora, demonstra-se imperioso verificar se existe alguma limitação ao ressarcimento do interesse negativo, quando sopesado em razão de um dano pré-contratual.

Percebe-se que, em verdade, o fato mais relevante é compreender se o *quantum* indenizatório correspondente ao interesse negativo poderá superar o valor que seria apurado, considerando o interesse contratual positivo. Comumente, a Ciência Jurídica sustenta que, “como a responsabilidade civil não é modo de enriquecer, há que colocar como limite da indenização o interesse contratual positivo. O lesado nunca pode ficar em melhor situação do que estaria se o contrato tivesse sido validamente celebrado”³⁷¹.

³⁶⁹ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1007.

³⁷⁰ O novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – contém previsão idêntica em seu art. 330.

³⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral. Vol. 2 – ações e fatos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 375.

Não se trata de uma questão de grande importância prática, pelo fato de que na maior parte dos casos a indenização correlativa ao interesse negativo não ultrapassa o valor que poderia ser auferido com o cumprimento do contrato³⁷². Paulo Mota Pinto, no entanto, apresenta algumas hipóteses fáticas que demonstram a possibilidade de a indenização baseada no interesse negativo alcançar patamares maiores que se fosse baseada no interesse positivo:

Poderá não ser assim, porém, naqueles casos em que, por circunstâncias existentes logo no momento da formação do contrato (falta ou vício da vontade) ou devido à evolução posterior (como novas ofertas, ou a evolução do mercado), se venha a revelar que o lesado teria ficado em melhor posição se não tivesse depositado a confiança em causa ou se não tivesse celebrado o contrato, e houvesse antes optado pelas alternativas disponíveis, do que aquela em que estaria se estes tivessem sido, respectivamente, correspondida e cumprido. Deve notar-se, porém, que pode também haver outras razões, mesmo apenas de ordem económica, que podem justificar que uma pessoa celebre contratos que importem em custos ou despesas superiores aos benefícios que serão obtidos com esse contrato. É o caso da situação de uma empresa que pretende lançar *novos produtos* no mercado ou entabular *novas relações* negociais com uma determinada parte ou estabelecer-se no mercado, e que, para tal, celebra inicialmente contratos que não lhe trazem lucros³⁷³.

Ao teorizar sobre a *culpa in contrahendo*, Jhering afirmou que os danos ocasionados em razão da invalidade contratual deveriam ser ressarcidos tomando por base o interesse contratual negativo, ou seja, a indenização deveria ser apta a colocar a parte enganada em sua situação original, como se não tivesse concluído o contrato inválido. No entanto, da leitura de seu texto, não é possível extrair se há ou não uma limitação do interesse contratual negativo aos valores que seriam auferidos com a própria execução do contrato. Jhering se reduz a afirmar que “o interesse negativo pode, em certas circunstâncias, atingir o montante do positivo. [...] os demandantes recebem exactamente o mesmo que teriam podido reclamar no caso da execução do contrato, embora, como resulta do que se disse, em resultado de um fundamento diverso”³⁷⁴. Porém, não é possível identificar, no referido trecho, a sua anuência ou a sua discordância em relação à existência de uma limitação do montante indenizatório a

³⁷² Nesse sentido, afirma Ana Prata: “Quanto ao problema da eventual limitação do dano negativo pelo montante do dano positivo, há que se observar desde já que, em regra, o problema não se coloca, pois o dano negativo é inferior ao positivo, e, muito frequentemente, o montante do dano negativo resultará de fixação equitativa pelo tribunal, em virtude da dificuldade em apurar o seu exacto montante”. PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 174.

³⁷³ ³⁷³ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1026.

³⁷⁴ JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 16.

patamar inferior ao interesse contratual positivo³⁷⁵.

A literatura jurídica produzida sobre o tema, que se seguiu ao trabalho de Jhering, assentava-se na repetição de duas máximas: (i) a responsabilidade pré-contratual mede-se pelo interesse negativo e (ii) o valor indenizatório não pode sobejar o resultado do cumprimento das relações obrigacionais presentes no contrato, ou seja, o interesse contratual positivo. Como resultado de tal processo, o BGB, no tratamento dado ao tema - §122³⁷⁶, §179³⁷⁷, §307³⁷⁸ -, acabou por limitar a indenização do interesse negativo ao montante correspondente ao interesse positivo³⁷⁹. Dessa forma, apesar de existir a possibilidade fática de o interesse negativo superar o interesse na execução, os referidos dispositivos estabelecem não poder a liquidação incidir sobre a parte que exceder o positivo³⁸⁰.

Na esteira das elaborações da doutrina alemã, no Brasil, Pontes de Miranda também

³⁷⁵ Em sentido contrário, Cristiano Zanetti, defende que na teorização de Jhering, o interesse negativo poderia “igualar-se ou superar o ressarcimento que poderia ser obtido a título de interesse positivo”. ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 152. Também em sentido contrário, Regis Fichtner afirma que Jhering enfrentou esse problema e que “por vezes a indenização do interesse negativo pode ser superior à que seria obtida caso fosse celebrado contrato válido”. PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 386.

³⁷⁶ § 122 - Liability in damages of the person declaring avoidance

(1) If a declaration of intent is void under section 118, or avoided under sections 119 and 120, the person declaring must, if the declaration was to be made to another person, pay damages to this person, or failing this to any third party, for the damage that the other or the third party suffers as a result of his relying on the validity of the declaration; **but not in excess of the total amount of the interest which the other or the third party has in the validity of the declaration.**

³⁷⁷ § 179 - Liability of an unauthorized agent

(2) If the agent was not aware of his lack of power of agency, he is obliged to make compensation only for the damage which the other party suffers as a result of relying on the power of agency; **but not in excess of the total amount of the interest which the other or the third party has in the effectiveness of the contract.**

³⁷⁸ § 307 - Test of reasonableness of contents

(1) Provisions in standard business terms are ineffective if, contrary to the requirement of good faith, they unreasonably disadvantage the other party to the contract with the user. An unreasonable disadvantage may also arise from the provision not being clear and comprehensible.

(2) An unreasonable disadvantage is, in case of doubt, to be assumed to exist if a provision

1. is not compatible with essential principles of the statutory provision from which it deviates, or
2. limits essential rights or duties inherent in the nature of the contract to such an extent that attainment of the purpose of the contract is jeopardized.

(3) Subsections (1) and (2) above, and sections 308 and 309 apply only to provisions in standard business terms on the basis of which arrangements derogating from legal provisions, or arrangements supplementing those legal provisions, are agreed. Other provisions may be ineffective under subsection (1) sentence 2 above, in conjunction with subsection (1) sentence 1 above.

³⁷⁹ Larenz, inclusive, ao abordar o § 307 do BGB, afirma: “Si embargo, este daño – el llamado «interés negativo», el «daño derivado de la confianza» – solamente es indemnizable hasta donde llegue la cuantía del interés que el perjudicado tiene en la validez del contrato (el llamado interés en el cumplimiento o “positivo”)”. LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. p. 106.

³⁸⁰ Cf. FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 112 e ss.

assinalava a existência de uma limitação da indenização ao interesse contratual positivo. Nas palavras do autor:

Na falta de regra jurídica que dê limite ao interesse negativo (e. g. Código Civil alemão, §§ 179, alínea 2.^a), é de discutir-se se o interesse negativo pode exceder o positivo. A anulabilidade estaria eliminada, praticamente, se se permitisse que fôsse além desse limite. Se é certo que a anulação não deve prejudicar ao outro figurante, também é certo que se não há de sobrecarregar o indenizante. O limite impõe-se, *a priori*³⁸¹.

Observa-se que a ideia central, para os que estabelecem a limitação da indenização ao valor equivalente ao interesse contratual positivo, reside na pretensa vedação do enriquecimento, concretizado pela colocação do lesado em uma posição mais favorável do que a que estaria se o contrato tivesse sido executado a contento. Em paralelo, critica-se também a posição do lesante, que é obrigado a arcar com valores indenizatórios que ultrapassam as expectativas iniciais de dispêndio.

Outro argumento habitualmente utilizado por aqueles que afastam a possibilidade de superação do valor equivalente ao interesse positivo está localizado na ausência de previsibilidade dos danos ocasionados. O limite imposto estaria fundamentado em uma pretensa segurança jurídica centrada na possibilidade de se prever quais danos poderiam ser gerados pelo evento lesivo. Relevante observar que o referido argumento só pode ser ponderado se se partir do pressuposto de que a natureza jurídica da *culpa in contrahendo* é contratual, uma vez que para o ilícito extracontratual não haveria, *a priori*, uma limitação aos danos previsíveis.

No entanto, atualmente, parte dos doutrinadores³⁸² não identifica qualquer limite para a quantificação da indenização pelo dano sofrido na fase pré-contratual, apoiando-se, nomeadamente, no princípio da reparação integral dos danos sofrido. Esse é, por exemplo, o entendimento de Paolo Gallo, ao afirmar que o que é certo é que nos casos desse gênero, o

³⁸¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 91.

³⁸² Assim é, por exemplo, o posicionamento de Alberto Ravazzoni: “Parece, portanto, fácil concluir, observando a absoluta inconsistência de um alegado princípio geral sobre o qual a transgressão da regra de boa-fé deveria comportar necessariamente o ressarcimento do dano nos limites do interesse contratual negativo. Na realidade, a determinação do ressarcimento vai individuada sobre a base da natureza do interesse violado”. No original: “Sembra, pertanto, agevole concludere, rilevando l’assoluta inconcistenza di un preteso principio generale in base al quale la trasgressione della regola di buona fede dovrebbe comportare necessariamente un risarcimento del danno nel limite dell’interesse contrattuale negativo. In realtà, la determinazione del risarcimento va individuata sulla base della natura dell’interesse violato”. RAVAZZONI, Alberto. **La formazione del contratto**. Vol. II – le regole di comportamento. Milano: Giuffrè, 1974. p. 217.

ressarcimento ou as restituições devem ser integrais sem nenhum limite, como, por exemplo, aquele ínsito no conceito de interesse negativo³⁸³. No mesmo sentido, posiciona-se Giorgio Richtner, ao afirmar que “se existe uma regra geral estabelecendo que o ressarcimento alcança todas as consequências prejudiciais do ato do qual o dano adveio, a limitação assim imposta representaria uma derrogação daquela regra”³⁸⁴.

Afastando o argumento de que seria necessária uma previsibilidade para a ponderação dos danos ressarcíveis, assevera Paulo Mota Pinto que “não existe uma limitação da sua ressarcibilidade àquelas que fossem *previsíveis* no momento do contrato, ou que fossem objectivamente razoáveis, devendo aceitar-se a liberdade de disposição do lesado”³⁸⁵.

Outro embasamento a ser apresentado está no fato de que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer dispositivo de lei que limite os valores indenizatórios, nas hipóteses em que esteja em causa o interesse negativo, ao que poderia ser auferido com a execução do contrato. Essa ausência de uma explícita previsão normativa é utilizada como justificativa para a ausência de limitações em outros ordenamentos, podendo a referida ilação ser transposta para o nosso sistema jurídico. A título de exemplo, na Itália, também não existe qualquer artigo de lei estabelecendo limites indenizatórios. Em razão disso, defende Giorgio Stella Richter que, em decorrência da falta de norma expressa, não é possível estabelecer, de forma apriorística, que o interesse negativo tenha que ser sempre inferior ao interesse positivo³⁸⁶.

Paulo Mota Pinto, baseando-se no ordenamento português, também conclui pela ausência de limitação, tendo em consideração não haver escolha legislativa a consagrar o referido limite no âmbito da responsabilidade pré-contratual. Assim, aduz o autor:

No quadro da relação entre o interesse (contratual) negativo e o interesse (contratual) positivo, e verificado que o primeiro pode ser superior a este, apurámos se é de aceitar a limitação do ressarcimento correspondente ao

³⁸³ No original: “Quello che comunque è sicuro è che nei casi di questo genere il risarcimento (art. 2043 c.c.) o le restituzioni (art. 2041 c.c.) devono essere integrali senza alcun limite di sorta, come per esempio quello insito nel concetto di interesse negativo”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 316.

³⁸⁴ No original: “Se costituisce regola generale che il risarcimento abbracci tutte le conseguenze pregiudizievoli dell’atto da cui il danno è scaturito, la limitazione così imposta rappresenterebbe una deroga a quella regola”. RICHTER, Giorgio Stella. **La responsabilità precontrattuale**. Torino: UTET, 1996. p. 110.

³⁸⁵ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1118.

³⁸⁶ RICHTER, Giorgio Stella. **La responsabilità precontrattuale**. Torino: UTET, 1996. p. 110.

interesse negativo pelo valor do interesse positivo. Depois de delimitarmos os pressupostos do problema e os prejuízos relevante, olhámos para o debate que se produziu a este respeito na doutrina europeia continental e no *common law*, e rejeitámos uma limitação que não se encontra entre nós prevista em nenhuma norma de direito positivo³⁸⁷.

Portanto, não se justifica a manutenção da premissa de que, sendo concretizada uma indenização por interesse contratual negativo, haveria um limite ressarcitório centrado no que poderia ser ganho com a efetividade do negócio jurídico em causa. No que concerne especificamente ao ordenamento jurídico brasileiro, as conclusões são as mesmas, em razão da inexistência de qualquer dispositivo legal a estabelecer a restrição indenizatória, não devendo, por conseguinte, o referido patamar ser aplicado às situações práticas enfrentadas pela nossa jurisprudência.

4.6 Elementos de influência no “quantum” indenizatório

A fixação da indenização nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual parte da ponderação entre interesse negativo e interesse positivo, devendo, no entanto, ater-se a outras importantes contingências que influenciam o *quantum* a ser pago. Desse modo, dois importantes institutos devem ser tomados em consideração, sob pena de ser configurada uma distorção do valor reparatório. São eles: a compensação de benefícios e a mitigação dos prejuízos.

Os dois institutos têm por centro a imperiosa proteção do devedor envolvido em uma relação obrigacional. Na hipótese da mitigação dos prejuízos, a tutela do devedor é marcada pela imposição ao credor de um comportamento padrão caracterizado pela necessária atuação diante de danos que podem ser evitados, quando se está diante do inadimplemento. Já compensação de benefícios, a proteção do devedor é materializada pela diminuição do valor indenizatório na proporção dos benefícios recebidos pelo credor, originados do mesmo fato que ocasionou o dano. As duas construções jurídicas terão relevantes implicações na ponderação dos valores indenizatórios, baseados no interesse contratual negativo.

³⁸⁷ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1118.

4.6.1 *Compensação de benefícios*

O instituto da compensação de benefício é conhecido, nos ordenamentos jurídicos de *civil law*, pela locução latina *compensatio lucri cum damno*³⁸⁸ e, especificamente no direito alemão, pela denominação *vorteilsausgleichung*. Por meio de sua utilização, no momento em que estão sendo arbitrados os valores indenizatórios em razão da ocorrência de um dano, devem ser sempre tomadas em consideração as vantagens que sobrevieram do mesmo fato. Nas hipóteses de inadimplemento obrigacional, por exemplo, podem ser gerados, na esfera de titularidade do credor, benefícios que não existiriam se o cumprimento pontual tivesse se concretizado. Como a função primeira da responsabilidade civil por dano material é ressarcir o sujeito pelos prejuízos sofridos, buscando aproximar-se do *status quo ante*, nada mais natural que sejam decotadas da indenização as vantagens auferidas com a ocorrência do inadimplemento.

Adriano De Cupis afirma que se poderia entender por *compensatio lucri cum damno* aquela redução do dano derivante de um determinado fato humano, e por consequência do ressarcimento de tal dano, ocasionada devido a uma vantagem produzida pelo mesmo fato³⁸⁹. A essência do instituto está na ideia de que a responsabilidade civil não pode permitir que o lesado se locuplete, auferindo ganhos que não seriam produzidos se o dano não tivesse ocorrido. Como asseverado por Hans Albrecht Fischer, “o escopo ideal de toda a reparação de danos é conseguir que o lesado não fique nem mais pobre nem mais rico do que estaria se o fato danoso se não houvesse produzido”³⁹⁰. Por conseguinte, não se demonstra adequado um *quantum* indenizatório que desconsidere as vantagens auferidas pelo lesado em decorrência do ato causador do dano, sobretudo, em razão de fins econômicos sobre os quais se encontra assentado esse instituto.

Paulo Mota Pinto apresenta uma série de situações que poderiam, inicialmente, levar à ponderação da *compensatio lucri cum damno*:

³⁸⁸ Paulo Mota Pinto denomina o instituto pela expressão “compensação de vantagens”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 710.

³⁸⁹ “Può a un dipresso intendersi per «*compensatio lucri cum damno*» quella riduzione che il danno derivante da un determinato fatto umano, e di conseguenza il risarcimento di esso, subisce per causa del vantaggio prodotto da quello stesso fatto al danneggiato”. DE CUPIS, Adriano. **Contributi alla teoria del risarcimento del danno**. Milano: Giuffrè, 1939. p. 11.

³⁹⁰ FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 192.

[...] uma pessoa destrói a casa de outrem e o proprietário encontra numa parede um tesouro; uma obra prejudica ilicitamente o acesso e a utilização de um estabelecimento comercial, mas aumenta a clientela de outra loja do mesmo proprietário; um rebanho pasta ilicitamente num terreno alheio, destruindo arbustos, mas deixa nele estrume que o fertiliza; uma pessoa envia certa mercadoria por mar e ela perde-se, mas poupou custos ao destinatário ao não enviar por outra via, como se tinha obrigado; os parentes da pessoa que faleceu no acidente deixam de ser sustentados por ela, mas recebem uma herança ou uma soma do seguro; uma hipoteca fica graduada abaixo do que devia, por negligência do advogado ou do notário, mas o credor aparece por isso na hasta pública onde arremata o bem ele mesmo abaixo de seu valor; o comprador que adquiriu uma coisa para suprir a falta do bem em resultado do não cumprimento do vendedor consegue revendê-la por um preço superior àquele pelo qual teria podido vender o objecto entregue pelo comprador³⁹¹.

Por essa breve apresentação da casuística, é possível identificar variadas hipóteses em que há possibilidade de surgimento de vantagens em razão da ocorrência de um dano. Todos os fatos apresentados têm por característica central uma dualidade de consequências paralelas: prejuízos e lucros. Para alcançar o adequado valor de ressarcimento, deve-se estar atento ao real alcance do dano, pois, tendo em vista a ocorrência de um benefício, inicialmente, é apropriado que esse seja decotado do valor indenizatório a ser pago.

Adriano De Cupis afirma ser a noção de interesse o fundamento para o instituto da *compensatio lucri cum damno*, em que o juiz deve estar atento a eventuais lucros produzidos por um dano e levá-los em consideração ao fixar o montante indenizatório³⁹². Nas palavras do autor:

O fundamento da *compensatio lucri cum damno* encontra-se na noção de interesse. O ressarcimento deve limitar-se à diferença entre o patrimônio da pessoa lesada antes e depois da lesão: e tal diferença não pode, naturalmente, descurar que, do cálculo de todos os efeitos derivantes daquela lesão, estejam compreendidos aqueles que constituem um lucro, se por acaso existirem. Caso contrário, ao invés de reintegrar o patrimônio do sujeito lesado, colocar-se-ia esse em uma situação melhor do que aquela em que se encontrava anteriormente à lesão ocorrida, desnaturando a função jurídica do ressarcimento, e estabelecendo em vigência a pena privada³⁹³.

³⁹¹ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 710.

³⁹² O autor apresenta um bom exemplo de *compensatio lucri cum damno*, ao discorrer sobre uma jurisprudência alemã, em que o juiz, na fixação de um montante indenizatório em razão do atraso na entrega de um cavalo, computou a economia com alimentação do animal verificada no patrimônio do lesado. DE CUPIS, Adriano. **Contributi alla teoria del risarcimento del danno**. Milano: Giuffrè, 1939. p. 17.

³⁹³ No original: “Il fondamento della *compensatio lucri cum damno* si rinviene nella nozione di interesse. Il risarcimento deve commisurarsi alla differenza tra il patrimonio della persona lesa prima e dopo la lesione: e tal differenza non può, naturalmente, risultare che dal calcolo di tutti gli effetti derivanti da quella lesione, compresi quelli che costituiscono un lucro, ove per avventura esistano. Altrimenti, invece che reintegrare il patrimonio del soggetto leso, si porrebbe questo in una situazione migliore di quella in cui si trovava anteriormente

É importante restar clara a diferença entre a compensação de benefícios e a compensação como mecanismo de extinção do crédito obrigacional. Esta última é um sucedâneo do pagamento e segue, em nosso ordenamento jurídico, a disposição do art. 368, do Código Civil, que dispõe que: “se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”. Trata-se de uma forma de extinção das obrigações, que opera independentemente da vontade dos sujeitos, concretizando uma economia de tempo e de eventuais outros dispêndios. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira, “há reciprocidade de créditos, daí a consideração de extinção por encontro de contas”³⁹⁴. Já nas situações em que se visualiza a compensação de benefícios, não é possível a identificação de dois créditos recíprocos. Na verdade, como sustentado por Adriano De Cupis, a *compensatio lucri cum damno* pressupõe um único direito de crédito, cujo conteúdo é medido tendo por base o instituto em análise.

A *compensatio lucri cum damno* não encontra no direito brasileiro um dispositivo de lei expresso com relação ao instituto. No entanto, não há a necessidade de uma regra proclamada nesse sentido para que haja a busca de sua concretização pelo Poder Judiciário no momento de ponderação dos valores de indenização. Nesse sentido, também se posiciona Hans Albrecht Fischer, para quem “a *compensatio lucri cum damno* pode derivar-se – e sempre em verdade daí se derivou – do conceito de dano, sem necessidade de preceito positivo especial”³⁹⁵.

A compensação de benefícios vem, portanto, consagrar a já abordada fórmula da diferença proposta por Mommsen. A responsabilidade civil tem por objetivo central a reparação do prejuízo causado ao lesado. Este prejuízo, nos danos patrimoniais, é resultado de uma fórmula matemática, apurando-se a diferença entre o patrimônio do lesado antes e depois do evento danoso. De acordo com Paulo Mota Pinto, “a *compensatio lucri cum damno* está em consonância com a hipótese da diferença, embora não seja propriamente uma sua consequência, mas antes da finalidade compensatória, cuja ideia de remoção do dano se opõe

all'intervenuta lesione, snaturandosi la funzione giuridica del risarcimento, e richiamando in vigore la pena privata”. DE CUPIS, Adriano. **Contributi alla teoria del risarcimento del danno**. Milano: Giuffrè, 1939. p. 16.

³⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. II – teoria geral das obrigações. 26. ed. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 244.

³⁹⁵ FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 193.

também a um locupletamento do lesado com o evento lesivo e a indenização”³⁹⁶.

Importante pontuar que, para a materialização da compensação de benefícios, é necessária uma relação de causa e efeito entre o fato e as vantagens mais os danos gerados. Segundo Oertmann, é imperioso que “a vantagem e o prejuízo provenham do fato de que emana a responsabilidade, ainda que só como de causa mediata”³⁹⁷. Assim, para que seja configurada, não se pode prescindir de uma conexão causal, em consonância com a qual os danos e os benefícios têm origem em um único fato.

As vantagens podem ser, dessa forma, compensadas de duas maneiras diversas. Um primeiro caminho dá-se pela devolução da vantagem obtida, quando existe a possibilidade dos lucros gerados pelo evento danoso – objetos e direitos – serem entregues ao responsável pela reparação. Diferentemente, e de modo mais habitual, a *compensatio lucri cum damno* pode ser inserida no cômputo da indenização, devendo ser decotado do valor a ser entregue o equivalente aos benefícios gerados no patrimônio do lesado.

A compensação de benefícios foi concebida como instituto apto a ser aplicado às hipóteses em que se verifica dano material, tendo em vista que a figura do dano moral não tinha alcançado seu pleno desenvolvimento³⁹⁸. Não obstante a centralidade da figura ainda estar no campo da responsabilidade civil por danos materiais, alguns autores defendem a extensão da compensação de benefícios para as hipóteses de responsabilidade civil por dano moral. Nesse sentido, por exemplo, posiciona-se Adriano De Cupis:

Uma *compensatio lucri cum damno* pode, por outro lado, configurar-se

³⁹⁶ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 711.

³⁹⁷ OERTMANN, Paul *apud* FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 192.

³⁹⁸ Como apontado por Cavalieri Filho: “Numa primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de um *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima”. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 109. Sobre a irreparabilidade dos danos morais, discorre Wilson Melo da Silva, um dos precursores da doutrina do dano moral no direito brasileiro: “Para um o fundamento da irreparabilidade estaria em que o dano, em direito sempre se deve entender como se referindo a uma diminuição do patrimônio econômico-material, enquanto que, para outros muitos, a irreparabilidade dessa espécie de danos reside na natureza mesma deles e, sobretudo, na sua inconversibilidade em valor econômico. Faltaria, assim, nos danos morais, embora existentes, o meio de se promover o ressarcimento da lesão e, por isso, o problema seria considerado mais da moral que do direito propriamente dito”. MELO DA SILVA, Wilson. **O dano moral e a sua reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 16.

também pelo dano moral. Admitido que o ressarcimento deva limitar-se também à diferença entre todas as condições pessoais do sujeito lesado, antes e depois da lesão, é perfeitamente lógico que venham em consideração as ocorrências vantajosas como aquelas prejudiciais do ato do sujeito responsável: assim, observou-se justamente que se uma determinada ação, além de gerar dor e desgaste físico, faz igualmente convergir a atenção do público sobre o ofendido de forma tal a produzir uma favorável repercussão sobre o estado das relações sociais deste último, é justo valorar todos esses elementos, sem se limitar a algum deles: enquanto se admitir que nesse campo não pode haver amplo império da valoração discricionária do juiz³⁹⁹.

Baseando-se no entendimento de Adriano De Cupis, o famoso caso brasileiro envolvendo a – hoje – modelo Geisy Arruda e a Universidade Bandeirante de São Paulo (UNIBAN) poderia levar ao emprego da compensação de benefícios. Geisy Arruda, enquanto aluna da instituição de ensino, foi achacada e hostilizada por outros estudantes, pelo fato de estar usando um curto e justo vestido rosa, tendo que sair da Universidade envolta em um jaleco e acompanhada de policiais. Diante do incidente, a UNIBAN posicionou-se de uma maneira inesperada, expulsando a aluna por atentar contra princípios éticos e a dignidade acadêmica. O caso ganhou imensa repercussão na mídia, tendo sido pauta, inclusive, de matérias de jornais internacionais. Não há dúvidas de que Geisy Arruda vivenciou danos em sua esfera de titularidade. No entanto, e de acordo com De Cupis, as vantagens auferidas pela estudante deveriam ser computadas no momento de fixação da indenização. Geisy Arruda ganhou notoriedade, participou de inúmeros programas de televisão brasileiros, realizou variados trabalhos publicitários, lançou sua própria marca de roupas, fez fotos para capas de revistas e iniciou uma carreira de atriz e modelo. Não restam dúvidas de que foi gerada uma imensa parcela de lucro que, por certo, supera inclusive os prejuízos vivenciados. Esse é apenas um exemplo de possibilidade de aplicação da compensação de benefícios em nosso ordenamento jurídico⁴⁰⁰.

No Brasil, Wilson Melo da Silva já defendia a necessidade de compensação de

³⁹⁹ No original: “Una *compensatio lucri cum damno* può, peraltro, configurarsi anche per il danno morale: ammesso che il risarcimento debba commisurarsi anche alla differenza tra tutte le condizioni personali del soggetto leso prima e dopo la lesione, è perfettamente logico che vengano in considerazione così gli sviluppi giovevoli come quelli pregiudizievoli dell’atto del soggetto responsabile: così, è stato giustamente osservato che se una determinata azione, oltre che arrecare dolore o menomazione fisica, fa altresì convergere l’attenzione del pubblico sull’offeso in maniera tale da produrre una favorevole ripercussione sullo stato delle relazioni sociali di quest’ultimo, è giusto valutare tutti questi elementi, senza limitarsi ad alcuno di essi: pur ammettendosi che in questo campo non può che avere ampio impero l’apprezzamento discrezionale del giudice”. DE CUPIS, Adriano. **Contributi alla teoria del risarcimento del danno**. Milano: Giuffrè, 1939. p. 16.

⁴⁰⁰ O caso Geisy Arruda foi noticiado em várias mídias jornalísticas. Para maiores informações, acessar as publicações, de novembro de 2009: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0811200925.htm> e <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,uniban-expulsa-aluna-assediada-por-usar-vestido-curto-em-aula,462814>.

benefícios morais gerados nas hipóteses em que são configurados prejuízos também de ordem moral. De acordo com o autor:

Só quando não fôsse possível a reparação ou a compensação dos danos morais de uma maneira também ideal e não-econômica, é que haveria lugar, subsidiariamente, para as compensações econômicas. Só, então, se poderia apelar para o poder indireto que o dinheiro teria de proporcionar ao ofendido distrações e prazeres, além da satisfação que lhe levaria o próprio fato em si do desembolso, pelo ofensor, da quantia da reparação, o que, inegavelmente, não poderia deixar de constituir também um castigo a êle impôsto⁴⁰¹.

É importante destacar que a *compensatio lucri cum damno* só pode ser plenamente concretizada em um sistema de responsabilidade civil que tenha o seu cerne na reparação do indivíduo lesado. E essa parece ser a concepção adotada no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê, no art. 944, do Código Civil, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Distintamente, em um sistema que pugne pela função punitiva da responsabilidade civil – como se dá com os *punitive damages* no direito norte-americano – não haveria um amplo espaço para a compensação dos benefícios, tendo em vista que os valores indenizatórios não representam apenas a medida reparatória do dano sofrido⁴⁰², traduzindo, antes, uma penalização a ser cumprida pelo agente lesante.

No que concerne especificamente ao interesse contratual negativo, justifica-se, também, a ponderação da *compensatio lucri cum damno*, de modo a não ensejar um enriquecimento despropositado de uma das partes. Nesse sentido, Paulo Mota Pinto apresenta significativa consideração:

É preciso ter em conta a congruência entre a vantagem e a específica medida da indemnização que o lesado reclama, que pode justificar uma *compensatio* quando a indemnização se reporta ao interesse negativo, mas já não a fundamentar quando estiver em causa uma indemnização pelo interesse no cumprimento ou interesse positivo. Assim, por ex., a vantagem que o lesado retira de contratos com terceiros, e nomeadamente de uma revenda do bem, não pode em regra ser descontada como benefício na indemnização correspondente ao interesse positivo. Mas já não é assim quando o lesado exigir uma indemnização correspondente ao interesse negativo. Nesse caso, a dedução de vantagens de uso da coisa e do lucro da revenda justifica-se porque no *status quo ante* o lesado não as teria obtido⁴⁰³.

⁴⁰¹ MELO DA SILVA, Wilson. **O dano moral e a sua reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 513.

⁴⁰² A percepção da indenização como mecanismo de punição do agente lesante não está consagrada em nossa legislação, apesar de grande parte da jurisprudência caminhar para o seu reconhecimento. O Código de Defesa do Consumidor possuía um dispositivo que reconhecia a função punitiva, tendo sido, no entanto, objeto de veto presidencial.

⁴⁰³ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1066.

Portanto, quando se objetiva, pela via indenizatória, recompor uma situação com base no interesse contratual negativo, é imprescindível que sejam decotadas as eventuais vantagens que foram auferidas em razão do evento causador do dano. Como exemplo, em uma situação de erro negocial marcada pela entrega de objeto diverso do que pretendia a parte, podem ter sido gerados ganhos pela posse e uso do objeto inadequadamente entregue. Nesse caso, devem ser decotados os ganhos para que se permita uma adequada valoração da indenização a ser paga. De modo diverso, quando se está diante de uma situação que envolva o interesse contratual positivo, não há senso em se diminuir os ganhos conquistados pela contratação, tendo em vistas que já se materializariam se o contrato tivesse sido cumprido em sua integralidade.

4.6.2 Mitigação dos prejuízos

Outro instituto diretamente ligado à ponderação de valores indenizatórios é a denominada mitigação dos prejuízos. Trata-se de uma construção teórica, com origem no direito anglo-saxão, também conhecida pela expressão *duty to mitigate the loss*. A mitigação dos prejuízos está ligada à exigência de o credor impedir a ocorrência de prejuízos que podem ser evitados. Quando o credor tem a possibilidade de afastar os referidos danos, mas não adota esse comportamento esperado, não se justifica imputar ao devedor a responsabilidade pelos prejuízos, uma vez que poderiam ter sido evitados.

Pela própria descrição do dever de mitigar, é possível identificar sua íntima correlação com o princípio da boa-fé objetiva. Como abordado anteriormente, a relação obrigacional é vista hoje em sua complexidade, estando permeada de deveres acessórios que devem ser concretizados pelas partes negociantes. Nessas situações, o que está em jogo é o dever de cooperação entre as partes. Se há possibilidade, por meio da adoção de medidas simples, de evitar um prejuízo para a contraparte, essa medida deve ser tomada, sob pena de se justificar o desperdício de recursos em nosso direito. Sobre a mitigação dos prejuízos e a boa-fé, Christian Batista Sahb Lopes apresenta as seguintes considerações:

A regra de mitigação, de tal forma extraída da boa-fé, contribui para evitar o desperdício de recursos social e economicamente relevantes. Ora, na sua ausência, o credor será indenizado por todos os prejuízos que sofrer. Partindo do pressuposto de que a indenização é medida perfeita das perdas e danos e que o devedor é solvente, o credor terá, portanto, pouco incentivo

para evitar prejuízos a seu próprio patrimônio, pois esse será recomposto pelo devedor. No entanto, quando este paga a indenização o recurso apenas muda de mãos, mas aquele bem ou direito perdido pelo credor não é mais recomposto socialmente. Ao estabelecer que não haverá indenização pelos danos evitáveis, a norma de mitigação cria um incentivo para que o credor adote medidas para que a sociedade não perca, de forma definitiva, recursos econômicos⁴⁰⁴.

Não restam dúvidas da necessidade de o devedor indenizar o credor por perdas e danos originados do não cumprimento da prestação. Esse entendimento pode ser, inclusive, verificado na redação do art. 389, do Código Civil brasileiro, que dispõe que “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”. Assim, qualquer prejuízo que o credor vivencie em razão do inadimplemento obrigacional deve ser imputado ao devedor, em estrita consonância com o texto legal.

No entanto, é preciso ter atenção para as situações em que se configuram danos que poderiam ser evitados pelo credor, por meio de medidas simples. A cláusula geral de boa-fé oferece o fundamento para que o credor atue de forma a cooperar com a contraparte em uma relação obrigacional. Nesse sentido, Vera Fradera, em texto paradigmático sobre o tema, sustenta que “no sistema do Código Civil brasileiro de 2002, o *duty to mitigate the loss* poderia ser considerado um dever acessório, derivado do princípio da boa-fé objetiva, pois nosso legislador, com apoio na doutrina anterior ao Código, adota uma concepção cooperativa de contrato”⁴⁰⁵. Desse modo, se existe a possibilidade de o credor evitar o aumento dos seus prejuízos, devem ser tomadas atitudes que os mitiguem, impedindo a sua concretização⁴⁰⁶.

Releva destacar que o que se exige do credor é um comportamento simples que possa evitar o prejuízo. Se a evitabilidade do dano depender de qualquer comportamento complexo

⁴⁰⁴ LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. **Mitigação dos prejuízos no direito contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 265.

⁴⁰⁵ FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Vol. 19, jul-set, 2004, p. 116.

⁴⁰⁶ Sobre o fundamento do dever de mitigar no direito contratual francês, sustenta Stéphan Reifegerste: “Em matéria contratual, a obrigação de minimizar os danos poderia parecer estar baseada na obrigação geral de boa-fé, consagrada no artigo 1134, parágrafo 3, do Código Civil, que, sob a sua concepção bilateral atual, pesa igualmente sobre o credor. Mas, neste caso, é necessário intensificar o recurso à boa-fé, admitindo-se que o credor pode ser obrigado a colaborar com um devedor em incumprimento”. No original: “En matière contractuelle, l’obligation de minimiser le dommage pourrait, semble-t-il être fondée sur l’obligation generale de bonne foi consacrée à l’article 1134, alinéa 3, du Code civil et qui, dans sa conception bilaterale actuelle, pèse également sur le créancier. Mais encore faudrait-il, dans ce cas, que l’on consente à aller aussi loin dans l’appel à la bonne foi et que l’on admette que le créancier peut être tenu de collaborer avec un débiteur en défaut”. REIFEGERST, Stéphan. **Pour une obligation de minimiser le dommage**. Marseille: PUAM, 2002. p. 181.

ou de grande dispêndio econômico, não se pode exigir da contraparte um dever de mitigar o prejuízo. Segundo Christian Sahb Batista Lopes:

Nas formulações existentes do dever de mitigar, o credor se vê impedido de ser indenizado pelos danos que podiam ter sido evitados com esforços razoáveis ou mediante a sua diligência *ordinária*. Não se exige [...] o emprego de esforços excessivos, o dispêndio de valores elevados, a adoção de medidas significativamente arriscadas ou a conduta que imponha ao credor humilhação⁴⁰⁷.

Vê-se, pois, que no momento de ponderação do dever de mitigar deve-se atentar para as reais possibilidades de evitar o dano. Nesse ponto, deve ser adotada uma avaliação centrada em critérios de razoabilidade⁴⁰⁸, que não onere o credor em demasia, em razão de um dano que, do ponto de vista dos fatos, não poderia ser efetivamente evitado.

No que concerne à relação do instituto com a fórmula dos interesses, assim como se dá na aplicação da *compensatio lucri cum damno*, o dever de mitigar também demonstra sua relevância apenas nas hipóteses de ponderação da indenização tendo por base o interesse contratual negativo. Nas hipóteses em que está em causa o interesse positivo, não há prejuízo a ser mitigado, uma vez que o *quantum* equivaleria ao total cumprimento do conteúdo da contratação. De modo diverso, nas situações em que está em jogo o interesse negativo, variadas contingências podem surgir, uma vez que a baliza para a indenização é a situação em que a parte lesada estava antes de realizar a contratação. Entre a contratação e o restabelecimento do *status quo* ante, podem ter sido gerados variados prejuízos merecedores de reparação, todavia, há a probabilidade de que alguns desses prejuízos tinham por essência a possibilidade de serem evitados por meio de comportamentos simples a serem tomados pelo lesado. Quando uma circunstância como essa ocorre, o lesado não faz jus à indenização por todos os prejuízos, tomando em consideração que alguns deles poderiam ter sido afastados por meio da adoção de um comportamento alinhado ao princípio da boa-fé objetiva.

A título de exemplo, se um contrato de fornecimento de gêneros alimentícios é frustrado em razão de uma ruptura das negociações preliminares, em desconformidade com o princípio da boa-fé objetiva, o lesado tem o dever de minimizar os seus prejuízos dentro de um contexto de razoabilidade. Desse modo, se o negociante frustrado tinha a possibilidade de

⁴⁰⁷ LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. **Mitigação dos prejuízos no direito contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 129.

⁴⁰⁸ LOPES, Christian Sahb Batista Lopes. **Mitigação dos prejuízos no direito contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 129.

escoar a integralidade ou parte de sua produção para outro eventual comprador, não parece justificável que a reparação pelos prejuízos decorrentes da degradação dos produtos seja imputável ao negociante que rompeu com as tratativas. Se, por um lado, o rompimento das negociações preliminares deu-se em desobediência ao princípio da boa-fé objetiva, por outro, o procedimento da contraparte, que não afasta os prejuízos que poderiam ser evitados, também atenta contra o mesmo cânone principiológico.

Paolo Gallo apresenta interessante consideração sobre situação que poderia levar ao não ressarcimento dos prejuízos oriundos de uma ruptura injustificada de negociações preliminares, quando os danos poderiam ser evitados. Aduz o autor:

Imagine-se, por exemplo, um empreendedor que, em seguida ao recesso injustificado da contraparte, tenha perdido a oportunidade de apresentar proposta para outros negócios, por vencimento dos termos relacionados; em um caso deste gênero, tratando-se de um dano não evitável, o ressarcimento bem poderá compreender também a perda dos lucros. Se, contrariamente, o recesso injustificado não privar a possibilidade de encontrar outra oportunidade de utilização alternativa, mas causar unicamente um atraso, ou uma perda de lucros limitada no tempo, o ressarcimento a título de lucro cessante será limitado ao atraso. Se, enfim, não obstante o recesso injustificado, encontram-se imediatamente, ou se seria possível encontrar, com a normal diligência, outras oportunidades de investimento, o ganho perdido não poderá ser ressarcido.⁴⁰⁹

Da análise feita por Paolo Gallo, faz-se possível identificar que havendo a possibilidade de afastar os prejuízos por meio da contratação de novos negócios, baseando-se em critérios de razoabilidade, não poderão ser computados como prejuízos ressarcíveis os lucros cessantes que poderiam ser evitados.

Verifica-se, assim, que a par da importância da contraposição entre o interesse negativo e o interesse positivo, outros institutos podem levar a uma alteração nos valores a serem pagos a título de indenização. A reparação com supedâneo no interesse negativo pode requerer a ponderação em torno da existência de uma evitabilidade dos prejuízos sofridos,

⁴⁰⁹ No original: “Si immagini per esempio un imprenditore che in seguito al recesso ingiustificato della controparte, abbia perso l’opportunità di presentare domanda per altri appalti, per scadenza dei relativi termini, o altro ancora; in un caso di questo genere, trattandosi di un danno non evitabile, il risarcimento ben potrà comprendere anche la perdita dei profitti. Se invece il recesso ingiustificato non priva della possibilità di trovare altre opportunità di impiego alternative, ma causa unicamente un ritardo, o una perdita di un profitti limitata nel tempo, il risarcimento a titolo di lucro cessante sarà limitato al ritardo. Se infine, nonostante il recesso ingiustificato, si trovano subito o si sarebbero potuto trovare con la normale diligenza altre opportunità di reddito, il mancato guadagno non potrà essere risarcito”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il *quantum*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 512.

bem como a possibilidade de compensar os prejuízos com eventuais ganhos produzidos pelo mesmo evento lesivo.

V – O “quantum” indenizatório nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual e a ponderação entre interesse negativo e interesse positivo

Configurada a responsabilidade pré-contratual, surge o problema da delimitação do *quantum* indenizatório para cada uma das hipóteses fáticas que levam à sua ocorrência, bem como deve ser verificada a possibilidade de se requerer a consecução e execução do contrato pretendido. De acordo com Paolo Gallo⁴¹⁰, com a configuração do dano na fase pré-contratual, poderíamos cotejar pelo menos seis soluções diversas: i) não ressarcir o dano; ii) conceder uma indenização nos limites das despesas e das perdas súbitas pela iniciada execução; iii) ressarcir o dano nos limites do interesse negativo; iv) ressarcir o dano integralmente somente nos casos de dolo; v) ressarcir integralmente o dano em todos os casos; vi) conceder o ressarcimento em forma específica.

A simples identificação do dano, por conseguinte, não nos indica, *a priori*, qual a solução jurídica adequada para aquela ocorrência. Diante de uma multiplicidade de caminhos que podem ser seguidos, em decorrência do ilícito pré-contratual, é indispensável o cotejo das peculiaridades que envolvem cada evento danoso, bem como ter atenção aos ditames encontrados na legislação ordinária.

Verifica-se que a responsabilidade civil pré-contratual passa a ter a sua essência ligada à boa-fé objetiva, pois o desenvolvimento teórico da *culpa in contrahendo* caminhou no sentido de sua materialização depender da identificação de uma não obediência aos deveres laterais emanados da cláusula geral. Verifica-se, pois, que a boa-fé objetiva passa a ser utilizada como válvula de controle da ocorrência dos danos na fase de formação do contrato, restando notável a influência que os padrões de comportamento – exigíveis no tráfego negocial – têm na sua configuração. A própria violação dos deveres de conduta, impostos às partes, já pode concretizar um dano, e levar ao dever de reparação⁴¹¹.

⁴¹⁰ GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il *quantum*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 500.

⁴¹¹ Importante destacar que se trata, aqui, da boa-fé em sua acepção objetiva. Sobre a relação entre boa-fé

Os avanços teóricos levaram a novos contornos da responsabilidade pré-contratual. Como visto, tradicionalmente, a Ciência Jurídica compreendia que o ressarcimento dos danos pré-contratuais estava limitado ao interesse contratual negativo. Essa intrínseca correlação passa a ser questionada, tendo em vista as novas formas de compreender o interesse negativo e o interesse positivo.

Por consequência, essa nova perspectiva põe em xeque o próprio valor distintivo das noções de interesse negativo e interesse positivo. Como não se identificam os referidos conceitos como limites ao ressarcimento dos danos pré-contratuais – tendo em vista, inclusive, a necessidade de se reparar integralmente os danos sofridos –, perquire-se se há utilidade na utilização da fórmula como mecanismo para fixar parâmetros indenizatórios. Nesse sentido, por exemplo, Ana Prata afirma que “não se vê, pois vantagem ou, sequer fundamento, para operar com tal distinção, pois nem pode por ela, *contra legem*, caracterizar-se o âmbito dos danos indemnizáveis”⁴¹².

Não obstante a identificação de contrariedades com relação à subsistência das categorias, a fórmula-par continua a ter valia, uma vez que, por meio de seu sopesamento, se faz possível alcançar um adequado patamar reparatório, em cada uma das hipóteses de dano *in contrahendo*. O interesse negativo e o interesse positivo não se apresentam como restrições do *quantum* indenizatório, mas, sim, como situações que fornecem subsídios para se chegar a um justo valor. Importa, porém, trabalhar os elementos que justifiquem a necessidade de se utilizar essas noções no âmbito da responsabilidade civil.

A complexidade do fenômeno pré-contratual leva, além disso, à necessidade de se identificar as múltiplas hipóteses de configuração do dano na formação do contrato. As características e peculiaridades encontradas em cada uma dessas realidades distintas podem

subjetiva, boa-fé objetiva e a responsabilidade pré-contratual, Paolo Gallo assevera: “É mais que evidente que se uma parte concretizou um comportamento em contraste com os ditames da boa-fé em senso objetivo (art. 1337, do Código Civil italiano) deve ressarcir os danos, que prescindem de um accertamento ulterior sobre o estado de boa ou de má-fé em senso subjetivo. Também uma parte que tenha violado culposamente uma regra de correção, mas em perfeita boa-fé, pode ainda ter que ressarcir os danos”. No original: “È più che evidente che se una parte ha posto in essere un comportamento in contrasto con i dettami della buona fede in senso oggettivo (art. 1337 c.c.) è tenuta a risarcire i danni a prescindere da accertamenti ulteriori circa il suo stato di buona o di mala fede in senso soggettivo. Anche una parte che abbia violato colposamente, ma in perfetta buona fede, una regola di correttezza può dunque essere tenuta a risarcire i danni”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la fattispecie. *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, 2004, Padova, p. 324.

⁴¹² PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 178.

servir de embasamento para a construção de soluções equânimes e atentas às situações que devem ser reconstruídas pela via indenizatória. A nova leitura de tradicionais noções jurídicas pode permitir a ponderação de adequadas aplicações práticas, estabelecendo-se, para cada uma das hipóteses de responsabilidade pré-contratual, os parâmetros a serem observados para a fixação de valores indenizatórios.

5.1 Interesse negativo e interesse positivo na responsabilidade pré-contratual

A construção teórica da responsabilidade pré-contratual nasce atrelada à noção de interesse contratual negativo. Durante muito tempo, a ciência jurídica repetiu a fórmula apresentada por Jhering, e, ao se verificar uma expansão dos confins da responsabilidade pré-contratual, o interesse negativo também acompanhou esse fenômeno, como uma constante relacionada aos alcances do *quantum* indenizatório.

Para alguns autores, existiria uma limitação do ressarcimento do dano pré-contratual ao interesse contratual negativo⁴¹³. Essas construções teóricas estavam fundamentadas, sobretudo, na própria teoria de Jhering, para quem o interesse negativo correspondia à situação a ser reconstituída nas hipóteses de dano na formação do contrato. Francesco Benatti⁴¹⁴, por exemplo, afirma ser “opinião pacífica que a violação de um dever pré-contratual dá somente lugar ao ressarcimento do chamado interesse negativo”⁴¹⁵. Essa correlação estava justificada em uma falsa premissa de que o lesado não poderia ser indenizado pelo interesse positivo, pois tal fato o conduziria a uma situação mais benéfica do que aquela em que ele estava antes da ocorrência do fato lesivo.

No entanto, a manutenção de uma perene inter-relação entre responsabilidade pré-

⁴¹³ No direito brasileiro, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald defendem a limitação, na hipótese mais habitual de responsabilidade pré-contratual, qual seja a decorrente da ruptura das negociações preliminares: “Daí que a responsabilidade pela ruptura das tratativas somente pode compreender os prejuízos que o contratante sofreu em razão de ter, de boa-fé, confiado na conclusão do contrato. Esses prejuízos se limitam às despesas em que incorreu no desenrolar das tratativas e, eventualmente, na perda de algum outro negócio que tenha desistido em virtude de estar negociando o contrato que posteriormente não veio a se estabelecer”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 61.

⁴¹⁴ Importante destacar, contudo, que Benatti não vê uma relação intrínseca entre interesse negativo e responsabilidade pré-contratual, pois crê que seja possível o uso da noção de interesse também para as hipóteses de resolução do contrato por inadimplemento. Cf. BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caieiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 174.

⁴¹⁵ BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caieiro. Coimbra: Almedina, 1970. p. 166.

contratual e interesse negativo passa a ser contrastada com princípio da reparação integral dos danos. Limitar o ressarcimento do dano pré-contratual ao interesse negativo passa a significar uma não avaliação das peculiaridades do caso concreto, impedindo que sejam indenizados prejuízos que ultrapassem o referido conceito. O art. 944 do Código Civil brasileiro consagra o referido princípio, ao estabelecer que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Nesse sentido, qualquer limitação ressarcitória que se afaste da identificação e qualificação dos danos demonstra-se incongruente se comparada com a norma de conteúdo geral.

De outra forma, assentou-se a compreensão de que o interesse contratual negativo pode ser composto pelos danos emergentes e, também, pelos lucros cessantes, possibilitando que a indenização, ponderada em consonância com a referida noção, seja, inclusive, superior ao montante que poderia ser auferido com a execução do contrato. A referida visão contribui para a não identificação de limites em uma indenização por interesse negativo. Em verdade, cada situação prática pode ensejar diferentes parâmetros indenizatórios, que variam em harmonia com a situação que se objetiva reconstituir ou recompor, ao estabelecer um *quantum* indenizatório.

Deve ser afastado, ainda, o argumento de que fixar uma indenização em consonância com o interesse positivo ou o interesse negativo apresenta-se como contingência limitadora do valor a ser pago a título de indenização. As expressões objetivam, verdadeiramente, apresentar a situação que servirá de parâmetro indenizatório, mas não limitar a indenização. Para que seja configurada a responsabilidade civil, é imprescindível a ocorrência de um dano indenizável, e estabelecer quais são os danos passíveis de indenização é a tarefa da aplicação das noções de interesse negativo e interesse positivo, o que não se confunde com a fixação de limites que impeçam o ressarcimento integral do sujeito lesado.

Sobre a afirmação de que as noções de interesse positivo e, principalmente, de interesse negativo serviriam como excessiva limitação dos valores indenizatórios, discorre Paulo Mota Pinto:

Com efeito, as noções de interesse (contratual) negativo e de interesse (contratual) positivo ligam-se, como vimos, justamente à aplicação das *regras gerais* sobre a indemnização, exprimindo a respectiva “conceitualização”, de forma clara e bastante “plástica”, diversidades relevantes na *hipótese* de responsabilidade, com reflexo no alcance da indemnização – como mostra, aliás, o seu amplo e indiscutível sucesso. Por

outro lado, o argumento da excessiva contenção das indemnizações, para além de provar demais e de não proceder na medida em que o interesse negativo possa ultrapassar o interesse positivo (ou em que, por exemplo, possa, nas circunstâncias do caso, ser mais facilmente provado), tem sobretudo força para a responsabilidade extracontratual e para “indemnizações” (*rectius* compensações) por danos não patrimoniais, e, decisivamente, não serve para justificar qualquer elevação indiscriminada da indemnização, que não preste atenção às regras gerais para o seu cálculo, aplicadas a diversas hipóteses de responsabilidade⁴¹⁶.

Verifica-se, assim, que a redução da responsabilidade civil pré-contratual ao interesse contratual negativo não se revela como adequada, justamente, em razão da multiplicidade de situações que podem ser qualificadas como geradoras de danos pré-contratuais. Faz-se necessária uma ponderação casuística que permita concluir em cada uma das hipóteses se o interesse negativo – ou interesse positivo – deve ser utilizado como parâmetro de ressarcimento à parte lesada.

Ainda é certo que a maior parte dos danos pré-contratuais possa, normalmente, ser reconduzida ao interesse contratual negativo. No entanto, dependendo das características que envolvam uma específica negociação – como, por exemplo, o nível de confiança criado na contraparte –, pode ser justificada uma tutela baseada no interesse contratual positivo, representado por uma execução específica do programa contratual ou por uma indenização que traduza os ganhos que poderiam ter sido conseguidos com aquela avença.

Essa formulação sobre qual situação jurídica deverá ser reconstituída por meio da fixação de valores indenizatórios encontra-se muitas vezes na legislação ordinária. Pode caber, de certo modo, ao legislador a escolha dos patamares indenizatórios a conduzir o aplicador do direito. Sobre a questão, Paolo Gallo sustenta que “é mais que óbvio que se trata de um problema de política do direito; compete assim ao legislador escolher entre as várias soluções possíveis; porém, deve tratar-se de uma solução o mais possível conforme aos ditames da razão”⁴¹⁷.

No entanto, o legislador, por vezes, não dedica a adequada atenção aos parâmetros

⁴¹⁶ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1184.

⁴¹⁷ “Si è contestato il limite stesso dell’interesse negativo: ci si domandati se abbia senso limitare il risarcimento del danno al solo interesse negativo in materia di responsabilità precontrattuale. È più che ovvio che si tratta di un problema di politica del diritto; compete cioè al legislatore scegliere tra le varie soluzioni possibili; deve però trattarsi di una soluzione il più possibile conforme ai dettami della ragione”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il *quantum*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 519.

indenizatórios a serem sopesados nos casos concretos. No direito civil brasileiro, há uma completa omissão, reduzindo-se a afirmar que a indenização mede-se na extensão do dano. Percebe-se uma excessiva preocupação em identificar situações ensejadoras de responsabilidade civil, porém, não se verifica a mesma preocupação com relação ao alcance do *quantum* indenizatório para cada uma dessas situações. Por consequência, é deixada uma grande margem para a construção de soluções que perpassem por critérios de razoabilidade, e é o que se tentará estabelecer no presente trabalho.

Por fim, não existindo uma redução da responsabilidade pré-contratual ao interesse negativo, poder-se-ia questionar a atual relevância das noções construídas por Jhering. No entanto, como assinalado por Paulo Mota Pinto, “tal não significa retirar todo o valor a estas noções, antes devendo elas ser postas em relação com as regras gerais da responsabilidade civil, e em particular com as regras próprias da causalidade normativa”⁴¹⁸. Nesse sentido, no que concerne à responsabilidade pré-contratual, o interesse negativo e o interesse positivo apresentam-se como a ligação causal existente entre o ato ilícito e o valor indenizatório que será fixado em razão de sua ocorrência. Isso se dá como resultado da necessidade de se apoiar em balizas que permitam recompor uma situação, lastreando-se na função compensatória da responsabilidade civil.

Importa, pois, verificar em que medida o interesse negativo e o interesse positivo devem ser sopesados em cada uma das hipóteses de responsabilidade pré-contratual. Para tanto, torna-se indispensável a análise a partir de categorias pré-definidas, que detenham características comuns e que mereçam, portanto, um tratamento uniforme.

5.2 Hipóteses de responsabilidade pré-contratual e ponderação dos interesses

A responsabilidade pré-contratual é marcada por uma grande contingência de eventos danosos, que têm como característica comum o fato de sucederem previamente à formação do negócio jurídico contratual. Não se trata, portanto, de um fenômeno dotado de unicidade, e que mereça, por conseguinte, um tratamento homogêneo pelo ordenamento jurídico. Contrariamente, o que se percebe é que as conjunturas específicas, de cada uma das situações

⁴¹⁸ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1184.

propiciadoras do reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, levam à necessidade de que sejam conduzidas a regimes jurídicos específicos, aptos a atenderem às peculiaridades de cada uma dessas situações.

Desse modo, a responsabilidade pré-contratual não pode ser reduzida a uma pura e simples identificação de um ressarcimento em conformidade com o interesse negativo. A complexidade é desmesurada e marcada por situações dotadas de características muito específicas. Nesse sentido, é de grande valia o cenário apresentado por Angelo Luminoso, para quem a *culpa in contrahendo* abarca diferentes hipóteses de ilícitos, não podendo se ater a um único regime indenizatório. Nas palavras do autor:

No meu ponto de vista, na responsabilidade pré-contratual não é identificada a lesão de um tipo constante de interesse, como pretende a *communis opinio*, que como se sabe, considera, sob este perfil, a marca de tal responsabilidade no ressarcimento do dano nos limites do interesse negativo. Acredito que a lesão inclusa no ilícito pré-contratual possa atingir, a depender dos casos, um interesse contratual positivo ou um interesse contratual negativo da vítima. Não só, mas internamente a cada um desses dois tipos de interesses, penso seja possível, e necessário, operarem ulteriores distinções. A locução *culpa in contrahendo* ou responsabilidade pré-contratual não designa, assim, no meu ponto de vista, uma única forma de responsabilidade conceitualmente unitária e funcionalmente homogênea, mas sim uma série aberta de ilícitos, de várias naturezas, cuja característica comum é dada unicamente pela modalidade cronológica da conduta lesiva, ou seja, pela verificação daqueles na fase das tratativas ou da formação do contrato⁴¹⁹.

Do ponto de vista teórico – mas, também, ligado a contingências práticas – faz-se imperioso o agrupamento das hipóteses ocasionadoras de responsabilidade pré-contratual em categorias mais amplas, de modo a fornecer os adequados subsídios jurídicos para o ressarcimento dos danos concretizados. Os critérios classificatórios são diversos, fundamentando-se, por exemplo, ora nas hipóteses de sua materialização, ora nos efeitos decorrentes da configuração do dano.

⁴¹⁹ No original: “A mio avviso, nella responsabilità precontrattuale non è riscontrabile la lesione di un tipo costante di interesse, come invece vorrebbe la *communis opinio*, che com'è noto, ravvisa, sotto questo profilo, il contrassegno di tale responsabilità nella risarcibilità del danno nei limiti dell'interesse negativo. Ritengo che la lesione racchiusa nell'illecito precontrattuale possa colpire, a seconda dei casi, un interesse contrattuale positivo o un interesse contrattuale negativo della vittima. Non solo, ma all'interno di ciascuno di questi due tipi di interessi penso sia possibile, e necessario, operare ulteriori distinzioni. La locuzione *culpa in contrahendo* o responsabilità precontrattuale no designa, quindi, a mio modo di vedere, una forma di responsabilità concettualmente unitaria e funzionalmente omogenea, bensì una serie aperta di illeciti, di varia natura, la cui caratteristica comune è data unicamente dalla modalità cronologica della condotta lesiva, ossia dal verificarsi di questa nella fase delle trattative o della formazione di un contratto”. LUMINOSO, Angelo. La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile. **Contratto e impresa**. Padova. Vol. 3. 1988. p. 794.

A título de exemplo, Giorgio Afferni apresenta duas grandes categorias de responsabilidade pré-contratual. A primeira abarcaria as situações em que há responsabilidade civil pelo falimento das tratativas. Já a segunda categoria de hipóteses seria marcada pela responsabilidade pela violação de um dever de informação. De acordo com o autor, o exame em separado das duas categorias tem por pressuposto a impossibilidade de construir uma teoria unitária que abarque ambas as situações⁴²⁰.

Nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual por falimento das tratativas, o que se verifica, na verdade, é o rompimento sem justa causa das negociações preliminares, quando estas últimas tenham alcançado certa fase, incutindo a confiança na realização do negócio pela contraparte. Como sustentado por Afferni, os pressupostos para a configuração de responsabilidade civil são a ausência de uma justa causa para o rompimento, a razoabilidade na ponderação da confiança da parte que se viu prejudicada em razão da frustração do negócio jurídico e a prova da existência de um dano passível de ressarcimento⁴²¹. Ainda dentro dessa primeira categoria geral, seriam identificadas outras subcategorias, como as situações em que se verifica a revogação de uma proposta ou a aceitação de outra proposta mais vantajosa.

No segundo grupo, estariam inseridas as hipóteses em que se constata a ausência de submissão aos necessários deveres de informação entre as partes contratantes. Nesse contexto, seriam identificadas as situações que perfilham vícios da vontade em um negócio jurídico, que levariam à possibilidade de declaração de invalidade. Assim, as categorias do erro negocial e do dolo na realização de um contrato acabariam por materializar uma hipótese de ausência de adequada informação, tomada como um dever premente entre as partes, em decorrência da submissão à cláusula geral de boa-fé presente em nosso ordenamento jurídico.

Identificadas estas categorias, necessária seria a intervenção do Poder Judiciário no sentido de apresentar remédios ligados à responsabilidade civil que amenizem os prejuízos sofridos pelas partes envolvidas nas tratativas negociais. Conclui-se que, para Afferni, a mensuração do *quantum* indenizatório, bem como a sua recondução às categorias de interesse negativo e interesse positivo têm por premissa esse prévio enquadramento em uma das duas tipologias apresentadas.

⁴²⁰ AFFERNI, Giorgio. **Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008. p. 5.

⁴²¹ AFFERNI, Giorgio. **Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008. p. 15..

Para o presente trabalho, optou-se por enquadrar algumas categorias de responsabilidade civil pré-contratual de modo diverso, sem se procurar fechar as hipóteses em um rol taxativo.

Primeiramente, serão abordadas as contingências que originaram a própria teoria da *culpa in contrahendo*, quais sejam as situações em que está diante de uma contratação marcada pela invalidade ou pela ineficácia. Em razão de suas peculiares características, ligadas à própria sustentação do ato nos planos do mundo jurídico, justifica-se uma abordagem unívoca. Em um segundo grupo, encontram-se as hipóteses de ruptura de negociações preliminares levando a parte inocente a vivenciar uma série de prejuízos. Do ponto de vista prático, trata-se da conjuntura mais habitual, tendo sido, também, objeto de variados ensaios teóricos, que procuraram dar bases para a sua ocorrência. Em seguida, optou-se por abordar a denominada recusa de contratar. Pode uma parte se recusar a contratar com uma pessoa, por exemplo, em razão de suas crenças ou de suas características físicas? Trata-se de um problema ligado à formação do contrato, mas que demanda uma ampla análise, correlata, inclusive, à eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica. Além disso, devem ser analisadas situações em que o contrato não chega a se formar, mas não em decorrência de uma simples ruptura das tratativas, mas, sim, como resultado de uma ação da contraparte ou de terceiro, que pretende ver frustrada aquela negociação em prejuízo do negociante de boa-fé; importa verificar quais são os patamares indenizatórios aptos a salvaguardarem esse tipo de situação. Outra contingência importante localiza-se na revogação da proposta. Como parte do próprio processo de formação do contrato, a proposta pode ou não ter efeito vinculante. Desse modo, é relevante questionar quais são os limites para a revogação de uma proposta e quais as consequências ressarcitórias a serem assumidas pelo proponente que opta por não manter o seu original posicionamento. Por fim, devem ser analisadas situações em que o contrato é considerado formado e válido, mas, que, em razão da não obediência a deveres de informação, acaba sendo indesejado ou não atendendo as expectativas da parte inocente, envolvida na negociação.

Procura-se, desse modo, por meio das tipologias elencadas, a identificação de adequados regimes jurídicos para a solução de problemas de responsabilidade pré-contratual. O percurso teórico pelas referidas categorias permitirá uma abordagem atenta a cada uma das especificidades envolvidas e possibilitará, por conseguinte, apresentar soluções indenizatórias

mais apropriadas às realidades fáticas vivenciadas.

5.2.1 O contrato vem a ser invalidado ou padece de ineficácia

A primeira hipótese de ponderação da responsabilidade pré-contratual encontra-se nas situações em que o contrato vem a ser invalidado ou padece de ineficácia. Como se verá, a referida construção tem, ainda hoje, sua base doutrinária na construção teórica de Jhering sobre a *culpa in contrahendo*, não se identificando, nos ordenamentos jurídicos de *civil law*, soluções muito diversas das elaboradas pelo autor alemão.

Preambularmente, é importante enfatizar que, desde Pontes de Miranda⁴²², a Ciência Jurídica brasileira trabalha sobre uma artificial divisão do mundo jurídico em três planos distintos: existência, validade e eficácia. O primeiro plano (existência) estaria ligado à identificação de um suporte fático, para que um ato exista e tenha repercussões para o direito⁴²³. O segundo plano (validade) remete-se ao controle de perfeição do ato, baseado em critérios dispostos na legislação. E, por fim, o último plano (eficácia) está assentado na produção dos correlatos efeitos de um ato jurídico. Para alguma doutrina não haveria que se diferenciar inexistência de invalidade⁴²⁴, mas, prevalece, ainda, a compreensão pela autonomia dos dois planos do mundo jurídico. Sobre a pertinência da aludida distinção, discorre Pedro Pais de Vasconcelos:

A inexistência do negócio jurídico só pode ser confundida com a nulidade num modo de pensar que não leve em consideração a dimensão ontológica da acção negocial. Para além das consequências jurídicas que a lei lhes atribua, deve distinguir-se o não-acto, o não negócio, do acto ou do negócio inválidos. No primeiro caso, no juízo sobre a existência ou inexistência, a questão é posta no domínio do ser; no segundo, no juízo sobre a validade ou invalidade, a questão coloca-se no domínio do dever-ser. No primeiro caso, trata-se de um juízo de realidade; no segundo, de um juízo de valor. O negócio inexistente é um nada; o negócio existente mas nulo, é algo de inválido que tem ainda alguma eficácia jurídica, embora não negocial. A falta da perspectiva ontológica, induzida pela recusa positivista da metafísica, torna difícil distinguir a inexistência da nulidade. No entanto, a categoria da inexistência deve ser mantida no Direito Civil, por um lado,

⁴²² PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. pp. 3-49.

⁴²³ Conforme Marcos Bernardes de Mello, deveu-se a Zachariae, em seu “Cours de droit civil français”, a adoção do expediente técnico da *existência*. MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 100.

⁴²⁴ Cf. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Vol. I – parte geral. Tomo I. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005. p. 652.

porque a lei a prevê expressamente e lhe atribui regimes jurídicos específicos e, por outro, porque ela decorre naturalmente da diferença entre ser e dever-ser, entre realidade e valor⁴²⁵.

Assim, enquanto o plano da existência está voltado para o *ser*, para a identificação de um mínimo que permita compreender o ato como jurídico, a análise da validade de um ato ou de um negócio jurídico está ligada a um *dever-ser*, que materializa um juízo de gravidade, atribuído pelo respectivo ordenamento jurídico. Assim, as consequências da declaração de invalidade não dependem da vontade dos sujeitos, mas, contrariamente, são impostas pela lei.

Os estudos referentes às invalidades e às suas consequências jurídicas continuam a trazer dissonâncias e a demonstrar a ausência de uma boa técnica jurídica assentada em noções sólidas e elementares⁴²⁶. Logo, é significativo abordar algumas dessas questões, de modo a elucidar o próprio regime das invalidades.

Os ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica trabalham, comumente, com a bipartição da invalidade em dois graus. No ordenamento jurídico brasileiro, diz-se que um ato é passível de nulidade ou de anulabilidade. A nulidade é considerada mais gravosa, por ter, como regra, em seu cerne, algum interesse público. Justamente em razão desse fato, a nulidade é originária, podendo ser sempre arguida. Por outro lado, a anulabilidade envolve o interesse de particulares envolvidos no ato ou na negociação, podendo, inclusive não vir a ser declarada ou reconhecida. Como destacado por Valle Ferreira, as noções de nulidade e de anulabilidade do negócio jurídico apresentam-se mais fortemente como uma escolha do legislador, pois é a norma que dita cada uma das hipóteses, tendo em vista que a validade faz-se por meio do contraste com disposições de lei. Nas palavras do autor:

Efetivamente, ninguém pode recusar que a infração das proibições da lei, ou a inobservância de suas prescrições na formação dos atos jurídicos, em princípio e a rigor, deve levar à ineficácia dos mesmos, uma vez que o direito, para emendar a desobediência, não reconhece nem pode proteger um comportamento contrário à norma estabelecida. É verdade que tais conclusões foram abrandadas por uma questão de oportunidade, quando o legislador, mais empenhado na composição dos interesses humanos, quis reduzir as consequências lógicas daquele princípio para, por motivo de

⁴²⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 628.

⁴²⁶ Em 1963, José Gaenaert do Valle Ferreira publicou importante ensaio, denominado *Subsídios para o estudo das nulidades*, no qual buscava elucidar algumas inconveniências no tratamento dado ao tema, propondo novo enquadramento às questões ligadas à matéria. Até os dias de hoje, o referido texto deve ser tomado como importante marco no estudo das invalidades, sendo ainda exatos seus alertas e proposições. Cf. FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 29-38.

utilidade prática, admitir a possibilidade de uma sanção mais ou menos enérgica, segundo a maior ou menor importância da norma então contrariada. Assim, apenas no plano do direito positivo, foi criada uma divisão artificial: atos nulos e anuláveis, ou nulidade e nulidade atenuada, ou ainda nulidade absoluta e nulidade relativa. Tais aspectos da mesma imperfeição, assim decompostos, apenas indicam que a correção deve ser enérgica no primeiro caso e mais leve no segundo. Ora, este processo de temperamento, esta simples disposição moderadora no momento da realização técnica do princípio da invalidade, de nenhum modo poderia alterar o sentido e o alcance das regras essenciais sobre a invalidade em geral⁴²⁷.

Assim, a invalidade é uma única, caracterizada pela imperfeição existente com o ordenamento jurídico posto. A divisão entre nulidade e anulabilidade seria mero arbítrio do legislador, ao estabelecer um regime jurídico de invalidades para situações consideradas mais ou menos gravosas. Haveria, então, uma utilidade prática na distinção apresentada no que concerne aos modos de pronunciar a invalidade, à forma de alegá-la e às pessoas qualificadas para fazê-lo⁴²⁸.

Outro grande mérito de Valle Ferreira reside na correção de um erro conceitual, até hoje, encontrado na literatura jurídica⁴²⁹ e na jurisprudência. Trata-se da utilização da expressão “nulo de pleno direito”, como uma autônoma tipologia de invalidade. De acordo com o autor, não seria possível pensar em uma nulidade de pleno direito, tendo em vista, inicialmente, que a referida aplicação não está prevista em instrumentos legislativos, notadamente, no Código Civil brasileiro⁴³⁰. Além disso, a expressão demonstra-se equivocada, pois para que a nulidade seja concretizada, é necessário um pronunciamento por parte do Poder Judiciário. Valle Ferreira afirma que “o Código Civil gradua expressamente os casos de invalidade, compreendendo tanto a nulidade quanto à anulabilidade. Isso posto, não pode existir nulidade de pleno direito, pois qualquer que seja o grau de imperfeição do ato, a nulidade só pode ser pronunciada por julgamento”⁴³¹. Trata-se, pois, de um erro conceitual

⁴²⁷ FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 30.

⁴²⁸ FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 31.

⁴²⁹ Como exemplo, pode ser apontado: VELOSO, Zeno. Negócios nulos e anuláveis: efeitos da sentença. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 20, n. 80, out-dez, 1983, p. 340. E, utilizando o termo “nulidade *de pleno iure*”, verifica-se: MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110.

⁴³⁰ Importante destacar que o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), em contrariedade ao exposto por Valle Ferreira, utiliza-se da expressão em seu art. 51, ao afirmar que: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...]”.

⁴³¹ FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 33.

baseado numa absorção inadequada de conceitos que possuíam um âmbito de aplicação diversa no direito romano e no direito francês⁴³².

O reconhecimento dos dois diferentes graus de invalidade traz consequências práticas diferentes, em razão dos também distintos regimes jurídicos. Uma primeira distinção que pode ser apontada centra-se na legitimidade para arguir a nulidade ou a anulabilidade. Nas hipóteses de nulidade é reconhecida a possibilidade de qualquer interessado ou do Ministério Público requerer a declaração de nulidade do ato jurídico, em consonância com o art. 168, do Código Civil brasileiro⁴³³. Diferentemente, as hipóteses em que se verifica anulabilidade devem ser alegadas pelas partes interessadas envolvidas na negociação e só a elas beneficia o reconhecimento da anulabilidade, de acordo com o art. 177 do mesmo diploma legislativo⁴³⁴.

No que concerne, ainda, às diferenças entre os dois regimes de invalidade, deve-se ter em conta que a nulidade é original, e, portanto, é apenas reconhecida em juízo por meio de uma sentença declaratória. Lado outro, a anulabilidade de um ato só será verificada quando se der a decisão judicial, tendo a sentença que a pronuncia efeitos constitutivos. São nesse sentido as considerações de Pedro Pais de Vasconcelos, sobre a distinção entre nulidade e anulabilidade:

Uma vez que a nulidade é originária, o Tribunal, oficiosamente ou a requerimento da parte, não anula o negócio, mas antes torna claro que assim é, quer dizer, *declara a sua nulidade*. A acção de declaração de nulidade é declarativa e através dela o tribunal limita-se a reconhecer e declarar que o negócio é nulo. A decisão judicial que declara a nulidade nada altera no estatuto do negócio: este já era nulo e continua a sê-lo, mas agora esta sua condição torna-se certa. Ao contrário, ao decidir sobre a anulabilidade, o Tribunal não declara que o negócio é anulável, mas emite uma decisão que o torna inválido, que *anula* o negócio que até então era válido. A anulação do negócio anulável modifica, a partir desse momento, o *status* do negócio que, antes era anulável e se torna anulado. Enquanto a acção de nulidade é declarativa, a acção de anulação é constitutiva⁴³⁵.

A literatura jurídica brasileira⁴³⁶ apresenta de forma repetida a afirmação de que a

⁴³² Cf. FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 32.

⁴³³ Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

⁴³⁴ Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

⁴³⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 633.

⁴³⁶ Cf.: DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1 – teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 586; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1 – parte geral. 11.

nulidade opera efeitos “*ex tunc*” e a anulabilidade produz efeitos “*ex nunc*”. Ou seja, nas situações em que se verifica a nulidade, a eficácia da declaração seria retroativa, apagando da ordem jurídica tudo o que foi produzido em ligação ao ato nulo, enquanto nas hipóteses de anulabilidade, não haveria essa eficácia retroativa da sentença que a reconheceu. Essa máxima, no entanto, apesar de constar de variados manuais de direito civil, não se apresenta como correta. O próprio Código Civil, em seu art. 182, dispõe que “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Não restam dúvidas, portanto, em torno dos efeitos retroativos do reconhecimento judicial de anulabilidade⁴³⁷.

Assim, independentemente de sua qualificação, as invalidades têm por consequência a retroatividade dos efeitos de sua constatação. Se o contrato não se fez em consonância com os requisitos trazidos pela lei, nada mais certo que, diante de seu reconhecimento, seja retirado da órbita jurídica, juntamente com os atos que a ele estão interligados. Ocorre que para atingir o *status quo ante*, faz-se necessário, por vezes, um apoio na tutela indenizatória. Logo, é importante destacar, que com relação à responsabilidade civil pré-contratual e aos eventuais valores indenizatórios fixados em razão de sua constatação, não há, em princípio, um regime diferenciado para tratamento da nulidade ou da anulabilidade.

Especificamente com relação à anulabilidade, é preciso ter em consideração que a anulação e a reparação dos prejuízos pré-contratuais apresentam-se como duas questões distintas, marcadas, inclusive, por um caráter de independência. Desse modo, a parte que requer a anulação de um contrato pode não formular pedido de indenização pelos prejuízos sofridos, assim como, também, pode requerer a reparação pelos prejuízos vivenciados, sem que haja a pretensão de anular o negócio jurídico. Para Paulo Mota Pinto, “podem discernir-se casos em que a indemnização aparece ao lado, ou complementarmente, à anulação efectuada, e casos em que a indemnização intervém como sucedâneo ou substituto da impugnação, seja

ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 479; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 511 e p. 520.

⁴³⁷ Nesse sentido, inclusive, já se posicionava Valle Ferreira: “Noção também infundada, mas que é repetida com muita frequência, é a que se refere ao efeito retroativo das declarações de nulidade. Segundo ficou exposto anteriormente, qualquer que seja a causa de invalidade, no fundo é sempre a mesma coisa, a mesma invalidade, e, em todos os casos, o vício é dirimente e contemporâneo da formação do ato, quer se trate de nulidade, quer de anulabilidade. Por êste motivo bastante, uma vez pronunciada a invalidade, as duas causas invariavelmente se igualam quanto ao efeito essencial, que é o de apagar o ato desde o passado e para o futuro, tudo porque – convém salientar – também a nulidade relativa é absoluta nos seus efeitos”. FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963, p. 35.

porque esta não teve lugar seja porque o lesado preferiu apenas reparação”⁴³⁸. Observa-se, por um lado, que a anulação está sujeita a prazo decadencial, uma vez que se trata de direito potestativo, e, por outro lado, que a pretensão reparatória está sujeita a prazo prescricional. Assim, por exemplo, o direito de anular o negócio jurídico pode decair, sem que haja a perda da pretensão reparatória.

As situações que ensejam maiores problemas de ordem reparatória encontram-se nos vícios da vontade, nos vícios de forma e na ausência de legitimidade da parte. Os primeiros levariam à anulabilidade, os segundos, à nulidade e a última hipótese, à ineficácia da disposição. No ensaio de Jhering sobre a *culpa in contrahendo*, verifica-se que o autor problematiza, principalmente, questões atinentes ao erro (vício da vontade) e à venda de coisa alheia (ilegitimidade para negociar).

A anulabilidade gerada por um erro negocial apresenta-se, até mesmo, como ponto de partida para a teoria construída por Jhering. Como visto em nosso percurso histórico, o autor apresenta algumas situações fáticas e questiona-se se não subsistiria a responsabilidade do errante, perante a contraparte, pelo dano que o erro lhe causou⁴³⁹. As situações práticas que envolvem esse defeito do negócio jurídico, talvez, sejam as que melhor elucidem a possibilidade de configuração de danos, quando uma invalidade é declarada. Não raro, são efetivados gastos para a consecução de um negócio jurídico, e, na hipótese de anulabilidade, os efeitos também operam retroativamente, sendo de grande relevância determinar a quem cabe assumir as despesas efetivadas. Percebe-se, no entanto, uma insuficiência de elementos que permitam formular uma resposta clara sobre quem é responsável pelo ressarcimento dos gastos e qual o alcance pode ter uma indenização, nessas hipóteses.

No que concerne a um negócio jurídico ineficaz, não se verificam também, *a priori*, as necessárias respostas a esses questionamentos. Imaginemos a realização de um contrato de compra e venda, cujo objeto negociado não pertença ao vendedor ou consista em uma *res extra commercium*. Trata-se de hipótese em que a avença não pode vir a produzir efeitos na ordem jurídica, pelo fato de uma das partes carecer de legitimidade para negociar coisa alheia. Não se trata aqui, nem mesmo de uma arguição de nulidade, tendo em vista que o objeto é

⁴³⁸ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1347.

⁴³⁹ Cf. JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 1-2.

lícito, possível e determinado, contrastando-se com os requisitos dispostos no art. 104⁴⁴⁰ do Código Civil brasileiro. Porém, revela-se importante verificar as implicações reparatórias, de modo a não deixar em situação prejudicial aquele que confiou na efetividade do negócio jurídico.

As aludidas consequências reparatórias da invalidade são disciplinadas expressamente no ordenamento jurídico italiano, em uma de suas hipóteses, qual seja o conhecimento da causa de invalidade contratual. De acordo com o art. 1338 do *Codice*, “a parte que, conhecendo ou devendo conhecer a existência de uma causa de invalidade do contrato, e não a tenha informado a outra parte, deve ressarcir o dano por esta sofrido por haver confiado, sem sua culpa, na validade do contrato”⁴⁴¹. Observa-se que a legislação italiana foi específica na previsão do dispositivo, mas não há um reconhecimento normativo expresso de que o ressarcimento deve se concretizar em consonância com o interesse negativo, quando se está diante de situações de invalidade que deveriam ser reconhecidas pela parte contratante.

Não obstante a ausência desse reconhecimento específico, a referência à *confiança* da contraparte, como elemento propulsor da concretização do dano, leva à caracterização da responsabilidade civil, neste caso, nos limites do interesse contratual negativo. A doutrina italiana, habitualmente, costuma apontar que as hipóteses de invalidade ou ineficácia do negócio jurídico devem ser conduzidas ao ressarcimento pelo interesse negativo, abarcando todos os danos ocasionados pelo fato de se acreditar na eficiência daquela negociação. Nesse contexto, um apropriado *quantum* indenizatório deve ser alcançado pelo cálculo da diferença entre a situação em que se encontra o indivíduo e a situação em que ele estaria se não tivesse se envolvido naquela relação contratual infrutífera. A título de exemplo sobre o tema, discorre Angelo Luminoso:

Para limitar-se às hipóteses mais seguras, imagine os casos em que um sujeito por coação ou por dolo constrinja ou induza outro sujeito a concluir um contrato, que, sem tal comportamento ilícito, aquele não teria concluído; ou às hipóteses em que um sujeito procure outro com estado de incapacidade natural com o objetivo de estipular com ele um contrato (ou ainda, mais

⁴⁴⁰ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁴⁴¹ Art. 1338 Conoscenza delle cause d'invalidità - La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto (1418 e seguenti), 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 (1308).

simplesmente, induza um incapaz a concluir um contrato abusando de tal estado). Nessas hipóteses, o interesse da vítima, lesado pela conduta ilícita, é seguramente um interesse contratual negativo, no sentido de que sem tal conduta a vítima não haveria certamente estipulado o contrato (que aqui assumamos que seja revelado economicamente desfavorável para a mesma). O dano ressarcível será representado, exatamente, pela diminuição patrimonial sofrida pela vítima em consequência da operação contratual, ou seja, pela diferença entre a situação patrimonial determinada em seguida ao contrato e a situação em que a vítima estaria se não tivesse concluído o contrato⁴⁴².

Assim, parece clara a correlação que se faz entre interesse negativo e responsabilidade pré-contratual em situações de invalidade. Como não se pode exigir a execução do contrato, justamente porque aquele negócio possui um vício que o inquina, deve ser concedida à parte uma indenização que permita a reconstituição da situação fática em que se encontrava, antes da materialização da negociação que terminou frustrada.

O Código Civil brasileiro não apresenta uma regra com tal especificidade, não abordando a situação em que a parte sabia ou deveria saber de uma causa de invalidade contratual. Não obstante, o já assinalado art. 182, referindo-se apenas à anulação, afirma que as partes deverão ser restituídas à situação em que se encontravam originalmente, “e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Identifica-se, pela leitura do dispositivo, a existência de um perfil indenizatório baseado no interesse contratual negativo, isto é, diante de uma situação de anulabilidade negocial, deve se tentar recompor a situação em que as partes estavam antes do entabulamento do contrato. Como faticamente essa recomposição se revela bastante difícil, justifica-se a fixação de um *quantum* indenizatório que traduza a situação em que a parte estaria se não tivesse efetivado o contrato inválido, isto é, o interesse contratual negativo.

Não há, no entanto, uma regra específica sobre a indenização devida na hipótese de uma nulidade absoluta, ou mesmo de uma situação de ineficácia contratual. A já trabalhada

⁴⁴² No original: “Per limitarsi alle ipotesi più sicure, si pensi ai casi in cui un soggetto con minacce o con l’inganno costringa o induca altro soggetto a concludere un contratto, che senza tale illecito comportamento costui non avrebbe concluso; o alle ipotesi in cui un soggetto procuri ad un altro uno stato di incapacità naturale al fine di stipulare con esso un contratto (o anche, forse, più semplicemente, induca un incapace a concludere un contratto, abusando di tale suo stato). In queste ipotesi, l’interesse della vittima leso dalla condotta illecita è sicuramente un interesse contrattuale negativo, nel senso cioè che senza tale condotta la vittima non avrebbe certamente stipulato il contratto (che qui assumiamo si sia rivelato economicamente sfavorevole per la stessa). Il danno risarcibile sarà rappresentato, appunto, dalla diminuzione patrimoniale subita dalla vittima in conseguenza della operazione contrattuale, ossia dalla differenza fra la situazione patrimoniale determinatasi a seguito del contratto e la situazione in cui la vittima si sarebbe trovata ove non avesse concluso il contratto”. LUMINOSO, Angelo. La lesione dell’interesse contrattuale negativo (e dell’interesse positivo) nella responsabilità civile. **Contratto e impresa**. Padova. Vol. 3. 1988. p. 795.

compra e venda de um objeto de propriedade alheia, por exemplo, constitui situação que poderia ser vista como uma invalidade absoluta ou como um ato ineficaz, dependendo do enquadramento doutrinário que se dê ao caso. Contudo, independentemente de sua qualificação como nulo ou como eficaz, não há uma disposição normativa apta a salvaguardar a hipótese e guiar o intérprete na fixação de valores indenizatórios.

A lacuna normativa não significa, no entanto, que não haja a possibilidade de ressarcimento para a referida situação. Realizando um recurso à analogia, revela-se pertinente aplicar à referida hipótese as consequências jurídicas positivadas em relação à anulabilidade. Desse modo, em ambas as situações, está-se diante de uma tentativa de reconstituir um *status quo ante*, o que leva a concluir por uma indenização que consagre o interesse contratual negativo.

5.2.2 Interrupção das negociações preliminares

A construção teórica de Jhering estava centrada nos casos de invalidade e ineficácia contratual, levando à conseguinte apuração da responsabilidade civil pelos prejuízos de quem havia acreditado na perfeição daquela manifestação de vontade. Contudo, o autor não via a fase das negociações preliminares como passível de gerar responsabilidade civil, tendo em vista a ausência de vinculação entre as partes⁴⁴³. As construções jurídicas que compreenderam pela possibilidade de se ponderar uma indenização pela ruptura das tratativas só se verificaram a partir do início do século XX, como decorrência dos subsequentes desenvolvimentos da teoria da *culpa in contrahendo*, de Jhering.

Como visto, para que um contrato seja efetivamente formado, demonstra-se imperioso o percurso por três fases sucessivas, identificadas pela doutrina como negociações preliminares, proposta e aceitação. É comum, no entanto, que as referidas etapas se sobreponham não permitindo uma correta delimitação de seus conteúdos. Isso se dá quando estamos diante de contratos que apresentam formação instantânea, marcada por um simples encontro de vontades. A título de exemplo, um negócio de compra e venda de objeto de pequeno valor pode dar-se de modo imediato, sem que consigamos identificar e apartar os correspondentes momentos de formação do contrato.

⁴⁴³ Cf. JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 33.

Observa-se, de maneira oposta, a existência de uma crescente complexidade de novos desenhos negociais, que permitem uma nítida verificação das fases de constituição da avença. Operações econômicas de grande vulto não são realizadas de forma instantânea, demandando tempo para que as declarações de vontade sejam levadas a um encontro. Nesse contexto, a fase das negociações preliminares tem um acentuado destaque, tendo em vista a necessidade de adequados subsídios, que permitam às partes fundamentar sua futura manifestação volitiva. A aludida fase é marcada pela ausência de vinculação, ou seja, as questões que sobrevêm nesse período de formação contratual não têm a possibilidade de materializar uma ligação definitiva entre as partes contratantes, tendo em vista que a negociação e a barganha marcam a própria lógica contratual. Sobre a fase das negociações preliminares, discorre Enzo Roppo:

A conclusão de um contrato é geralmente precedida e preparada por uma fase de negociações, no decurso da qual as partes discutem termos e condições do negócio, para procurar um ponto de equilíbrio entre as respectivas posições de interesses e depois para atingir a formulação de um regulamento contratual que satisfaça as exigências de ambas, e por ambas possa ser aceite. Se se consegue chegar a um tal ponto de equilíbrio, a uma tal conjugação dos interesses contrapostos, as negociações conduzem à conclusão do contrato; outras vezes, as negociações falham, e o negócio não se faz, o contrato não se conclui⁴⁴⁴.

Apoiando-se na clássica teoria contratual, é possível verificar que o rompimento das tratativas era visto como um direito das partes envolvidas em uma negociação; a configuração de responsabilidade civil nessa fase pré-contratual era impensável. Esse verdadeiro dogma jurídico estava lastreado na consagração do princípio da autonomia da vontade, visto, em uma de suas nuances, como a liberdade de decidir contratar ou não contratar.

Gabriele Faggella foi o jurista responsável por inaugurar uma teorização sobre a existência de uma responsabilidade pelo rompimento injustificado das tratativas. Trata-se de uma doutrina singular, principalmente, se for levado em consideração o ano em que foi publicada (1906), período ainda marcado por um pensamento jurídico de forte matiz liberal⁴⁴⁵. De acordo com o jurista, haveria um acordo tácito por trás das tratativas e quando

⁴⁴⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 105.

⁴⁴⁵ Sobre o desenvolvimento da questão, afirma Paolo Gallo: “Trata-se de uma problemática de todo paralela àquela do abuso do direito. Não é provavelmente um acaso que se tenha iniciado a falar de abuso do direito, de concorrência desleal, bem como de responsabilidade por recesso injustificado das tratativas aproximadamente em torno dos mesmos anos, vale dizer, a partir da segunda metade do século XIX. De fato, é propriamente nesse período que a doutrina, especialmente no campo francês, e depois no campo alemão, começou a duvidar dos tradicionais confins do direito; em particular do direito de propriedade, do direito de concorrência, bem como do

esse acordo fosse frustrado estaria justificada a existência de responsabilidade civil. Assim discorre Faggella:

Em substância, no consentimento a negociar a formação de um contrato subsiste um acordo sobre este: que se elabore um projeto até que se alcance ou a constituição do vínculo jurídico, ou o ponto em que, pela contrariedade dos interesses e pelo resultado das discussões, o acordo não seja possível. Logo, o puro e simples recesso, sem que as tratativas tenham tido o seu desenvolvimento e o seu êxito positivo ou negativo, importa a violação daquele tácito acordo pré-contratual; e essa violação torna o recesso arbitrário e intempestivo. E a outra parte pode ter incorrido em despesas para a razoável continuação daquelas tratativas, na esperança que pudessem conduzir a um resultado positivo. [...] O tácito consentimento das partes na elaboração das tratativas justifica e legitima as despesas necessárias, efetuadas por este para buscar e colher todos os elementos requeridos para a formação de um projeto completo, que possam traduzir um contrato⁴⁴⁶.

Por meio da aludida construção teórica, Faggella buscou fundamentar a existência de uma vinculação entre as partes ainda que não estivesse em causa um contrato formado. É interessante notar que o autor não faz recurso à cláusula geral de boa-fé objetiva, assentando seu pensamento, por outro lado, em uma violação ilegítima de um acordo tácito pré-contratual. O próprio consenso relativo ao início das tratativas, implícito ou expresso, já seria suficiente a formar um acordo pré-contratual que não poderia ser desfeito de forma injustificada, ocasionando prejuízos a uma das partes⁴⁴⁷.

No que concerne à indenização dos danos ocasionados pela ruptura, Faggella assevera que “o ressarcimento é limitado às despesas efetivas e ao custo real dos trabalhos

direito de recesso”. No original: “Si tratta a ben vedere di una problematica del tutto parallela rispetto a quella dell’abuso del diritto. Non è anzi probabilmente un caso che si sia iniziato a parlare di abuso del diritto, di concorrenza sleale, nonché di responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative all’incirca nello stesso torno di anni, vale a dire a partire dalla seconda metà del XIX secolo. È infatti proprio in questo periodo che la dottrina, specie in area francese, e poi tedesca, ha iniziato a mettere in dubbio i confini tradizionali dei diritti; in particolare del diritto di proprietà, del diritto di concorrenza, nonché del diritto di recesso”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 303.

⁴⁴⁶ No original: “In sostanza, nel consentimento a trattare la formazione di un contratto sussiste un accordo su questo: che si elabori un progetto fino a che si giunga o alla costituzione del vincolo giuridico o al punto in cui, per la contrarietà degl’interessi e pel risultato delle discussioni, l’accordo non sia possibile. Ora il puro e semplice recesso, senza che le trattative abbiano avuto il loro svolgimento e il loro esito positivo o negativo, importa la violazione di quel tacito accordo precontrattuale; e questa violazione rende arbitrario e intempestivo il recesso. E l’altra parte ha potuto fare delle spese per la ragionevole continuazione di quelle trattative, nella speranza che potessero condurre a un risultato positivo. [...] Il tacito consentimento delle parti nella elaborazione delle trattative giustifica e legittima le spese necessarie da esse incontrate per ricercare e raccogliere tutti gli elementi occorrenti alla formazione di un progetto completo, che possano tradurre in contratto”. FAGGELLA, Gabriele. Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. **Studi giuridici in onore di Carlo Fadda**. Vol. III. Napoli: Luigi Pierro Editore, 1906. p. 300.

⁴⁴⁷ FAGGELLA, Gabriele. Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. **Studi giuridici in onore di Carlo Fadda**. Vol. III. Napoli: Luigi Pierro Editore, 1906. p. 301.

preparatórios pré-contratuais necessários ao desenvolvimento das tratativas e a elaboração do projeto, e até ao ponto em que tenha sido alcançado o consenso do rescidente⁴⁴⁸. Observa-se de tal ilação que os lucros cessantes, incluindo as perdas de oportunidade, não seriam albergados pelo ressarcimento.

A teorização de Faggella foi criticada pela doutrina que o seguiu, principalmente em razão da fundamentação apresentada em sua obra. O seu pensamento partia da existência de um caráter vinculativo em uma fase que tradicionalmente era marcada pela liberdade contratual e, logo, pela possibilidade de rompimento das negociações. Nesse ponto, Adriano De Cupis identifica a existência de verdadeira contradição em seu discurso quando o autor afirma que a responsabilidade do rescidente não pode se fundar na sua culpa, uma vez que ele opera na sua legítima esfera de direito⁴⁴⁹. Se a parte negocial opera dentro da sua esfera de direito, não é possível falar-se em responsabilidade, tendo em vista que ação se dá em conformidade com o ordenamento jurídico.

Apesar das falhas em que incorreu Faggella, é indiscutível a sua importância para o desenvolvimento da doutrina da responsabilidade pré-contratual, notadamente pelo fato de identificar a necessidade de proteger as partes, envolvidas em uma negociação, de rupturas abruptas que podem causar variada ordem de prejuízos. A teorização da boa-fé objetiva será o vetor responsável por uma adequada fundamentação para imputação de responsabilidade civil nas aludidas situações. Assim, as hipóteses de interrupção de negociações preliminares passam, paulatinamente, a estar ligadas aos deveres acessórios impostos pelo princípio da boa-fé objetiva. As partes, mesmo no momento em que ainda não existe contrato, são obrigadas a agir de forma proba e leal em consonância com a própria ideia de complexidade intra-obrigacional.

As proposições de Faggella chegaram até a França, tendo sido analisadas por Raymond Saleilles, em um ensaio publicado em 1907⁴⁵⁰. Em seu artigo, Saleilles apresenta o trabalho do autor italiano, tecendo as suas críticas e considerações, o que permitiu uma maior

⁴⁴⁸ No original: “Il risarcimento è limitato alle spese effettive e al costo reale del lavoro preparatorio antecontrattuale, necessario all’esplicamento delle trattative e alla elaborazione del progetto, e fino al punto dove sia giunto il consenso del recedente”. FAGGELLA, Gabriele. *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Vol. III. Napoli: Luigi Pierro Editore, 1906. p. 304.

⁴⁴⁹ DE CUPIS Adriano. *Contributi alla teoria del risarcimento del danno*. Milano: Giuffrè, 1939. p. 27.

⁴⁵⁰ SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle: a propos d’une étude nouvelle sur la matière, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, Tomo XVI, 1907. pp. 697-751.

reflexão sobre a matéria e um avanço do tema pela Ciência Jurídica francesa.

Saleilles revela-se mais avançado no que condiz ao fundamento da responsabilidade pré-contratual, assentando-o na boa-fé e na equidade. De acordo com o autor, “somente pelo simples fato de haver consentimento para as negociações, há necessidade, para cada uma das partes, de agir em conformidade com a equidade comercial e a boa-fé”⁴⁵¹. Logo, o fundamento para imputar responsabilidade ao sujeito que causasse prejuízos à contraparte na fase de formação do contrato estaria na violação dos usos, e não na noção de culpa. Nesse sentido, afirma Saleilles:

Se queremos que exista culpa, é preciso dizer que a culpa é identificada com o fato de uma violação dos costumes impostos pela equidade comercial. É portanto essa violação, esse ataque ao costume, que é o fato principal, aquele que deve dar sua característica à responsabilidade que lhe servirá de fundamento jurídico. Será ele, e não a ideia de culpa, que vai lhe determinar as condições e a extensão⁴⁵².

A responsabilidade pré-contratual passa, então, a estar vinculada a um padrão de comportamento usual imposto pela equidade comercial. Não haveria a necessidade de se analisar a culpa, configurando uma categoria de responsabilidade não submetida ao regime delitual. O referido argumento caminha no sentido de evitar as críticas – já sofridas por Ihering – de um alargado uso da noção de culpa.

No que concerne à indenização pelo dano pré-contratual, Saleilles acredita que o ressarcimento deverá ater-se ao interesse contratual negativo, abarcando, inclusive, os lucros cessantes resultantes do evento danoso⁴⁵³. Nesse ponto, percebe-se uma oposição à construção

⁴⁵¹ No original : “Seulement, par le fait seul qu’il y a eu consentement aux négociations, il y a nécessité, pour chacune des deux parties, d’agir conformément à l’équité commerciale et à la bonne foi”. SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle: a propos d’une étude nouvelle sur la matière, **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Tomo XVI, 1907. p. 718. SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle: a propos d’une étude nouvelle sur la matière, **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Tomo XVI, 1907. p. 718.

⁴⁵² No original: “Si l’on veut qu’il y ait faute, il faut dire que la faute s’identifie avec le fait d’une violation des usages imposés par l’équité commerciale. C’est donc cette violation, cette atteinte à l’usage qui est le fait principal, celui que doit donner sa caractéristique à la responsabilité auquel il servira de fondement juridique. Ce sera lui, et non pas l’idée de faute, qui en déterminera les conditions et l’étendue”. SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle: a propos d’une étude nouvelle sur la matière, **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Tomo XVI, 1907. p. 742.

⁴⁵³ Afirma Raymond Saleilles : “Não há mesmo identidade a estabelecer com o que Ihering chama “Negative Vertrags-interesse”, o qual corresponde ao dano causado pelo fato de ter contado com a formação de um contrato que não se celebrou; ele inclui, então, não apenas a compensação dos custos e despesas preparatórias, mas a reparação do dano resultante das oportunidades perdidas ou rejeitadas”. No original: “Il n’y a même pas d’identité à établir avec ce que Ihering appelle le Negative Vertrags-interesse, lequel correspond au dommage causé par le fait d’avoir compté sur la formation d’un contrat qui n’aboutit pas ; il comprend alors, non

de Faggella, que previa a possibilidade de reparação apenas dos gastos efetivos (danos emergentes). Saleilles amplia, desse modo, a expectativa de compensação de todos os prejuízos sofridos, estivessem estes em despesas realizadas ou na perda de oportunidades negociais, em detrimento de uma intocável proteção da liberdade de contratar.

É preciso ter em consideração que, ainda hoje, em princípio, a interrupção das negociações preliminares configura uma conduta lícita, ou mesmo um direito das partes. Trata-se, na verdade, de um dos prismas de aplicação e verificação da autonomia contratual. A ausência de vinculação negocial permite à parte negociante exercitar as suas escolhas optando ou não por assumir um vínculo contratual. Mesmo os custos empreendidos nessa fase devem ser vistos, inicialmente, como elementos intrínsecos ao próprio processo de oferta e negociação. Esses custos tendem a equivaler à probabilidade de fechamento do contrato e seriam suportados pelo preço final dado ao objeto da avença⁴⁵⁴.

A liberdade de iniciativa, princípio basilar de uma economia de mercado como a nossa, revela-se como uma baliza inafastável para a análise das questões que envolvam a ruptura de negociações preliminares. No entanto, os problemas vivenciados nessa primeira fase de formação do contrato devem ser ponderados em consonância com outros elementos protegidos pelo ordenamento jurídico. Sobre a avaliação da possibilidade de indenização pela ruptura de negociações preliminares, assevera Mario Bessone:

O esgotamento das tratativas por recesso de uma parte determina sempre um prejuízo do interesse alheio. O interesse prejudicado, todavia, varia com o variar das circunstâncias. Algumas vezes, o insucesso da tratativa desilude somente a esperança de realizar um negócio vantajoso (e não há dano que possa ser apreciável). Mas, não raro, acontece que o início da tratativa leve uma parte a incorrer em despesas para favorecer a conclusão do contrato e, então, o recesso da outra parte demanda uma delicada operação de controle. Somente um controle atento aos eventos da tratativa pode, de fato,

seulement la compensation des frais et dépenses préparatoires, mais la réparation du dommage résultant des occasions manquées ou rejetées”. SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle: a propos d’une étude nouvelle sur la matière, **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Tomo XVI, 1907. p. 722.

⁴⁵⁴ Nesse sentido, Mario Bessone afirma: “Em linha de princípio, as despesas incorridas no curso da relação pré-contratual já são remuneradas pelo crescimento da probabilidade de conseguir uma vantagem que seria assegurada pela conclusão do negócio e, assim, em teoria, pode parecer que não existem razões para se transferir o custo para a economia de outros, tanto mais se considerado que o recesso constitui um poder indiscutível”. No original: “In linea di principio, le spese affrontate nel corso del rapporto precontrattuale sono remunerate già dall’accrescersi delle probabilità di conseguire un profitto che sarebbe assicurato dall’eventuale conclusione dell’affare e quindi, in teoria, può sembrare che non debbano esservi ragioni per trasferirne il costo sull’economia altrui, tanto più che il recesso costituisce esercizio di un potere indiscutibile”. BESSONE, Mario. Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Ano XXVI, 1972. p. 963-964.

estabelecer se as despesas suportadas para chegar à conclusão do negócio devem onerar o patrimônio da parte que as sustentou – natural consequência de um risco assumido – ou se não são bons motivos para uma diferente distribuição de seu custo⁴⁵⁵.

Assim, a interrupção das negociações preliminares deve ser apreciada de maneira casuística, pois as consequências ligadas à divisão dos custos empreendidos pelas partes contratantes na referida fase contratual perpassam por uma análise das contingências em que se deu a referida ruptura. As motivações e a forma como as partes procederam devem ser tomadas em consideração e analisadas sob a perspectiva do princípio da boa-fé.

Em verdade, somente com um maior incremento da temática da boa-fé objetiva, fez-se possível o desenvolvimento de uma construção teórica que buscasse a proteção das partes que, por meio de um injustificado rompimento das tratativas, se vissem prejudicadas. Por conseguinte, atualmente, é impossível desvincular o tema do rompimento das negociações preliminares da cláusula geral de boa-fé. As partes, mesmo no momento em que ainda não está materializada uma vinculação, devem agir em consonância com deveres acessórios de proteção e informação, não podendo, depois de gerar a confiança na contraparte, romper sem justa causa as negociações preliminares.

Quando analisadas as situações que levam a uma responsabilidade pré-contratual por rompimento das tratativas, a atenção do intérprete – aplicador da norma – não deve estar no ato em si, mas nas circunstâncias em que tal ato foi realizado. Confiança da contraparte, ausência de justa causa e surgimento de dano indenizável⁴⁵⁶ são variantes circunstanciais que têm que ser configuradas para que se possa cogitar uma imputação de responsabilidade civil, com a consequente fixação de um *quantum* indenizatório. Essas variantes, por sua vez, estão diretamente ligadas à cláusula geral de boa-fé e é pautando-se nos deveres acessórios que deverá se realizar o exame do caso concreto.

⁴⁵⁵ No original: “A veder bene, l’esaurirsi della trattativa per recesso di una parte determina sempre un pregiudizio dell’interesse altrui. L’interesse pregiudicato tuttavia varia con il variare delle circostanze. Talvolta l’insuccesso della trattativa delude solo la speranza di realizzare un affare vantaggioso (e non vi è danno che possa sembrare apprezzabile). Ma non di rado accade che l’avvio della trattativa muova una parte ad affrontare spese per favorire la conclusione del contratto ed allora il recesso dell’altra sollecita una delicata operazione di controllo. Soltanto un controllo attento alle vicende della trattativa può infatti stabilire se le spese sopportate per avviare a conclusione l’affare devono gravare sul patrimonio della parte che le ha sostenute – naturale conseguenza di un rischio assunto – o se non vi sono piuttosto buoni motivi per una diversa distribuzione del loro costo”. BESSONE, Mario. Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Ano XXVI, 1972. p. 962-963.

⁴⁵⁶ GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 305.

A *confiança* inculcada na contraparte é o elemento vetor a justificar um ressarcimento pela ruptura das negociações, pois só haverá reparação se houver *dano* e, distintamente, a ausência da *justa causa* para ruptura não revela essencial importância, em decorrência do fato de que, *a priori*, qualquer das partes tem a possibilidade de exercer a sua liberdade de não contratar⁴⁵⁷. Somente haverá dever de indenizar, quando for gerada uma confiança tal que tenha levado a contraparte a vivenciar prejuízos, na hipótese de um rompimento das tratativas⁴⁵⁸.

É possível observar uma carência de normas expressas, em variados ordenamentos jurídicos, sobre o tema da responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações preliminares. Em razão desse vácuo legislativo, verifica-se um paralelo incremento de construções doutrinárias e jurisprudenciais que procuram fornecer adequados contornos para a solução de problemas na mencionada fase de formação do contrato. Sobre a atuação dos tribunais franceses no controle da ruptura de negociações preliminares, discorrem Geneviève Viney e Patrice Jourdain:

É também e sobretudo quando o autor do dano decide colocar fim a uma situação que ele tenha voluntariamente criado e na manutenção da qual um terceiro está interessado que ele pode se ver acusado de agir com “leviandade”. Esta noção é de fato comumente usada pelos tribunais, tanto em relação à interrupção das negociações contratuais, quanto da resolução de contratos em curso de execução ou da ruptura de noivado ou concubinato. [...] Em todas estas hipóteses, a leviandade é deduzida de indícios que permitam identificar que aquele que põe fim à situação que seu parceiro desejaria manter não considerou os interesses deste. É então o excesso de egoísmo que é diretamente censurado pelo juiz civil. Em todo caso, não é raro que os tribunais se inspirem em diretivas morais para definir os deveres que se impõem aos sujeitos de direito sob o fundamento do artigo 1382 do Código Civil. Portanto, são certamente as considerações de ordem prática que desempenham, na matéria, o papel mais importante⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Em sentido contrário, sustenta Enzo Roppo que “o ponto de equilíbrio encontra-se na regra segundo a qual a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando é injustificada e arbitrária, e não já quando é apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade econômica”. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 107.

⁴⁵⁸ Sobre a menor importância da justificativa, discorre Christian Sahb Batista Lopes: “Em regra, a presença ou ausência de justificativa para a ruptura das negociações é completamente irrelevante. Quando uma parte induz a outra a fazer despesas em confiança do contrato em perspectiva, está alterando a disciplina normal das negociações pela qual cada parte suporta o risco de seus próprios custos. A parte induz a outra a fazer despesas que não faria ordinariamente, sob esta disciplina normal. É justo, portanto, que suporte o risco de, por qualquer razão, as negociações não chegarem a bom termo”. LOPES, Christian Sahb Batista. **Responsabilidade pré-contratual**: subsídios para o direito brasileiro das negociações. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 124.

⁴⁵⁹ No original: “C’est aussi et surtout lorsque l’auteur du dommage décide de mettre fin à une situation qu’il a volontairement créée et au maintien de laquelle un tiers est intéressé qu’il peut se voir reprocher d’agir avec « légèreté », Cette notion est en effet couramment utilisée par les tribunaux tant à propos de l’interruption des

Pautando-se no ordenamento italiano, é possível identificar que não existem dispositivos no Código Civil que tratem especificamente do regime jurídico a ser aplicado às hipóteses de rompimento das tratativas. Mesmo o Código Civil brasileiro de 2002 não possui em seu corpo uma norma específica que aponte as consequências jurídicas para o mesmo problema. Nesse contexto, as soluções apresentadas por doutrina e jurisprudência têm a sua origem em percursos argumentativos que, por sua vez, estão baseados em matizes principiológicos e cláusulas gerais encontrados no correlato ordenamento jurídico. Logo, normalmente, os problemas são solucionados tendo por base a confiança que se apresenta como uma manifestação da boa-fé e de seus correlatos deveres acessórios, que obrigam a um adequado comportamento das partes envolvidas no processo de formação do contrato.

A utilização da cláusula geral de boa-fé como válvula de controle dos comportamentos verificados na fase pré-contratual acabou por gerar algumas críticas por parte dos doutrinadores.

Uma primeira objeção centrava-se no fato de que o controle excessivo relativo à fase das negociações preliminares acabaria por levar a impossibilidade de exercício do direito de livre escolha que marca esse período de formação do contrato. Paolo Gallo chega a afirmar que a responsabilidade pré-contratual, como temia a doutrina majoritária do início do século XX, pode se transformar numa espécie de espada de Dâmocles⁴⁶⁰ que paira sobre cada uma das negociações preliminares, com o risco de constituir um obstáculo excessivo ao exercício do direito de rompimento, que não deve ser esquecido⁴⁶¹.

pourparlers contractuels que de la résiliation de contracts en cours d'exécution ou de la rupture de fiançailles ou de concubinage. [...] Dans toutes ces hypothèses, la légèreté est déduite d'indices permettant d'établir que celui qui a mis fin à la situation que son partenaire souhaitait maintenir n'a tenu aucun compte de l'intérêt de celui-ci. C'est donc l'excès d'égoïsme que est directement censuré par le juge civil. En tous cas, il n'est pas rare que les tribunaux s'inspirent de directives morales pour définir les devoirs qu'ils imposent aux sujets de droit sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Pourtant, ce sont certainement les considération d'opportunité pratique qui jouent, en la matière, le rôle le plus important". VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les conditions de la responsabilité. Sous la direction de Jacques Ghestin. 3. ed. Paris : L.G.D.J., 2006. p. 419.

⁴⁶⁰ Trata-se de uma narrativa lendária, em que Dâmocles, um membro da corte de Siracusa, troca de lugar, por um dia, com o soberano Dionísio, acreditando estar diante de uma posição afortunada. No entanto, durante luxuoso jantar, Dâmocles percebe que tem sobre sua cabeça uma espada sustentada apenas por um fio de crina de cavalo, reconhecendo o constante estado de perigo em que se encontravam aqueles detentores de um grande domínio. A narrativa é habitualmente vista como uma alusão à precariedade vivenciada pelos sujeitos que detêm um grande poderio.

⁴⁶¹ GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 305.

Outra crítica comumente colocada ao controle das tratativas refere-se a um hipotético e demasiado subjetivismo a caracterizar a atuação dos juízes, quando da análise de casos concretos. Para esses críticos, mesmo com a tentativa de criar parâmetros de controle – como os mencionados “rompimento injustificado” ou “criação de reais expectativas” –, ainda haveria uma margem grande para aplicação de subjetivismos, em razão de ser empreendida uma análise de comportamentos que têm a sua gênese em um agir psicológico. Justificativas para a ruptura das negociações e expectativas das partes envolvidas são elementos que só podem ser compreendidos a partir de uma análise de ordem subjetiva. Seria necessária a compreensão do querer do agente, algo que se demonstra inalcançável do ponto de vista da prática do direito civil.

Mario Bessone, ainda na década de 70, procurou afastar as críticas acima apresentadas. A partir de uma análise do desenvolvimento da utilização da técnica das cláusulas gerais em variados ordenamentos, o autor conclui que a aludida forma de controle do comportamento na fase pré-contratual é uma tendência verificada em outros países e que, apesar de demandar uma análise casuística, não está ligada a elementos de ordem subjetiva. De acordo com o autor:

Unindo a evolução de ordenamentos muito distantes entre si, esta remoção progressiva das diretivas acreditadas no passado indica uma linha de tendência muito significativa. Advertido o equívoco de uma *ratio decidendi* em termos de “confiança”, o juízo sobre o grau de consistência da tratativa termina, de fato, por se concentrar em uma análise das circunstâncias do caso particular, atenta à dinâmica dos específicos setores do mercado. Assim, uma vez evitados os inconvenientes indissociáveis de uma investigação sobre os motivos do recesso, o recurso ao modelo do operador “sério” e “leal” deixa de constituir uma operação perigosamente imaginativa e se concretiza no emprego de um sistema de índices de apreciação tão articulados quanto o são diversos processos de contratação (e tipos de negócio) prospectados da experiência. E, desse modo, as enunciações de princípio tendentes a privilegiar critérios de decisão rigorosamente objetivos contribuem para predispor os instrumentos necessários a traduzir a cláusula geral de boa-fé em um racional dispositivo de administração do negócio pré-contratual⁴⁶².

⁴⁶² No original: “Accomunando l’evoluzione di ordinamento assai lontani tra loro, questa progressiva rimozione delle direttive accreditate in passato indica una linea di tendenza molto significativa. Avvertito l’equivoco di una *ratio decidendi* in parole di “affidamento”, il giudizio sul grado di consistenza della trattativa finisce infatti per concentrarsi in una analisi delle circostanze del caso singolo attenta alla dinamica dei singoli settori del mercato. Così, una volta evitati gli inconvenienti indissociabili da una indagine sui motivi del recesso, il ricorso al modello dell’operatore “serio” e “leale” cessa di costituire una operazione pericolosamente immaginosa e si concreta nell’impiego di un sistema di indici di apprezzamento tanto articolati quanto sono diversi i processi di contrattazione (e tipi di affare) prospettati dall’esperienza. E, in questo modo, le enunciazioni di principio intese a privilegiare criteri di decisione rigorosamente oggettivi concorrono a predisporre gli strumenti necessari per tradurre la clausula generale di buona fede in un razionale congegno di amministrazione del rapporto

Assim, as críticas à utilização da boa-fé como mecanismo de limitação da ruptura de negociações preliminares, não parecem se sustentar. Seja como princípio integrador – que impõe aos negociantes uma série de deveres acessórios, durante a fase das negociações preliminares –, seja como concretização de uma função controle – por meio da vedação do abuso do direito –, a boa-fé objetiva vem conferir conteúdo adequado ao exercício da liberdade no momento de negociação de uma avença⁴⁶³.

Importa, agora, apreciar o problema da quantificação dos valores indenizatórios, quando se está diante de uma situação de ruptura de tratativas com afronta ao princípio da boa-fé objetiva.

Aprioristicamente, a indenização devida está condicionada aos limites do interesse contratual negativo, ou seja, objetiva reconstituir a situação em que a parte lesada estava antes de iniciar as negociações preliminares. De acordo com Cristiano Zanetti, os danos a serem reparados “consistem no interesse negativo, cabendo à tutela ressarcitória [...] o papel de colocar o candidato a contratante, na situação patrimonial que estaria caso não tivesse confiado na conclusão do contrato em decorrência do comportamento da outra parte, que, mais tarde, retrocede”⁴⁶⁴. Trata-se de uma habitual conclusão, encontrada em grande parte da doutrina⁴⁶⁵.

No entanto, é preciso destacar algumas situações em que a confiança é de tal monta, que chega a materializar verdadeira hipótese de dever de contratação. Mesmo que se esteja diante de hipóteses extraordinárias, é preciso ter atenção à possibilidade de as negociações

precontrattuale”. BESSONE, Mario. Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Ano XXVI, 1972. p. 1026.

⁴⁶³ Alguns casos, apresentados por Mario Bessone, ajudam a compreender o conteúdo prático envolvido na ruptura de negociações, em não conformidade com a boa-fé objetiva. Cf. BESSONE, Mario. Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Ano XXVI, 1972. p. 1020.

⁴⁶⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 157.

⁴⁶⁵ Enzo Roppo também circunscreve o ressarcimento, nas hipóteses de ruptura das negociações, ao interesse contratual negativo: “Como se mede o ressarcimento devido à parte lesada pelo comportamento incorrecto da contraparte, durante as negociações? Aquela não tem direito à soma equivalente ao interesse contratual positivo, (isto é aos exactos proveitos que conseguiria se o contrato em questão se tivesse formado validamente e tivesse sido regularmente cumprido). Tem direito, sim, à indemnização 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”. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 108.

preliminares alcançarem um determinado ponto, que a confiança da parte na contratação só poderá ser adequadamente ressarcida se lhe for conferida uma indenização que tenha por fundamento o interesse contratual positivo, ou seja, o interesse no cumprimento. Imagine que um produtor agrícola tenha direcionado toda a sua produção para uma empresa que se propunha comprá-los. O rompimento das tratativas ocorrido em momento muito próximo à colheita, não pode ser indenizado tendo por consonância os prejuízos efetivamente sofridos.

A referida situação exemplificada, na verdade, é identificada no conhecido caso dos tomates⁴⁶⁶ – exemplo comumente trazido pela doutrina como um caso de responsabilidade contratual em razão da quebra dos deveres acessórios ligados à boa-fé objetiva. A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁴⁶⁷ não transparece uma solução pautada no interesse contratual negativo, mas, contrariamente, percebe-se que o acórdão caminhou no sentido de reconhecer a existência de uma responsabilidade pelo interesse contratual positivo, condenando a empresa CICA ao pagamento de toda a safra de tomates. Ou seja, a condenação acabou por materializar situação em que o que teve que ser pago a título de indenização equivalia ao próprio valor que seria ganho com o futuro contrato. Trata-se, portanto, de uma determinação judicial pautada no interesse positivo, uma vez que está ligada à própria ideia de adimplemento de um pacto prometido.

Vê-se, por consequência, que, em casos como esses, a parte rescindente deve cumprir o contrato ou indenizar a contraparte, tendo em consideração os ganhos que seriam auferidos com a conclusão daquela avença. Sobre a referida questão, discorre Paulo Mota Pinto:

Admitimos, porém, a existência de tais casos, muitos excepcionais, em que a indenização se não limita ao interesse negativo, desde que a vinculação pré-contratual se tenha densificado já a ponto de ter surgido um verdadeiro dever de conclusão do contrato, de tal modo que o “evento que obriga à reparação” passa a ser, justamente, a não conclusão do contrato. Nesses casos, poderá, pois, existir uma indenização em dinheiro, medida pelo interesse positivo na conclusão. Mas não se vê razão para não admitir também, por aplicação do artigo 566.º, a indenização por reconstituição natural mediante a conclusão do contrato, aceitando-se, mesmo, um direito do lesado à celebração do contrato, susceptível de execução específica, por aplicação (análogica, considerando a admissão de um dever de conclusão) do regime do contrato-promessa, desde que aquela seja possível no caso

⁴⁶⁶ O referido caso será aprofundado em ponto sobre a casuística no direito brasileiro.

⁴⁶⁷ Apelação Cível n. 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 06.06.1991.

concreto⁴⁶⁸.

Desse modo, a lesão aos deveres acessórios emanados da boa-fé objetiva, concretizada numa ruptura negocial, pode ter a sua salvaguarda atrelada ao interesse contratual negativo e, excepcionalmente, ao interesse contratual positivo. Tal realidade acaba por lançar por terra a tradicional concepção que compreende na *culpa in contrahendo* apenas a possibilidade de efetivação de um *quantum* indenizatório sopesado o interesse contratual negativo. Logo, em hipóteses como a apresentada, o ressarcimento dos danos objetiva atribuir à vítima do ilícito o equivalente aos ganhos que teriam sido obtidos com a própria execução do contrato.

Por fim, importa verificar a relação existente entre a culpa e a responsabilidade civil pelo rompimento das negociações preliminares. Neste ponto, duas questões devem ser levantadas, quais sejam: i) se há a necessidade de configuração da culpa, para imposição de responsabilidade por ruptura de tratativas, ou se trataria de um ilícito objetivo, dispensando a apreciação da culpabilidade; ii) se a culpa pode ou não interferir no *quantum* indenizatório a ser fixado pelo juiz diante das situações concretas.

No que concerne à materialização da culpa, o referido elemento parece estar implícito à responsabilidade civil por ruptura das negociações, notadamente, em decorrência da relação existente com a boa-fé objetiva e com o não cumprimento de seus deveres acessórios. Como assinalado, a ruptura das negociações configura-se, *a priori*, como um direito subjetivo da parte. Por consequência, somente quando identificada a culpa, tem-se a quebra da confiança depositada, que, por sua vez, leva ao dever de reparação⁴⁶⁹. Importante destacar que, como afirmado por Antônio Chaves, “a culpa não consiste em entrar em negociações, e sim em abandoná-las, e o que é mais importante, não é qualquer retirada que dá margem à indenização, mas a retirada arbitrária, que só poderá assumir êsse colorido com a intervenção daquele fator”⁴⁷⁰.

Relativamente ao ordenamento jurídico brasileiro, é importante se ater ao fato de que

⁴⁶⁸ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1347.

⁴⁶⁹ Sobre a culpa, afirma Carlos Alberto da Mota Pinto que “a imposição do dever de reparar a uma parte, para tutela da confiança da outra, não pode deixar de exigir um comportamento fortemente culposo ao retratante, que nada mais faz do que exercer um direito, legitimado pela justiça e pelas conveniências pragmáticas”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Separata. XIV, 1963, pp. 197.

⁴⁷⁰ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 173.

em razão da positivação do abuso de direito, no Código Civil de 2002, novos contornos com relação à culpa podem ser trabalhados. Como salientado o art. 187 da mencionada legislação, caracterizou a figura do abuso como hipótese especial de ilícito, prescindindo do elemento culpa em sua redação. Em consonância com o parágrafo único, do art. 927, estar-se-ia diante de um específico caso de responsabilidade objetiva, não apresentando relevância a análise do elemento culpabilidade.

Logo, se considerada a ruptura de negociações preliminares como integrada na categoria do abuso de direito, não haveria que se questionar a existência de culpa. Não obstante, Cristiano de Sousa Zanetti, autor que adota a fundamentação do referido tipo de responsabilidade pré-contratual no abuso de direito e na transgressão da boa-fé objetiva, conclui pela intrínseca relação entre a culpa e a ruptura das negociações:

O comportamento do candidato a contratante que viole os cânones da lealdade e da confiança é, no mínimo, negligente, não correspondendo ao modelo comportamental comumente observado na sociedade brasileira. Trata-se, a um só tempo, de uma conduta culposa e violadora da boa-fé objetiva, figuras que, no particular campo da ruptura das negociações, aparecem sempre juntas. Isso não significa, no entanto, que somente as condutas negligentes caracterizem a violação à boa-fé objetiva, pois os comportamentos imprudentes, imperitos ou dolosos também podem servir para configurar a responsabilidade pela ruptura das negociações⁴⁷¹.

A culpa, assim, revela-se como elemento inerente à desobediência dos deveres impostos pela boa-fé. Mesmo não sendo elencada como elemento necessário pela legislação ordinária, a culpa acaba por ser sempre identificada, sob pena de não se estar diante de uma situação abusiva e, por consequência, ensejadora de reparação.

Apesar de não ser um elemento dotado de vital importância na constituição do rompimento das negociações preliminares, a culpa pode vir a ser relevante para a apuração de um adequado *quantum* indenizatório. Sobre essa questão, é imperioso ter atenção também para normas positivadas no Código Civil brasileiro, especificamente, nos seus art. 944⁴⁷² e art. 945⁴⁷³. Pelo primeiro dispositivo, consagra-se, excepcionalmente, a possibilidade de reduzir o

⁴⁷¹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 169.

⁴⁷² Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁴⁷³ Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

valor indenizatório em razão da desproporção existente entre o grau de culpa e o dano causado. Em paralelo, o art. 945 conduz à redução da indenização se houver concorrência de culpas, isto é, se o lesado tiver contribuído para a ocorrência do dano. Partindo do pressuposto de que, no ordenamento jurídico brasileiro, a ruptura de tratativas configura um ilícito extracontratual (em decorrência do abuso), nas situações práticas, demonstra-se necessária a análise da culpa de ambas as partes, pois se permite sempre ao juiz uma adequação do valor indenizatório, tomando em consideração os graus de culpabilidade.

Assim, de acordo com Zanetti, “resta claro que a culpa influi na determinação do *quantum* indenizatório, que, nos casos de culpa levíssima, leve ou concorrente pode levar a uma redução do ressarcimento – que nesse caso, deixa de ser integral”⁴⁷⁴. Logo, além de verificar se o ressarcimento levará em consonância o interesse negativo ou o interesse positivo, deve se ter atenção ao elemento culpa que poderá, em caráter extraordinário, ter influência na fixação do valor a ser pago como indenização.

5.2.3 A recusa em contratar

Deve ser compreendida como parte do fenômeno responsabilidade pré-contratual a denominada recusa em contratar. É possível observar, do ponto de vista prático, que há grande probabilidade de se ocasionar danos a uma pessoa, em razão da negativa em se concretizar uma avença contratual. Trata-se de hipótese diferente da recusa em contratar decorrente da ruptura das negociações preliminares. Como regra, na situação em exame, nenhuma das partes é levada a confiar na contratação; a recusa é realizada sem que os negociantes atinjam um elevado grau de interatividade capaz de produzir uma eventual vinculação.

Essa recusa, no entanto, é vista como elemento que compõe a própria autonomia contratual, podendo ser enquadrada como exercício regular de um direito. Caio Mário da Silva Pereira apresenta o princípio da autonomia da vontade dividido em quatro momentos distintos. Primeiramente, as partes têm a opção de contratar ou não contratar. Em um segundo momento, os sujeitos têm a possibilidade de escolher com quem contratar. Em seguida,

⁴⁷⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 171.

identifica-se a liberdade de escolha do conteúdo contratual. E, por fim, podem acionar o aparelho coator do Poder Judiciário para exigir que o contrato seja cumprido, uma vez que se converte em fonte do direito⁴⁷⁵. Sobre o primeiro momento, afirma o autor que “vigora a faculdade de contratar e de não contratar, isto é o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem um negócio jurídico contratual”⁴⁷⁶.

Assim, aprioristicamente, qualquer parte pode exercer a sua autonomia negocial que também é concretizada pela opção de não contratar. Como sustentado por Jean Carbonnier, “na formação do contrato, o indivíduo possui uma dupla liberdade: contratar ou não contratar (esta é a opção fundamental), mas também e, sobretudo, determinar a seu critério o conteúdo do contrato”⁴⁷⁷. Verifica-se, desse modo, que a autonomia da vontade é também composta por uma escolha prévia, em que as partes decidem se querem ou não uma vinculação pela via contratual, em razão de uma contraparte.

É necessário pontuar, entretanto, que é possível identificar limites para o exercício dessa liberdade de não contratação. Antônio Chaves, em uma das primeiras obras sobre a responsabilidade civil pré-contratual no Brasil, buscou enquadrar a recusa de contratar como uma das hipóteses de materialização de dano no momento da formação do contrato. Nesse contexto, o autor afirma:

Não será pela invocação de um mal interpretado princípio de salvaguarda à liberdade individual que um facultativo poderá recusar seus préstimos ao paciente que deles necessita, não será a pretexto que o motorista tem o direito de transportar quem bem entenda que poderá a seu alvedrio recusar condução⁴⁷⁸.

Desse modo, existem algumas situações em que a liberdade de não contratar – realizada na recusa – pode acabar prejudicando de maneira severa um sujeito de direito. Se, por exemplo, houver a negativa de contratação de um serviço prestado em regime de monopólio, não existe a possibilidade de a parte recorrer a outras pessoas, de modo a

⁴⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III – contratos. 17. ed. Revista e atualizada por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 20-22.

⁴⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III – contratos. 17. ed. Revista e atualizada por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 20.

⁴⁷⁷ No original: “Dans la formation du contrat, l’individu a une double liberté : contracter ou ne pas contracter (c’est l’option fondamentale), mais encore et surtout déterminer à son gré le contenu du contrat”. CARBONNIER, Jean. **Droit Civil**. Vol. 4 – les obligations. 9. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1976. p. 35.

⁴⁷⁸ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 16.

conseguir os mesmos – ou similares – préstimos. No entanto, a recusa por parte de um concessionário ou de um permissionário de serviços públicos revela-se bastante custosa para a parte que pretende contratar, uma vez que se está diante de serviços essenciais.

É interessante observar que é prática habitual caminhar sempre no sentido de buscar consequências jurídicas para uma ação – conduta positiva – que cause um dano na esfera de titularidade de outra pessoa. No entanto, é preciso estar atento para as implicações jurídicas de uma abstenção, que podem ser idênticas – ou até piores – àquelas que nascem de um comportamento comissivo. Nesse sentido, a omissão, materializada na não concretização de um contrato, pode causar sérios prejuízos a um sujeito de direito.

De acordo com Antônio Chaves, o tema da recusa de contratar foi repetidamente analisado pela ciência jurídica e jurisprudência⁴⁷⁹ francesas. Buscou-se discutir, na primeira metade do século XX, os limites para o exercício da liberdade de não contratar, havendo autores que defendessem a existência desses contornos de atuação e quem acreditasse não haver a possibilidade de ponderação negativa sobre a recusa de contratar⁴⁸⁰. Muitas das construções jurídicas desse período – notadamente por terem sido desenvolvidas na França – estavam baseadas na noção de abuso de direito, segundo o qual “a pessoa está livre de abster-se e não contratar, tornando-se essa abstenção culposa desde o momento em que a finalidade de prejudicar passe a constituir a base da abstenção. Não contratar é um direito, mas não contratar com o intuito de prejudicar é abuso”⁴⁸¹.

Assim, contemporaneamente, o princípio da autonomia da vontade tem passado por uma releitura, não sendo mais visto como absoluto. Em verdade, o dirigismo contratual atua como fator de limitação da liberdade dos indivíduos, condicionando a concretização dos contratos à obediência a outros valores trazidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, por exemplo, o ordenamento jurídico consumerista veda a recusa a contratar em determinadas situações, conforme se pode depreender do art. 39, incisos II e IX, do Código de Defesa do Consumidor:

⁴⁷⁹ Antônio Chaves descreve um interessante julgado do Tribunal de Tizi Ozou: “Fato semelhante ocorreu com relação ao único farmacêutico de Dellys, que recusou vender remédios a um doente sob alegação de que a receita tinha sido assinada por um médico contra o qual estava demandando. O tribunal de Tizi Ozou, repelindo a invocação da liberdade de comércio, condenou-o por sentença de 26-12-1923, declarando que havia abusado de seu direito”. CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 39.

⁴⁸⁰ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. pp. 16 e ss.

⁴⁸¹ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 18.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

[...]

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais.

Além da tutela expressa no âmbito do direito do consumidor, é preciso ter atenção ao exercício da liberdade de não contratar que consubstancie conduta discriminatória, notadamente se estiver pautada, por exemplo, em elementos como raça, cor, procedência, sexo, orientação sexual, acometimento por doenças, nacionalidade, credo ou religião. Atualmente, são várias as nuances relativas a uma pessoa que podem dar margem a uma conduta discriminatória. Como apontado por Daniele Maffei, a relevância do fenômeno é ampliada em decorrência da difusão de novas formas de identidade da pessoa, muitas vezes favorecidas pelo progresso científico. Ainda segundo o autor, essa multiplicação de formas de identidade torna mais numerosas as ocasiões em que a pessoa pode ser percebida como diferente e, portanto, como uma contraparte contratual indesejável⁴⁸².

O exercício da autonomia como pretexto para a concretização de conduta discriminatória não pode ser, portanto, albergado em nenhum ordenamento jurídico. Nesse sentido, assinala Gabriele Carapezza Figlia, que a difusão do preconceito justifica a introdução da proibição da discriminação, pois esta comporta, potencialmente, o dano aos sujeitos que compartilham aquela qualidade pessoal, a exclusão do acesso a bens ou serviços negociados no mercado e uma conseguinte marginalização social⁴⁸³. Lado outro, deve ser observada a ponderação dos direitos fundamentais no momento de exercício da liberdade de não contratar. Essa ponderação, preteritamente, era realizada apenas na perspectiva da relação existente entre o Estado e os seus súditos, ou seja, a tutela de direito fundamentais era

⁴⁸² Nas palavras originais de Maffei: “La rilevanza del fenomeno è ampliata dalla diffusione di forme di identità della persona, sempre nuove, spesso favorita dal progresso tecnico. La moltiplicazione delle forme di identità rende formidabilmente più numerose le occasione in cui l'altra persona può essere percepita come diversa e, pertanto, come una controparte contrattuale sgradita”. MAFFEIS, Daniele. **Offerta al pubblico e divieto di discriminazione**. Milano: Giuffrè, 2007. p. 7.

⁴⁸³ No original: “La diffusione del preconceito giustifica l'introduzione del divieto di discriminazione, poiché comporta, potenzialmente, a danno dei soggetti che condividono quella qualità personale, l'esclusione dall'accesso a beni o servizi scambiati sul mercato e una conseguente marginalizzazione sociale”. FIGLIA, Gabriele Carapezza. **Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. p. 55.

realizada entre as esferas pública e privada, pela qual o particular invocava a sua proteção contra atos ou ingerências de agentes estatais.

É certo que a liberdade de contratar é reconhecida enquanto norma pelos ordenamentos jurídicos ocidentais. No entanto, cabe se perguntar se é possível um controle dessa liberdade, legalmente reconhecida, tendo por supedâneo o contraste com os direitos fundamentais. Tendo em consideração que, para Claus-Wilhelm Canaris, “o objeto da vinculação e do controlo pelos direitos fundamentais não é aqui a decisão judicial enquanto tal, mas antes a proposição que lhe subjaz e que a sustenta”⁴⁸⁴, revela-se imperioso que a proposição por trás de uma recusa em contratar não concretize um ato atentatório a direitos fundamentais, principalmente se conexo ao princípio da igualdade, impeditivo de qualquer tipo de tratamento discriminatório.

Desse modo, a eficácia dos direitos fundamentais é, hoje, também apreciada em sua horizontalidade. Significa dizer que as relações entre os particulares também estão submetidas aos comandos que traduzam proteção aos direitos fundamentais. Não se trata mais de uma eficácia a depender da atuação do legislador, devendo ser reconhecida pela legislação diretamente ou amparada no uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Assim, as relações jurídicas travadas entre particulares também está submetida aos efeitos emanados dos direitos fundamentais. O estatuto de uma associação, o contrato social de uma empresa, um testamento ou um contrato de compra e venda entre privados não pode conter em seu conteúdo qualquer disposição atentatória aos direitos fundamentais.

Relativamente ao direito de não contratar, a autonomia contratual, protegida pelo ordenamento jurídico, deve ser apreciada como campo suscetível de controle pelos direitos fundamentais. Desse modo, se for configurada qualquer conduta atentatória ao princípio da igualdade, levando a um tratamento disforme e discriminatório, cabe a intervenção do Poder Judiciário no sentido de adequar os comportamentos ao que se encontra previsto como norma fundamental em nosso ordenamento jurídico.

No âmbito da União Europeia, verificou-se um avanço no controle de condutas discriminatórias, por meio da aprovação de variadas diretivas que enfrentaram o tema direta

⁴⁸⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2010. p. 131.

ou indiretamente, como a Diretiva n. 2000/43/CE e a Diretiva n. 2004/113/CE. Gabriele Carapezza Figlia afirma que parte da doutrina alemã, defendeu que as diretivas antidiscriminatórias da Comunidade Europeia atentavam contra o texto constitucional, considerando a sua recepção, pelo ordenamento jurídico germânico, um ato de “vandalismo legislativo”. De acordo com o autor:

Sustenta-se que, em uma sociedade liberal-democrática, deveria se distinguir entre eficácia vertical e horizontal da proibição de discriminar. Aplicar a proibição não apenas nas relações entre autoridade pública e cidadãos, mas também naquelas interprivadas, traduzir-se-ia em uma lesão da liberdade de se auto-determinar, sob a forma de imposição por parte do Estado (transformado em ético) de uma «correta visão do mundo» ou de uma «moralidade pública». A proibição de discriminação introduziria um controle judicial sobre motivos que induzem os indivíduos a contratar, podendo contradizer aquilo que vem definido como «*the core element of the freedom of contract*»: a insindicabilidade das escolhas contratuais⁴⁸⁵.

No entanto, esses posicionamentos críticos, em favor de uma ampla liberdade de contratação – que seria o centro do direito contratual –, cedem espaço para o posicionamento de que os direitos fundamentais possuem conteúdo constitucional, devendo ser observados também entre os particulares. Imagine um suposto locador que negue a concretização do contrato em decorrência do pretenso locatário ser negro, índio ou pardo. Tal fato seria completamente atentatório aos valores inseridos no texto constitucional, não podendo prevalecer em uma situação prática. Assim, o exercício de contratar ou não contratar ainda deve ser tomado como princípio basilar no direito contratual, porém, é importante lembrar que o referido possui perímetros que devem ser observados no controle dos casos práticos.

Ingo Wolfgang Sarlet apresenta importante consideração sobre os cuidados que devem ser seguidos quando verificado eventual confronto entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade. Discorre o autor:

[...] no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma

⁴⁸⁵ No original: “Si sostiene che, in una società liberaldemocratica, dovrebbe distinguersi tra efficacia verticale e orizzontale della proibizione de discriminare. Applicare il divieto non soltanto nei rapporti tra pubbliche autorità e cittadini, ma anche in quelli interprivati, si tradurrebbe in una lesione della libertà di autodeterminarsi, sotto forma di imposizione da parte dello Stato (divenuto etico) di una «corretta visione del mondo» o di una «pubblica moralità». Il divieto di discriminazione introdurrebbe un controllo giudiziale sui motivi che inducono i singoli a contrattare, sí da contraddirre quello che viene definito «*the core element of the freedom of contract*»: l'insidacabilità delle scelte contrattuali”. FIGLIA, Gabriele Carapezza. **Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013. p. 125.

similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência da cada um⁴⁸⁶.

Deve ser precisado, portanto, que os particulares encontram-se vinculados aos direitos fundamentais, estando as suas condutas submetidas ao controle desses. Além disso, a própria autonomia negocial pode ser vista como um direito fundamental, o que leva a um necessário cuidado no controle de eventual recusa na contratação. Do ponto de vista prático, deve ser buscado um equilíbrio coeso às nuances do caso concreto que permita um posicionamento mais consentâneo com o próprio texto constitucional.

No que concerne à extensão do dano e a sua reparação, importa primeiramente verificar se, diante de uma recusa em contratar, caberia à parte lesada requerer o ressarcimento baseado no interesse negativo ou o cumprimento e a execução das obrigações contratuais, isto é, o interesse contratual positivo.

Ressalta-se, inicialmente, que existem algumas situações que concretizam verdadeiro dever de conclusão do contrato, como se dá nos contratos de consumo, por força do mencionado art. 39 do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de hipóteses que têm em si verdadeiras imposições legais no sentido de contratar, cujo descumprimento não pode ser corrigido senão pela imposição do programa contratual que se pretendia efetivar. Assim, um estabelecimento comercial que recuse a venda de algum produto a qualquer pessoa que se apresente na loja como cliente, pode dar ensejo a um provimento jurisdicional que obrigue a realização do negócio jurídico, com as correlatas entrega do bem e aceitação do valor pago, se não houver uma justificativa plausível para a referida recusa.

Nesse ponto, é importante ressaltar que pode haver uma recusa em contratar baseada em características específicas da pessoa, desde que relevantes para a consecução dos propósitos daquele negócio jurídico. Assim, por exemplo, é permitido que alguns serviços bancários, como a tomada de empréstimos, a aplicação em determinadas carteiras de investimentos ou a disponibilização de cartões de crédito, sejam oferecidos a um grupo de clientes com renda ou patrimônio superiores a limites pré-estabelecidos pela instituição

⁴⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 383.

financeira. Há que se observar, nesses casos, a razoabilidade, de forma a identificar as situações que justifiquem uma oferta de produtos ou serviços estratificada. No entanto, excetuando situações como a exemplificada, é possível exigir em juízo o interesse contratual positivo, com a correspondente consecução do ajuste contratual.

De modo diverso, nas situações em que as partes estão em paridade e não se verifica uma imposição legal que as obrigue à concretização do contrato, não parece haver a possibilidade de requerer o cumprimento do acordo contratual que se pretendia realizar. Tal fato se dá, justamente, pela importância e pela posição central ocupada pelo princípio da autonomia da vontade em nosso ordenamento jurídico. A título de exemplo, mesmo apoiado em fundamentos de ordem discriminatória, não há como forçar um sujeito a alugar o seu imóvel para outrem, pois se demonstra inconcebível uma ingerência de tal monta no âmbito da esfera de um particular, obrigando-o a dispor do que não pretende.

Uma reparação por prejuízos materiais baseada no interesse contratual negativo não parece ser interessante no presente caso. Como salientado, a situação em apreço não se confunde com a não contratação em razão da ruptura de negociações preliminares. Nesta última hipótese, é possível identificar vínculos de confiança recíproca gerados entre as partes, que, na maioria das vezes, não se encontram na categoria em análise. Como consequência da não existência de confiança, as partes, em regra, não chegam nem mesmo a incidir em gastos ou a perder oportunidades, não suscitando, desse modo, quaisquer prejuízos de ordem material.

No entanto, partindo do pressuposto de que o interesse contratual negativo é composto também pelo ressarcimento dos prejuízos morais, pode vir a ser interessante a recomposição da situação anterior à negativa de contratação. A fixação de uma indenização por danos morais objetiva compensar um sujeito pelos sofrimentos perpassados, o que é facilmente verificável nas hipóteses em que a recusa em contratar opera-se em razão de elementos discriminatórios. Interessante observar que a referida questão já era posta, na França, no início do século XX, apesar de não se ver como configurável a materialização do interesse contratual positivo. Nesse sentido, por exemplo, posicionava-se René Lucien Morel:

No entanto, a supor que a recusa de contratar não produza nenhum dano material, ela pode, em certos casos, ser a causa de um prejuízo moral. É assim, por exemplo, nas situações em que a recusa de contratar for

acompanhada de certa publicidade, que pode prejudicar a reputação da pessoa que ali está envolvida. O fato de recusar a uma pessoa a entrada em um teatro é, evidentemente, de natureza tal a causar prejuízos, em consideração disto. Não há dúvida, nesse caso, que uma reparação seja devida⁴⁸⁷.

Logo, se a recusa de contratar for realizada tendo por consideração algum elemento de ordem discriminatória, o dano moral poderá ser qualificado e deverá estar contido no valor a ser pago a título de indenização, compondo o interesse contratual negativo.

Vê-se, como conclusão, que nas hipóteses de recusa à contratação em que haja um óbice legislativo para tanto, a parte prejudicada terá direito ao interesse contratual positivo, ou seja, será possível exigir que o contrato seja concretizado e que produza os seus efeitos. Já nas situações em que a recusa se releva como fruto de um achaque a direitos fundamentais, é possível requerer um ressarcimento em consonância com o interesse contratual negativo, que se apresentará como significativo, especialmente, nas hipóteses em que a parte tenha vivenciado prejuízos de ordem moral.

5.2.4 A impossibilidade de concluir o contrato em decorrência de culpa

Situação similar à do rompimento das negociações preliminares pode ser identificada na hipótese em que um contrato não se conclui em decorrência da ação culposa de uma das partes. Paolo Gallo apresenta uma síntese sobre a aludida realidade:

Um caso de certo modo similar ao recesso injustificado das tratativas, mas seguramente diferente, verifica-se quando, mesmo na ausência da vontade de ruptura, não se demonstra possível concluir o contrato por fato imputável ao outro contraente. Imagine-se, por exemplo, a destruição dolosa ou culposa dos bens objeto da tratativa; ou ainda, um famoso cantor de ópera lírica que ao último momento, depois que o empresário dispôs todas as coisas para o espetáculo, de modo culposos (*forfait*), padece de uma bronquite devido à imprudência e a adversidades evitáveis com ordinária diligência⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ No original: “Cependant, à supposer que le refus de contracter ne produise aucun dommage matériel, il peut, dans certains cas, être la cause d’un préjudice moral. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le refus de contracter s’accompagne d’une certaine publicité, qui peut nuire à la réputation de celui qui en est l’objet. Le fait de refuser à une personne l’entrée d’un théâtre est évidemment de nature à porter atteinte à la considération de celle-ci. Il n’est pas douteux, en ce cas, qu’une réparation soit due”. MOREL, René Lucien. Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles. *Revue trimestrielle du droit civil*, Paris, Vol. VII, 1908, p. 310.

⁴⁸⁸ No original: “Un caso in un certo senso simile al recesso ingiustificato dalle trattative, ma sicuramente diverso, si verifica quando, anche in assenza della volontà di recedere, non risulta comunque possibile concludere il contratto per fatto imputabile all’altro contraente. Si pensi per esempio alla distruzione dolosa o colposa dei beni oggetto di trattativa; o ancora ad un famoso cantante d’opera lirica che all’ultimo momento, dopo che l’impresario ha predisposto ogni cosa per lo spettacolo, da forfait in seguito ad una bronchite dovuta ad

Também podem ser identificadas situações práticas em que a culpa da não concretização do contrato não é conduzida a nenhum dos envolvidos na negociação, mas sim a um terceiro. A título de exemplo, uma oferta mais baixa, mas sem lastro, isto é, sem chances de ser efetivamente cumprida, pode ser realizada por um sujeito, objetivando unicamente encerrar a tratativas que já estejam em curso entre duas outras pessoas. Desse modo, um produto pode ser proposto a um preço muito abaixo do oferecido pelo negociante original, o que leva a parte a não contratar. Essa mesma parte descobre, posteriormente, que a proposta não era factível e se vê prejudicada por não ter seguido adiante com as negociações com o primeiro proponente, que agora não são mais passíveis de consecução⁴⁸⁹.

Trata-se de situações que transparecem uma indução à não conclusão do contrato. O terceiro – ou mesmo a contraparte – atua com culpa de modo a reduzir ou impedir a realização do contrato originalmente proposto. Nas duas hipóteses, não parece justa a fixação dos valores indenizatórios em consonância com o interesse contratual negativo, tendo em vista que, em ambas, o principal interesse do negociante reside na formação e na concretização de um programa contratual, que restou frustrado. O que se objetiva reconstituir, por meio da reparação civil, é a situação em que estaria o contratante, se não tivesse ocorrido o evento lesivo, ou seja, se não tivesse sido induzido a não concluir aquele contrato. Logo, havendo provas suficientes de que o negócio jurídico pretendido inicialmente teria se formado, faz-se adequada uma reparação em consonância com o interesse contratual positivo. Nesse sentido, posiciona-se Paulo Mota Pinto:

Ora, aplicando as regras gerais sobre a obrigação de indemnização, e desde que se prova efectivamente que o contrato teria sido concluído sem o evento que obriga à reparação, sendo o lucro resultante dessa celebração um dos “benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão” (art. 564.º, n.º 1), não há razão para excluir da indemnização esses lucros, e, portanto, para que aquela não corresponda ao interesse contratual positivo. A tanto não obsta, a nosso ver, a circunstância de não ter sido realmente celebrado o negócio, ou de não existir um dever (do lesante) ou um direito (do lesado) à sua celebração. É aqui decisiva, a nosso ver a consideração e que na situação *hipotética*, em que o lesado estaria sem o evento lesivo, *teria sido concluído* o contrato em questão, conjugada com o argumento, já por várias vezes repetido, segundo o qual, como é sabido, a reparação dos lucros cessantes não depende da alegação de prova de um *direito à obtenção*, desses lucros, ou de qualquer dever de o lesante os proporcionar ao lesado,

imprudenza e strapazzi evitabili con l'ordinaria diligenza”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 309.

⁴⁸⁹ Cf. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 309.

mas apenas de que teriam sido realmente auferidos, independentemente do direito a eles ou do dever de os proporcionar⁴⁹⁰.

É importante atentar para o fato de que a referida hipótese pode ocorrer também quando presente apenas a culpa em sentido estrito – negligência, imprudência ou imperícia –, não estando adstrita apenas às situações fáticas em que haja a intenção efetiva de fazer com que uma parte desista da contratação.

Nesse ponto, afiguram-se importantes algumas conjecturas sobre a responsabilidade civil existente na contratação pública. Apesar do regime aplicável, ser consideravelmente diverso, as normas de direito civil têm grande relevância no âmbito da contratação pública. A título de exemplo, deve ser ponderado um *quantum* indenizatório para as hipóteses em que uma pessoa física ou jurídica participa de um processo licitatório que acaba por não ser contemplado pela adjudicação em razão da ocorrência de alguma fraude ou mesmo de um erro imputável à Administração Pública. Em ambas as situações apresentadas, é clara a materialização da culpa por parte do poder público que deverá indenizar aqueles que participaram do certame, principalmente, aqueles que venceriam a licitação.

Nessas hipóteses o que deve ser objeto de reflexão, também, são os parâmetros utilizados para a fixação do *quantum* indenizatório. O valor a ser pago a título de ressarcimento deveria corresponder ao interesse contratual negativo ou ao interesse contratual positivo? De maneira habitual, pelo fato de estar configurado um problema na fase pré-contratual, alguns autores concluem pela limitação da indenização ao interesse contratual negativo. No entanto, atualmente, esse posicionamento tem sido questionado, principalmente, se for tomada em consideração a hipótese em que a pessoa teria vencido o certame se não tivesse ocorrido o evento culposo que resultou em seu afastamento da adjudicação. Em um trabalho que aborda a temática de maneira exclusiva, Rui Cardona Ferreira, tendo por base o ordenamento jurídico português, ataca as tradicionais concepções que levariam a uma indenização restrita ao interesse contratual negativo:

Do que antecede, resulta claramente infirmado o *preconceito*, tradicionalmente apregoado, da limitação apriorística do âmbito de indemnização ao interesse contratual negativo, na *culpa in contrahendo*. O critério determinante do âmbito da indemnização há-de residir, na verdade, na existência, ou não, de um dever de celebração do contrato e na exigência,

⁴⁹⁰ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 885.

com alcance geral, de congruência entre o evento lesivo e a indenização. [...] Assim, mesmo que se considere que não está em causa uma verdadeira *promessa pública* e se funde tal dever apenas na boa fé, na lei ou numa difusa *auto-vinculação* da Administração, carece de fundamento uma limitação da indenização devida ao concorrente ilicitamente preterido, excluindo *aprioristicamente* o ressarcimento do interesse contratual positivo⁴⁹¹.

Dessa forma, mesmo no âmbito da contratação pública, revela-se salutar a ponderação de um valor indenizatório tendo por base os parâmetros de interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Nesse ponto, o elemento basilar a definir qual será o *quantum* está na existência ou não de um dever de contratar que, se materializado, obriga a Administração Pública a indenizar o participante preterido na licitação pelo interesse contratual positivo.

5.2.5 Revogação da proposta e responsabilidade pré-contratual

Como já abordado, partindo da perspectiva de formação do contrato dividida em fases, tem-se, primeiramente, a fase das negociações preliminares, em seguida, há a proposta (ou oferta) e, por fim, ocorre a aceitação, concretizando a avença. Assim, utilizando-se dessa já tradicional visão da formação do contrato, enquanto não ocorre a aceitação da proposta o contrato não é formado. Depois de analisadas as contingências que podem surgir em razão de interrupção das negociações preliminares, faz-se necessária uma análise de problemas relacionados à segunda fase da formação de um contrato, qual seja a fase da proposta.

De acordo com Adriano De Cupis, a tradição romanística é pela licitude da revogação da proposta, o que, inclusive, explica as dificuldades da teoria de Jhering, em razão da dificuldade de se conciliar a existência de culpa com o exercício de um direito⁴⁹². Baseando-se nessa tradição, a proposta não se apresenta como uma ocorrência dotada de vinculação. Contrariamente, é lícita sua revogação a qualquer momento, compreendendo-se como um direito potestativo do proponente.

O ordenamento jurídico italiano segue a referida construção romanística, estabelecendo que a proposta pode ser revogada sempre que o contrato não tenha sido

⁴⁹¹ FERREIRA, Rui Cardona. **Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance** (em especial, na contratação pública). Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 73-74.

⁴⁹² CUPIS Adriano. **Contributi alla teoria del risarcimento del danno**. Milano: Giuffrè, 1939. p. 33.

concluído. O *Codice Civile* possui um dispositivo específico que dá os referidos contornos à fase da proposta:

Art. 1328 Revogação da proposta e da aceitação

A proposta pode ser revogada até que o contrato não esteja concluso. Todavia, se o aceitante empreendeu de boa-fé a execução antes de ter notícia de sua revogação, o proponente é obrigado a indenizá-lo pelas despesas e pelas súbitas perdas, ocasionadas pelo início da execução do contrato.

A aceitação pode ser revogada, desde que a revogação chegue ao conhecimento do proponente antes da aceitação⁴⁹³.

Pela leitura do art. 1328, é possível perceber que a possibilidade de revogação da proposta é considerada como regra geral, porém, é interessante notar que o dispositivo prevê a responsabilidade do proponente pelas despesas e perdas súbitas (danos emergentes), em que incorreu o oblato por ter iniciado a execução do contrato de boa-fé.

Primeiramente, é preciso destacar que é errônea interpretação a *contrario sensu*, de que não existiria uma responsabilidade civil na fase das tratativas, uma vez que também não existe na fase da proposta. Isso porque uma perfunctória análise poderia levar o intérprete do Código Civil italiano a concluir que como há um dispositivo específico para a tutela da confiança do oblato, na fase da proposta, não há que se conceder uma proteção pela quebra da confiança na fase das negociações preliminares. Essa interpretação, no entanto, não se sustenta.

Passando à análise dos fundamentos do próprio dispositivo, é possível identificar a existência de responsabilidade objetiva no caso de ocorrência de danos, sem que se tenha que cogitar de qualquer culpa por parte do proponente. O que importa é a materialização de danos na esfera de direito de alguém que acreditou no conteúdo presente na proposta. A hipótese, portanto, em razão da ausência de culpa, não estaria diretamente ligada à *culpa in contrahendo* ou a responsabilidade pré-contratual. Trata-se na verdade de situação em que há a imputação de uma indenização por prejuízos derivados de um ato lícito, qual seja a revogação da proposta. Paolo Gallo apresenta um interessante posicionamento sobre o dispositivo do *Codice*:

⁴⁹³ Art. 1328 Revoca della proposta e dell'accettazione

La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto.

L'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione.

Em uma comum admissão, a hipótese em questão não integra um caso de responsabilidade pré-contratual, mas antes faz referência a um caso de dano lícito, conseguinte ao exercício de um direito. Basta, de fato, recordar que, em primeiro lugar, a norma prescinde completamente do elemento subjetivo da *fattispecie* – dolo ou culpa – e opera objetivamente em todos os casos. Em segundo lugar, como em todos os outros casos de atos lícitos danosos, o legislador não fala de ressarcimento, mas de indenização, nos limites apenas do dano emergente, vale dizer, das despesas e perdas sofridas pela iniciada execução do contrato; com exclusão, assim, do ressarcimento do lucro cessante relativo às perdas de outras oportunidades contratuais. Isso, porém, não impede que se, no caso concreto, a revogação da proposta assumir conotações de ilicitude, por violação de regras de comportamento fundadas na boa-fé, pode encontrar aplicação, igualmente, o disposto no art. 1337 do Código Civil italiano, com a conseguinte responsabilidade estendida também ao lucro cessante⁴⁹⁴.

Portanto, em um primeiro momento, a aplicação do dispositivo não estaria alicerçada na existência de uma responsabilidade pré-contratual, mesmo porque é prescindível o elemento culpa. A limitação da indenização apenas aos danos emergentes torna a questão ainda mais clara, levando a materialização de hipótese de responsabilidade civil objetiva, derivada de um ato lícito, porém danoso. Isso, no entanto, não afastaria a existência de uma efetiva responsabilidade civil pré-contratual, por outros danos sofridos em razão da quebra dos deveres pré-contratuais baseados na cláusula geral da boa-fé objetiva. Assim, se a atuação do proponente se revelar desleal, por exemplo, pode lhe ser imputado o dever de indenizar os lucros cessantes em soma aos danos emergentes previstos pelo art. 1328. O que é importante observar é que o fundamento de imputação de responsabilidade civil é diverso em cada uma das hipóteses.

Diferentemente, é possível cogitar de uma efetiva responsabilidade pela contratação quando o proponente renuncia ao direito de revogação da proposta. Nesse caso, o que se verifica é a abdicação do exercício de um direito que tem a sua origem em uma manifestação de vontade. Quando ocorre a aludida renúncia, o proponente passa a estar obrigado a concluir

⁴⁹⁴ No original: “Per comune ammissione, l’ipotesi in questione non integra un caso di responsabilità precontrattuale, ma piuttosto fa riferimento ad un caso di danno lecito, conseguente all’esercizio di un diritto. Basti infatti ricordare che la norma in primo luogo prescinde completamente dall’elemento soggettivo della fattispecie, dolo o culpa, ed opera oggettivamente in ogni caso. In secondo luogo, al pari che in tutti gli altri casi di atti leciti dannosi, il legislatore non parla di risarcimento, ma di indennizzo, nei limiti del solo danno emergente, vale a dire le spese e le perdite subite per l’iniziata esecuzione del contratto; con esclusione, quindi, del risarcimento del lucro cessante relativo alla perdita di altre opportunità contrattuali. Questo però non toglie che se, in concreto la revoca della proposta assume connotati di illiceità, per violazione di regole di correttezza fondate sulla buona fede, può trovare applicazione altresì il disposto dell’art. 1337 c.c., con conseguente responsabilità estesa anche al lucro cessante”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 310.

o contrato. Não o fazendo está sujeito à execução específica ou a indenizar o oblato pelo interesse contratual positivo. Está-se diante de um perfeito vínculo negocial. Consta-se ser uma situação análoga às hipóteses de contrato preliminar, surgindo a obrigação do contratante de concluir o contrato principal⁴⁹⁵.

No que concerne à ausência de vinculação da proposta, é interessante observar que o próprio Jhering não reconhecia a revogação, aprioristicamente, como uma hipótese de *culpa in contrahendo*, uma vez que se estava diante de um exercício regular de um direito. Nas palavras do autor alemão:

O primeiro passo para o contrato é a proposta. A vinculação à *diligentia in contrahendo* começa logo com ela? Por certo. Simplesmente, enquanto a proposta não está aceita, não pode causar qualquer lesão; se, portanto, ela for revogada antes da aceitação, não se fundamenta uma indemnização, ainda que a outra parte tenha sofrido danos por tal razão. Estes danos foram causados por esta mesma contraparte a si própria. Quem é suficientemente imprudente para, com base numa proposta, em vez de a aceitar, actuar desde logo, tomar disposições para execução do contrato, seguidamente contratar com terceiros, etc., está por si próprio *in culpa*, pois tinha de contar com a possibilidade de revogação da proposta até ao momento da sua aceitação. Apenas com *este* momento é que está legitimado a actuar com base no contrato, seja real seja aparentemente concluído, apenas com ele é que, se as disposições que tomou com esse fim são frustradas por uma revogação da proposta, tempestiva (é certo) mas que não foi recebida a tempo, poderá transferir para a contraparte que o levou a realizar os seus actos os respectivos resultados desvantajosos⁴⁹⁶.

Vê-se, pois, que, concernentemente à proposta, só haveria *culpa in contrahendo* quando fosse realizada uma revogação, sem que essa fosse recebida a tempo pelo aceitante. Apenas nessas hipóteses, haveria o dever de indenizar, restituindo a parte à situação em que estava antes de acreditar que a sua aceitação havia produzido os efeitos de formação do contrato.

O direito brasileiro, no entanto, trata do tema de uma maneira bastante diversa, não seguindo a referida tradição romanística de ausência de vinculação da proposta. O caminho escolhido pela codificação brasileira é exatamente o oposto, estabelecendo que a proposta obriga o proponente, não podendo o mesmo se negar a concluir o negócio pretendido. Assim,

⁴⁹⁵ Sobre esse específico ponto, Adriano De Cupis revela que o ressarcimento não se funda em uma injusta lesão da confiança na conclusão do contrato, ou mesmo no desapontamento relativo à razoável esperança na conclusão do contrato, mas deriva, sim, da assunção de um vínculo que equivale por eficácia àquele que produz o contrato concluso. CUPIS Adriano. **Contributi alla teoria del risarcimento del danno**. Milano: Giuffrè, 1939. p. 52.

⁴⁹⁶ JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 33.

está previsto no art. 427 do Código Civil brasileiro: “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. A regra geral no direito brasileiro estabelece, portanto, a existência de vinculação da proposta obrigando ao cumprimento das obrigações contratuais. Não se trata, no entanto, de uma vinculação que alcança a ambas as partes, mas, somente, a parte que elaborou a proposta, isto é, o peticitante.

São igualmente relevantes as exceções à regra da vinculação da proposta. As primeiras estão localizadas no próprio texto do dispositivo acima, ao estabelecer que haverá vinculação, “se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Assim, a própria proposta pode carrear a ausência de obrigatoriedade na elaboração do contrato, concretizando situação em que o oblato, desde o início, conhece a incerteza contida na declaração de vontade do peticitante. Além disso, as circunstâncias e a natureza do caso podem redundar na mesma conclusão. Dentre as circunstâncias que levam à não consolidação da obrigatoriedade da proposta, destacam-se as hipóteses previstas no próprio Código Civil, em seu art. 428, que assim dispõe:

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

Verifica-se, pelo elenco de situações que retiram a obrigatoriedade da proposta, que haverá uma maior relevância das questões ligadas à vinculação quando a formação do contrato é realizada entre pessoas que negociam à distância. Quando feita entre presentes, se a proposta não for aceita de imediato, não há vinculação do proponente. As demais situações estão ligadas à desobediência de prazos (especificados ou presumidos, também chamados de *prazos morais*) – ou à eventual retratação da proposta que chega ao conhecimento do oblato, antes mesmo, ou simultaneamente, à proposta.

Desse modo, não preenchendo nenhuma das aludidas exceções, previstas em nosso ordenamento, a proposta passa a ser dotada de vinculação, o que abre a possibilidade de a

parte requerer a formação e a execução do contrato. Nesse cenário, não há que se cogitar de uma indenização pelo interesse contratual negativo, pois o oblato tem direito à contratação e não há um *status quo ante* a ser recomposto pela via indenizatória. Portanto, o que está em jogo, em situações como essa, é efetivamente o chamado interesse contratual positivo, podendo o oblato exigir em juízo a concretização da avença ou uma indenização consentânea com as vantagens que seriam auferidas com a própria realização do negócio jurídico contratual⁴⁹⁷. Destaca-se que a opção pela realização do contrato demonstra-se em maior conformidade com o Código de Processo Civil em vigor, que prevê, em seu art. 461, a primazia da execução específica da obrigação⁴⁹⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, também, devem ser analisadas com atenção as previsões do Código de Defesa do Consumidor, com relação à oferta. Como visto, a oferta pública, quando apresenta os requisitos essenciais do contrato, materializa proposta⁴⁹⁹. A lei consumerista, no entanto, apresenta um rol de opções para o consumidor quando o fornecedor se recusar a contratar conforme ofertado. Dispõem o art. 35 do CDC:

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Da leitura do referido dispositivo, é possível perceber que o consumidor terá três opções: i) o cumprimento forçado da obrigação; ii) a aceitação de outro produto ou serviço; ou, iii) a rescisão do contrato acompanhada da correlata indenização. É interessante observar que a primeira alternativa aberta ao consumidor consagra uma tutela baseada no interesse contratual positivo, tendo em vista a consagração da execução específica da obrigação. Deve

⁴⁹⁷ Sobre o referido ponto, Caio Mário da Silva Pereira assinala que “a maior parte da doutrina que examinou a extensão da obrigatoriedade da proposta do art. 1.080 do Código Civil de 1916, repetido *ipsis literis* no art. 427 do Código de 2002, se encaminhou no sentido de, nas hipóteses em que o polícitante não honra a proposta, conceder ao oblato apenas a via das perdas e danos, sem execução específica da obrigação de contratar. Essa orientação doutrinária e jurisprudencial, contudo, mudou, diante da tendência moderna de se dar preferencialmente execução específica às obrigações de fazer, conforme o princípio da preservação do conteúdo e objetivo contratuais”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III – Contratos. 17. ed. Atual. Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 36.

⁴⁹⁸ O novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – contém previsão similar em seu art. 497.

⁴⁹⁹ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

ser apontado, assim, que o Código de Defesa do Consumidor revela maior avanço, se comparado com o Código Civil, pois é expresso com relação à possibilidade de se exigir o cumprimento forçado da obrigação.

Portanto, diante de uma revogação da proposta, seja baseando-se no ordenamento consumerista seja no ordenamento civil, parece clara a necessidade de se abrir ao oblato a alternativa de requerer a execução específica da obrigação, qual seja a concretização do programa contratual, ou de ser indenizado pelo interesse contratual positivo, isto é, se a parte não concordar com a consecução do contrato, deverá arcar com um *quantum* indenizatório que equivalha aos ganhos que seriam auferidos com aquela contratação.

Por fim, outra questão relevante, que pode ser identificada nas situações em que o contrato forma-se à distância, encontra-se na aceitação que chega tardiamente, não levando à concretização do contrato⁵⁰⁰. Em hipóteses desse tipo, faz-se necessário notificar o aceitante sobre a não formação do contrato, sob pena de gerar o dever de indenizar para o proponente. No ordenamento jurídico brasileiro, o mencionado entendimento é, inclusive, positivado no Código Civil, em seu art. 430, que dispõe que “se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos”. Como se depreende da norma em apreço, não há a possibilidade de se exigir a conclusão do contrato, em decorrência da falta de comunicação sobre o tardio recebimento da aceitação. Em virtude de a aceitação não ter chegado em momento oportuno, o contrato não se forma, restando, apenas, o recurso aos mecanismos de responsabilidade civil, se o fato não foi informado e a parte incorreu em prejuízos. Verifica-se que a indenização, nessa hipótese, deve equivaler ao interesse negativo, tendo em vista que, em sua essência, objetiva reconstruir um *status quo ante*, vale dizer, a situação em que estava o sujeito antes de acreditar que o contrato havia sido formado.

É interessante observar que o Código Civil alemão prevê consequência completamente diversa para a mesma situação. Assim, dispõe o § 149 do BGB:

§ 149 (Aceitação atrasada)

Se uma declaração de aceitação, chegada com atraso ao proponente, foi

⁵⁰⁰ Como assinalado, o próprio Jhering reconhecia aqui uma hipótese de *culpa in contrahendo*. Cf. JHERING, Rudolf von. **Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 33.

enviada de tal modo que, numa expedição normal, havia de chegar em tempo útil, e deva o proponente reconhecer isto, terá ele, imediatamente depois do recebimento da declaração, de notificar o atraso ao aceitante, desde que isto não se tenha já anteriormente dado. Se retardar ele o envio da notificação, será considerada a aceitação como não atrasada⁵⁰¹.

Da leitura do dispositivo do BGB, é possível verificar que, não sendo informado o recebimento da aceitação com atraso, será gerada presunção de que a proposta foi aceita regularmente. Apoiando-se nesse entendimento, revela-se possível, inclusive, requerer a execução do contrato antevisto pelas partes negociantes, isto é, está-se diante de hipótese de exigibilidade pautada no interesse contratual positivo.

5.2.6 Quebra de deveres de informação em contratos válidos

Questionamento importante reside na possibilidade de aplicação de uma norma sobre a fase pré-contratual a uma hipótese em que o contrato tenha sido concluído, sem qualquer causa de invalidade. Trata-se das situações em que em decorrência de uma não transmissão de informação, a parte acaba por realizar um contrato indesejado. Uma interpretação estrita conduziria a não admissibilidade de uso da disciplina voltada para a fase pré-contratual a uma avença que tenha superado esse momento de formação do contrato.

Assim, a referida questão apresenta maior relevância nas hipóteses em que uma das partes falta com o dever acessório da boa-fé objetiva de repassar as adequadas informações⁵⁰². Imaginemos um contrato em que os elementos essenciais foram repassados, mas que, por outro lado, careceu de algumas informações secundárias, que não ensejariam a anulação por erro ou por dolo. Em situação como essa, ter-se-ia contrato válido, mas cujo conteúdo pode se revelar como indesejado por um dos contratantes. É o que ocorre quando se está diante do erro não essencial ou do dolo accidental. Como exemplo, tomemos um contrato de compra e venda de um objeto que apresente algum defeito que não lhe retira as características principais. Trata-se de negociação que, inicialmente, não se revela suscetível de invalidação, mas, se o contratante soubesse do aludido vício, poderia ter feito o negócio em melhores condições, requerendo, por exemplo, uma redução no valor pago ou uma ampliação do prazo

⁵⁰¹ **Código civil alemão**. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960. p. 43.

⁵⁰² Nesse ponto, Jorge Sinde Monteiro esclarece que “para que um parceiro de negociações deva informar espontaneamente o outro, com isso defendendo ou curando de interesses alheios, é necessário que exista uma particular necessidade de protecção”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 360.

para pagamento, isto é, o lesado poderia ter celebrado com a contraparte um negócio com conjunturas mais vantajosas.

Em situações como a apresentada, a verificação da não obediência aos deveres acessórios, impostos pela boa-fé objetiva, não pode levar à concretização de uma invalidade contratual, restando, somente, a possibilidade de reparação dos prejuízos sofridos. É preciso ter atenção para o fato de que as hipóteses de invalidade contratual são típicas, ou seja, estão sempre previstas em lei. E, baseando-se no ordenamento jurídico brasileiro, não se encontra dispositivo normativo a impor o regime da nulidade ou o regime da anulabilidade negocial aos casos de não submissão aos padrões de conduta ligados à boa-fé. Logo, a violação de deveres de informação não poderá, por si só, conduzir à invalidade, devendo o eventual lesado se socorrer com os instrumentos de reparação civil, dispostos pela legislação⁵⁰³.

Para a solução de questões como a apresentada, Paolo Gallo assevera que é necessário fazer um confronto entre normas que tratam da validade e normas que tratam da reparação ou responsabilidade por atuação desconforme à boa-fé objetiva. Como exemplo de distinção entre os dois âmbitos, o autor trabalha o artigo 1440 do Código Civil italiano, que trata do dolo acidental, dispondo que “se as fraudes não forem tais a determinar o consenso, o contrato é válido, mesmo que sem elas tivesse sido concluído em condições diferentes; mas o contraente de má-fé responde pelos danos”⁵⁰⁴.

Pela leitura do dispositivo, resta clara a distinção entre validade e responsabilidade.

⁵⁰³ Baseando-se no ordenamento jurídico italiano, Paolo Gallo chega às mesmas conclusões: “Um outro problema é se a violação dos deveres de comportamento fundados na boa-fé possa assumir relevância somente com os fins de ressarcimento do dano (art. 1337 do Código Civil italiano), ou também sob o perfil da validade e/ou invalidade do contrato; se, isto é, a violação das regras de comportamento do art. 1337 possa comportar, além do dever de ressarcir o dano, também a nulidade do contrato. Tendo em conta o fato de que as causas de invalidade são tendencialmente típicas, somente a violação das regras de boa-fé não deveria, por si só, ser idônea a determinar a invalidade do contrato, excetuando as situações em que se recai em uma das várias hipóteses de invalidade, nulidade e anulabilidade”. No original: “Un altro problema ancora è se la violazione dei doveri di correttezza fondati sulla buona fede possa assumere rilevanza solo ai fini del risarcimento del danno (art. 1337 c.c.), o anche sotto il profilo della validità e/o invalidità del contratto; se cioè la violazione di regole di correttezza di cui all’art. 1337 c.c. possa comportare, oltre che l’obbligo di risarcire il danno, anche nullità del contratto. Tenuto conto del fatto che le cause di invalidità del contratto sono tendenzialmente tipiche, la solo violazione della regola di buona fede non dovrebbe di per sé essere idonea a determinare l’invalidità del contratto, salvo che non si ricada in una delle varie ipotesi tipiche di invalidità, nullità ed annullabilità”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la fattispecie. *Rivista di Diritto Civile*, Parte Prima, 2004, Padova, p. 320.

⁵⁰⁴ Art. 1440 Dolo incidente. Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni (2056).

Quando o dolo é acidental, ou seja, não tem a capacidade de alterar o consentimento da parte, mas, ainda assim, causa prejuízo à parte contratante, faz necessária a imputação de ressarcimento dos danos ocasionados. Nessa hipótese, o contrato é válido, mas gera prejuízos que merecem ser ressarcidos. Paolo Gallo conclui, assim, que, com base nessa situação, pode-se acreditar que as regras de responsabilidade do contrato possuem um campo de ação mais vasto relativamente àquelas de validade, com a conseguinte possibilidade de requerer, pelo menos, o ressarcimento do dano⁵⁰⁵.

A referida construção teórica poderia ser integralmente transposta para o ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência da previsão da necessária submissão à boa-fé objetiva, contida no art. 422⁵⁰⁶, e a existência de similar disposição em torno do dolo, conforme se pode verificar da leitura do art. 146: “O dolo acidental só obriga à satisfação das perdas e danos, e é acidental quando, a seu despeito, o negócio seria realizado, embora por outro modo”. Assim, quando se está diante de uma quebra de dever de informação que concretize um dolo omissivo acidental, por exemplo, a parte deve se socorrer utilizando-se de um pleito indenizatório.

Demonstra-se, portanto, necessário refletir sobre as bases para a reparação dos prejuízos causados pela não submissão aos deveres acessórios impostos pela boa-fé objetiva. Não restam dúvidas de que uma situação em que a celebração do contrato foi válida e eficaz, mas em termos tais que o modo como foi celebrado gera danos para uma das partes, é merecedora de uma tutela reparatória. No entanto, esse tipo de situação não parece se enquadrar de maneira adequada na regra geral de ressarcimento pelo interesse contratual negativo, pois o contrato, por ser válido, traz consigo a correlata produção de efeitos. Por outro lado, o interesse contratual positivo não se apresenta como o caminho correto, por não haver um interesse no cumprimento do acordo, na forma como ele foi estruturado.

A referida hipótese poderia ser vista, desse modo, como ensejadora de uma

⁵⁰⁵ Nas palavras originais do autor: “Ecco quindi come in base a questa impostazione sia possibile ritenere: a) che le regole di responsabilità del contratto abbiano un campo d’azione più vasto rispetto a quelle di validità; b) con conseguente possibilità di chiedere per lo meno il risarcimento del danno (arg. ex art. 1440 c.c.). La più recente giurisprudenza sembra confermare questa impostazione. Vi sono infatti sentenze che hanno, senza alcuna possibilità di equivoco, concesso il rimedio risarcitorio ai sensi dell’art. 1337 c.c. anche in presenza di contratti validamente conclusi, e quindi come tali non suscettibili di impugnazione”. GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004, p. 319.

⁵⁰⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

indenização que tome por supedâneo a situação em que a parte estaria se o contrato imaginado por ela – em desconhecimento das informações songadas pela contraparte – fosse efetivamente cumprido. Trata-se de um *status ad quem* diverso do que corresponderia a conclusão do contrato. Nesse ponto, são de grande valia as palavras de Paulo Mota Pinto ao elucidar as peculiaridades que envolvem a questão:

O evento lesivo reside nos referidos casos, na *criação da* confiança na correção da informação. É certo que as conseqüências de tal evento lesivo – e a situação hipotética que existiria sem ele – não se caracterizam apenas por elementos negativos (a não celebração do negócio que foi efetivamente concluído), mas também por elementos positivos (a conclusão de um negócio de conteúdo diverso), e que o ressarcimento implica a recondução do lesado a uma situação diversa, quer do *status quo* ante, quer do *status ad quem* originariamente previsto – a uma situação, portanto, correspondente a um outro *status ad quem*, correspondente a um contrato de conteúdo diverso que teria sido celebrado⁵⁰⁷.

Verifica-se, pois, que, na presente hipótese, a aplicação das noções de interesse negativo e de interesse positivo esbarra no problema de se estabelecer qual situação deverá servir como base para a fixação de correto valor a título de indenização. Logo, as duas noções não se revelam aptas a conduzir a fixação dos valores indenizatórios, que, por sua vez, deverá estar permeada pelo princípio do ressarcimento integral dos danos sofridos, o que pode ser dar, inclusive, por meio da redução do preço ou da modificação do conteúdo contratual⁵⁰⁸. Como assinalado por Ravazzoni, “é óbvio, então, que em hipóteses deste gênero, se esteja de frente a um ressarcimento do dano, com base nas regras normais, sem nenhuma referência ao interesse contratual negativo ou positivo”⁵⁰⁹. Essas regras normais levariam o intérprete a buscar, nesses casos, uma reconstituição natural, pela adaptação do conteúdo negocial.

Contudo, deve ser assinalada a importância das provas para a solução desse tipo de contingência, principalmente, porque se está diante de uma ponderação de uma vontade

⁵⁰⁷ PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 885.

⁵⁰⁸ Paulo Mota Pinto apresenta algumas interessantes hipóteses de modificação ou redução do preço: “Encontram-se, por exemplo, hipóteses de violação de deveres de informação sobre o volume de negócios de uma empresa ou sobre as dívidas sociais, sobre vícios jurídicos ou de facto, do imóvel (ou outra circunstância), sobre a necessidade de instalação de uma escada de incêndio diante da única janela do apartamento adquirido, ou, mesmo, de divergência entre o preço constante do contrato e o preço calculado como fora acordado nas negociações entre vendedor e comprador”. PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 1414.

⁵⁰⁹ No original: “È ovvio, quindi, che in ipotesi di questo genere, si sia di fronte ad un risarcimento del danno, sulla base delle regole normali, senza alcun riferimento all’interesse contrattuale negativo o positivo”. RAVAZZONI, Alberto. **La formazione del contratto**. Vol. II – le regole di comportamento. Milano: Giuffrè, 1974. p. 215.

hipotética, uma vez que se baseia numa possível mudança de curso da formação do contrato, em decorrência de uma informação. Assim, os valores indenizatórios deverão seguir os anseios da parte lesada, baseados na situação que se teria configurado se ela soubesse da informação que lhe havia sido negligenciada. As dificuldades para fazer provas das aludidas situações hipotéticas acaba por reduzir o âmbito de aplicação prática da categoria em exame.

5.2.6.1 Responsabilidade por pareceres, conselhos e recomendações

Conjuntura muito próxima à narrada anteriormente reside na responsabilidade por conselhos e recomendações⁵¹⁰ elaborados por um terceiro e que levem a uma das partes a decidir pela contratação. Aqui, também, trata-se de hipótese em que o contrato é válido, porém não tem os resultados desejados em decorrência de uma informação incorreta repassada aos negociantes. No entanto, a sua peculiaridade está no fato de ser identificada a atuação de um terceiro, com poder de influência na tomada de decisão da parte que pretende contratar.

O Código Civil português apresenta norma expressa sobre esse tipo de responsabilidade. Assim, dispõe o art. 485.º:

Art. 485.º (Conselhos, recomendações ou informações)

1. Os simples conselhos, recomendações ou informações não responsabilizam quem os dá, ainda que haja negligência da sua parte.
2. A obrigação de indemnizar existe, porém, quando se tenha assumido a responsabilidade pelos danos, quando havia o dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação e se tenha procedido com negligência ou intenção de prejudicar, ou quando o procedimento do agente constitua facto punível.

É interessante notar que o referido dispositivo encontra-se na subsecção que trata da responsabilidade civil por fatos ilícitos, o que leva, preambularmente, a lidar com os problemas relacionados a conselhos, recomendações e informações – previstos na segunda

⁵¹⁰ Sobre a caracterização de conselhos e recomendações, sustenta Sinde Monteiro: “[...] dar um conselho significa dar a conhecer a uma outra pessoa o que na sua situação, se considera melhor ou mais vantajoso e o próprio faria se estivesse no seu lugar [...]. A recomendação é apenas uma sub-espécie do conselho. Traduz-se na comunicação das boas qualidades acerca de uma pessoa ou de uma coisa, com a intenção de, com isso, determinar aquele a quem é feita a algo. Conselho e recomendação distinguem-se apenas pela intensidade: o conselho implica, face à recomendação, uma exortação mais forte ao seu seguimento”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 14.

parte do artigo – como se tivessem natureza jurídica delitual⁵¹¹. No que concerne às hipóteses de responsabilidade, é possível identificar três diferentes situações do enunciado acima. A primeira dá-se “quando se tenha assumido a responsabilidade”, isto é, quando a parte expressamente tenha se vinculado no sentido de arcar com ônus originados do seu repasse de informações. A segunda identifica-se com a conjuntura em que há um “dever jurídico de dar conselho, recomendação ou informação”, levando à necessidade de se imputar responsabilidade civil àqueles que descumprem uma obrigação concretizada no dever de bem informar. E, por fim, a terceira relaciona-se com condutas puníveis no âmbito criminal, quando, por exemplo, ocorra uma fraude que configure tipo penal.

Para a presente análise importa analisar casos que se enquadrem na segunda tipologia prevista pelo art. 485.º do Código Civil português. Situação que, particularmente, elucida esse tipo de responsabilidade refere-se à atuação de empresas de consultoria e auditoria, que, por meio de relatórios e pareceres, induzem algum investidor a realizar determinadas transações negociais. Fusões ou aquisições de empresas são, de maneira frequente, precedidas de estudos para verificar a viabilidade dos negócios. Se tais estudos omitem informações ou apresentam dados inverídicos, os investidores são conduzidos a negociações que frustrarão as suas legítimas expectativas. Sobre a referida situação, descreve Carneiro da Frada:

Mas há também vezes situações em que *terceiros*, em razão, por exemplo, da sua especialização técnica ou da sua situação profissional, se encontram numa situação de autonomia e, intervindo ao lado de uma das partes no processo de negociação e formação do contrato, determinam ou influenciam o desenrolar desse processo. É este justamente o recorte da intervenção de muitos peritos, consultores e auditores no processo de formação do negócio. O seu poder próprio de influência e determinação do decurso desse processo consentirá ao intérprete, ainda que porventura *in extremis* do ponto de vista semântico, considerá-los, na medida e no âmbito da autonomia do seu desempenho, *sujeitos autônomos da relação de negociações*⁵¹².

Observa-se, desse modo, que a decisão pela vinculação contratual é comumente tomada, tendo por subsídios as informações repassadas por *terceiros*. O âmbito de verificação dos referidos agentes é identificado com a fase das negociações preliminares, o que redund

⁵¹¹ Para Carneiro da Frada, “os casos de relevância da informação para efeito de responsabilidade não têm todos natureza delitual”. O autor prossegue afirmando: “É pois discutível a inserção sistemática deste preceito que visava, afinal, estabelecer o quadro geral da solução do problema posto pelas informações. Se este se reflecte nas várias modalidades de responsabilidade civil admitidas, poderia ter sido escolhida outra sede sistemática de tratamento”. FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997. p. 101.

⁵¹² FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997. p. 101.

em sua inserção dentre uma das tipologias da responsabilidade pré-contratual.

É importante que o princípio da relatividade seja ponderado em conjunturas como essa, pois o que se percebe é a atuação de um sujeito – alheio à contratação – que interfere na formação do contrato pretendido. Logo, não havendo participação de uma das partes contratantes no repasse das informações, não há como requerer a invalidade do negócio jurídico, justamente, em razão da necessidade de se proteger a boa-fé dos envolvidos diretamente no entabulamento do contrato⁵¹³.

Porém, percebem-se claros prejuízos de um dos negociantes, que, confiando na veracidade das informações repassadas em uma auditoria ou consultoria, realiza avença não almejada. Os referidos prejuízos, por sua vez, ensejam a busca por mecanismos de responsabilidade civil que viabilizem uma compensação pelo vivenciado. Como se trata de evento ocorrido no processo de formação do contrato, verifica-se a aplicação do regime pré-contratual, que, nesse ponto, tem o seu âmbito normativo ampliado. Segundo Carneiro da Frada, “o alargamento da eficácia subjectiva da *culpa in contrahendo* é uma conseqüência do reconhecimento da influência que outros sujeitos além das partes propriamente ditas podem ter no desenrolar do processo tendente à conclusão do negócio”⁵¹⁴. Nesse contexto, também os terceiros, que interferem no processo de formação do contrato, estão subordinados aos deveres de conduta, impostos pela boa-fé objetiva e deverão responder civilmente pelos prejuízos causados⁵¹⁵.

A confiança, nesse aspecto, deve ser ponderada, de modo a oferecer adequados contornos para a existência da responsabilidade civil. Nem todas as recomendações ou pareceres são capazes de gerar confiança na contraparte e, portanto, de ser a base para a tomada de decisão de contratar. Assim, a relação travada entre o terceiro e a parte negociante

⁵¹³ Se a parte envolvida na contratação souber da não veracidade ou da ausência de informações, poderia ser arguida a invalidade por dolo de terceiro, em consonância com o art. 148 do Código Civil brasileiro, que assim dispõe: “Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou”.

⁵¹⁴ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997. p. 98.

⁵¹⁵ Manuel Carneiro da Frada apresenta interessante ilação sobre a ampliação do alcance da responsabilidade pré-contratual: “Se a *culpa in contrahendo* protege o período pré-negocial, não se vê razão para não conferir ao conceito de «negociações» o sentido mais abrangente que ele possa comportar por forma a potenciar a eficácia do instituto em ordem ao desempenho da sua função. Os terceiros poderão pois, nessa medida, ser abrangidos. Uma interpretação teleológica não deverá ignorar este ponto”. FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997. p. 101.

deve ser de natureza tal a gerar um vínculo singular entre as partes e fazer com que a informação seja tomada como fundamento para a decisão de contratar. Carneiro da Frada apresenta quatro pressupostos a serem enquadrados para o surgimento de uma tutela da confiança⁵¹⁶:

Podem apontar-se quatro pressupostos da protecção da confiança: 1) Uma situação de confiança, pela qual alguém confia no comportamento ou nas declarações de outrem; 2) Uma justificação dessa confiança, porquanto a imprudência e a incúria do confiante tornam injustificada a sua protecção; 3) Um investimento de confiança traduzido na necessidade de ter havido, por parte do confiante, o desenvolvimento de uma actividade cujo resultado ficaria comprometido se a confiança não fosse respeitada; 4) A possibilidade de imputar confiança àquele contra quem actua a protecção da confiança⁵¹⁷.

Desse modo, preenchido esses pressupostos estaria configurada situação de confiança a ser tutelada por mecanismos de responsabilidade civil. Todavia deve se ter atenção, também, para o fato de que não é qualquer terceiro que pode suportar uma eventual sanção do ordenamento jurídico. Se estivermos diante de um parecer elaborado por uma consultoria ou por uma auditoria, deve ser ter em consideração que a parte prejudicada por confiar no parecer, “se inclua precisamente no círculo daqueles a quem o parecer aparecia como destinado”⁵¹⁸. Não se pode, portanto, alegar prejuízos por informações recebidas, se não há uma expressa designação no sentido de o sujeito ser o remetente para o qual se dirigiam aqueles dados.

Qualificada a hipótese de responsabilidade pré-contratual, devem ser questionados os parâmetros indenizatórios adequados para o ressarcimento da parte lesada. Nesse ponto, a solução seguirá o exposto no item anterior, isto é, o ressarcimento será operado em consonância com a situação em que estaria o lesado se estivesse diante de uma recomendação ou de um parecer fidedignos ao contexto fático ao qual deveriam se referir. Novamente, está-se diante de um problema de conciliação entre o retorno a um *status quo ante*, acompanhado da eventual construção de um novo *status ad quem*. Diante da situação fática e probatória, deve ser questionado se a parte, perante informações autênticas, não teria realizado o contrato ou se o teria feito de uma maneira diversa. A indenização que deverá ser paga por esse terceiro deverá estar alicerçada em uma das duas conjunturas que se objetiva construir.

⁵¹⁶ Sobre os referidos pressupostos, cf.: CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1248.

⁵¹⁷ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997. p. 103.

⁵¹⁸ FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997. p. 107.

No ordenamento jurídico brasileiro, não se identifica norma com conteúdo similar ao § 485 do Código Civil português. Não obstante a ausência de regulação expressa, a referida situação pode ser pensada como hipótese geradora de responsabilidade civil, baseando-se, principalmente, nos padrões de conduta impostos pela boa-fé objetiva. Os parâmetros indenizatórios seguiriam as mesmas premissas colocadas pelo direito português, intentando a composição entre o retorno ao *status* anterior à contratação influenciada pelo conselho ou recomendação, e, sendo necessário, buscando ressarcimento pela não consecução de uma determinada situação jurídica por parte do lesado.

VI – Responsabilidade pré-contratual, interesse negativo e interesse positivo no ordenamento jurídico brasileiro

No âmbito do direito brasileiro, a responsabilidade pré-contratual pode ser considerada matéria de abordagem e estudo recentes. Somente com a essencial consagração da boa-fé objetiva em nosso ordenamento, fez-se possível uma efetiva ponderação sobre a necessidade de mecanismos de responsabilidade civil, para a salvaguarda dos eventos danosos ocorridos no momento de formação de um contrato. Nesse sentido, a Ciência Jurídica nacional apresentou um paulatino desenvolvimento no campo de sua proteção e, atualmente, verifica-se uma compreensão praticamente unânime pela necessidade de proteção das partes que vivenciam danos pré-contratuais.

Essa preocupação doutrinária com a fase pré-contratual, entretanto, apresenta-se desacompanhada de uma correlata e imperiosa reflexão relativa à fixação do *quantum* indenizatório. As noções de interesse negativo e interesse positivo não foram apropriadas e aprofundadas pela doutrina brasileira – diferentemente do que ocorreu em Portugal, Itália e Alemanha, por exemplo –, redundando em um incipiente tratamento dado ao ressarcimento dos prejuízos sofridos e a sua adequação, tendo em vista o caso concreto. A relação da *culpa in contrahendo* com temas conexos, como a invalidade negocial ou a ruptura de negociações preliminares, é comumente abordada, sem que sejam trazidas as consequências jurídicas de sua concretização.

Talvez, uma importante justificativa para o raso tratamento dado ao tema esteja nas bases de direito positivo então vigentes. Para tal fim, faz-se necessário um recuo histórico, que permita realizar uma análise do Código Civil de 1916, bem como de seus dispositivos que podiam ser utilizados como supedâneos para a consagração da responsabilidade pré-contratual ou para o sopesamento do *quantum* indenizatório, tendo por base o interesse negativo ou o interesse positivo.

O Código Civil de 2002 trouxe importante inovação, ao consagrar a cláusula geral de boa-fé, em seu art. 422⁵¹⁹. Observa-se, assim, a necessidade de se comportar em consonância com padrões de comportamento que passam a ser também vinculantes na fase de formação do contrato. Apesar disso, uma análise da codificação civil brasileira não revela qualquer menção expressa ao interesse contratual negativo ou ao interesse contratual positivo. Também não é possível extrair dessa e de outras fontes legislativas qualquer especificação com relação ao *quantum* indenizatório relativo aos danos vivenciados na fase pré-contratual. Alguns subsídios, no entanto, podem ser extraídos do atual Código Civil brasileiro e utilizados como balizas para a aplicação e compreensão da fórmula-par aqui estudada.

O exame de alguns importantes excertos jurisprudenciais de tribunais brasileiros permitirá a identificação dos fundamentos que comumente conduzem a tomada de decisão em hipóteses de responsabilidade pré-contratual, bem como a sua adequação aos conteúdos materiais submetidos à apreciação pelo Poder Judiciário.

O presente capítulo pretende, assim, analisar o desenvolvimento do tema no direito brasileiro, permitindo verificar o atual estado da matéria e buscar subsídios para o seu apropriado enquadramento. Não havendo a criação de uma cultura brasileira em torno do interesse contratual negativo e do interesse contratual positivo, importa que essas noções sejam refletidas e adaptadas ao nosso ordenamento jurídico, de modo a não deixar sem proteção os negociantes que, apoiados na boa-fé, sofrerem danos em razão da confiança depositada em uma avença.

6.1 A construção da doutrina brasileira sobre o tema

As construções da Ciência Jurídica europeia, da segunda metade do século XIX e do início do século XX, a propósito da *culpa in contrahendo* e de seus correlatos fundamentos para a fixação do *quantum* indenizatório parecem não ter obtido, no Brasil, a mesma repercussão identificada em seu *locus* de origem. É possível verificar que a vigência do Código Civil de 1916, acompanhada da reafirmação dos ideais individualistas e liberais, não

⁵¹⁹ Embora inovador, o dispositivo é bastante criticado pela doutrina. Antonio Junqueira de Azevedo afirma, por exemplo, que “o artigo é insuficiente, deficiente e, além de tudo, revela que está num paradigma anterior aos tempos nos quais estamos vivendo”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 89, Vol. 775, Maio, 2000, p. 11.

propiciou ambiente jurídico adequado para a ampla proliferação da noção de responsabilidade civil pré-contratual. Necessário se faz compreender o desenvolvimento das abordagens dadas ao tema pela manualística e pelos autores que se propuseram a estudar o fenômeno com profundidade.

Nesse sentido, tanto quanto se pode averiguar, Eduardo Espinola, jurista baiano de acentuada formação germanista, apresenta-se como um dos primeiros autores a propugnar pela indenização por *culpa in contrahendo*, tendo por base, justamente, a teorização empreendida por Jhering. Em seu *Systema do Direito Civil Brasileiro*, o autor discorre de maneira aprofundada sobre o tema e apresenta interessante dissociação entre *culpa in contrahendo* e responsabilidade pré-contratual. Para Espinola, a primeira noção estaria ligada às hipóteses de invalidade da convenção, devendo a parte prejudicada com o procedimento culposo da outra ser indenizada pelos prejuízos efetivamente verificados pelo fato de ter acreditado na validade do contrato⁵²⁰. Já a segunda expressão remeter-se-ia às hipóteses em que “o contracto não tenha chegado à completa formação e que, entretanto, uma das partes se entregasse às despesas e aos esforços preliminares”⁵²¹. É interessante perceber, assim, que o autor já indicava a existência de um tipo de responsabilidade pela ruptura das negociações, fundamentando-a, todavia, nos princípios gerais do direito. Espinola trabalhou, ainda, diretamente com a noção de interesse negativo (*negatives Vertragsinteresse*), afirmando consistir “nas vantagens que teria o outro contrahente e nas despesas que evitaria si não tivera sido levado a contrahir o contrato inválido”⁵²². O autor, no entanto, entende que as hipóteses são de culpa aquiliana e sustenta que “não se tendo effectuado o contracto ou decretada a sua nullidade por culpa de uma das partes, não é em virtude da falta de cumprimento que à outra cabe indemnização pelos danos soffridos, mas em respeito ao dever generico de *neminem laedere*”⁵²³. Trata-se de posicionamentos pioneiros no Brasil (principalmente se for levado em consideração o período em que foi escrita a obra), que muito contribuíram para a recepção e desenvolvimento do instituto da *culpa in contrahendo* no país.

Todavia, a primeira obra monográfica de grande aprofundamento sobre a

⁵²⁰ ESPINOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. Vol. 2. Tomo 1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1912. p. 425.

⁵²¹ ESPINOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. Vol. 2. Tomo 1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1912. p. 425.

⁵²² ESPINOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. Vol. 2. Tomo 1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1912. p. 426.

⁵²³ ESPINOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. Vol. 2. Tomo 1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1912. p. 428,

responsabilidade pré-contratual é de autoria do professor Antônio Chaves e foi publicada apenas em 1959. Na primeira parte de sua obra, o autor aborda o tema importante das possibilidades de recusa de contratar. Trata-se de uma ponderação sobre os limites da liberdade contratual. O autor inicia suas reflexões com o seguinte questionamento: *poderá alguém ser responsabilizado civilmente pelo simples fato de recusar contratar?*⁵²⁴ A questão é bastante instigante e capaz de gerar, por si só, variadas construções teóricas. Em seguida, são abordadas a fase das negociações preliminares e a responsabilidade civil pré-contratual. Por fim, são trazidas importantes considerações sobre a liquidação da responsabilidade pré-contratual. Nesse ponto, observa-se, em suas linhas, uma preocupação com o interesse contratual negativo, que ganha forma própria e tratativa específica, apesar de não ter gerado um necessário debate sobre a matéria⁵²⁵. Em verdade, verifica-se que, apesar de o tema do interesse contratual negativo – e a sua contraposição ao interesse contratual positivo – ter sido objeto de variados estudos jurídicos em ordenamentos de matriz romano-germânica, a análise da literatura jurídica, existente no panorama brasileiro, leva à identificação de uma escassez de estudos sobre a ponderação entre os referidos interesses.

Os principais manuais, tratados e obras de direito civil publicados durante a segunda metade do século XX, em regra, não trouxeram um estudo aprofundado sobre a responsabilidade pré-contratual, porém, já é possível perceber a abordagem do instituto e algumas tentativas de oferecer um apropriado regime jurídico que propicie proteção jurídica aos que confiam em uma contratação. No que concerne ao interesse negativo e ao interesse positivo, é possível observar alguma preocupação com as aludidas noções em algumas poucas obras brasileiras de conteúdo jurídico.

Nesse sentido, por exemplo, Miguel Maria de Serpa Lopes restringe a aplicação da noção de interesse negativo à disciplina do erro. Discorre o autor que “a parte que incide em erro responde pelos danos causados por um ato lícito, já que decorreu de sua própria negligência ao contratar, o que deu causa à anulabilidade desse mesmo ato. Trata-se de

⁵²⁴ CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 15.

⁵²⁵ Sustenta Antônio Chaves: “No interesse contratual negativo, [...] invoca-se indenização por parte de quem confiou na validade de um negócio que, no fim das contas, não veio a ser concluído. De fato, se o negócio tivesse sido levado a efeito, não teriam sido em vão as despesas e demais sacrifícios feitos, que assim resultam estéreis. Os prejuízos indenizáveis a título de interesse negativo podem-se traduzir, como os demais, numa diminuição patrimonial positiva – as quantias dispendidas, p. ex. – ou na frustração de um lucro provável, como o que teria resultado da celebração de outro contrato, que só por intervir aquele deixou de se celebrar, não podendo no entanto a liquidação do interesse negativo incidir sobre a parte em que exceder o positivo”. CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 217.

chamado interesse negativo”⁵²⁶. Verifica-se que, nesse autor, o tratamento dado ao tema é dotado de maior tecnicidade apesar de estar intrinsecamente ligado ao estudo do erro. Apesar disso, não se percebe a concretização de um tratamento sistemático no trato da questão e não se fala da contraposição com o interesse contratual positivo e a sua intrínseca relação com o cumprimento do conteúdo contratual.

Importante autor a tratar da *culpa in contrahendo* e do interesse negativo foi Pontes de Miranda. No tomo XXXVIII, de seu *Tratado de Direito Privado*, é dedicado um capítulo à *culpa in contrahendo*. O tratamento dado ao tema é de grande profundidade, principalmente se for tomado em consideração o período em que foi escrito, mas há uma limitação de alcance apenas às hipóteses de configuração de nulidade. Nesse sentido, sustenta o autor:

Nos casos de nulidade, por exemplo, por ilicitude ou impossibilidade da prestação, se o figurante, que seria o devedor, ou outorgante, conhecia ou devia conhecer a causa da nulidade, tem de ressarcir os danos que o credor, ou outorgado sofreu, com a decretação da nulidade, se não conhecesse, nem teria podido, conforme o uso do tráfico, conhecer a ilicitude ou a impossibilidade da prestação. Trata-se da indenização do interesse negativo, dano derivado da confiança. Não pode a indenização ir além do interesse positivo, isto é, do interesse do outorgado no adimplemento do contrato, se tal contrato fosse válido⁵²⁷.

Percebe-se do trecho transcrito que o autor concebe o interesse negativo como uma espécie de dano. Isso não retira, todavia, a importância de um tratamento autônomo dado à questão. Além disso, Pontes de Miranda já apresenta importantes considerações acerca da confiança como fundamento de responsabilidade, chegando a afirmar que “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 relações morais”⁵²⁸. Apesar de não fazer uma referência expressa à boa-fé objetiva, já indica a existência de deveres que nascem da necessidade de confiança, como os deveres de comunicação, explicação e conservação⁵²⁹.

O tema do interesse negativo é também analisado no tomo IV, do *Tratado de Direito Privado*, que se dedica ao estudo da validade, nulidade e anulabilidade. Sustenta o autor que

⁵²⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Vol. 1 – Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. p. 450.

⁵²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII – Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962. p. 320.

⁵²⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII – Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962. p. 321.

⁵²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII – Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962. p. 322.

“se tratando de anulação por êrro, por exemplo, é preciso atender-se a que o outro figurante pode ter confiado na validade da manifestação de vontade, e assim, tem a técnica jurídica de atender à situação em que colocou o que teve prejuízo por confiar (daí chamar-se interêsse de confiança, *Vertrauensinteresse*, ou (interêsse negativo)”⁵³⁰. Percebe-se, assim, a construção de uma salutar interface entre as situações ensejadoras de confiança e a imperiosa indenização do interesse negativo, demonstrando um claro apoio nas fontes germanistas.

Clóvis do Couto e Silva foi, também, um importante jurista a tratar a questão da responsabilidade pré-contratual. Na verdade, a sua obra *A obrigação como processo*⁵³¹ abriu caminhos para que novas construções teóricas fossem elaboradas sobre o tema, pois, ao compreender a relação obrigacional como um processo voltado para o inadimplemento, Couto e Silva sustenta que a fase do nascimento da obrigação consiste em um dos momentos dessa relação complexa⁵³², assentando a necessidade de, ainda nesse período, sujeitarem-se as partes aos deveres de comportamento emanados da boa-fé objetiva⁵³³.

Orlando Gomes, por sua vez, afirma que “se um dos interessados, por sua atitude, cria para o outro a experiência de contratar, obrigando-o, inclusive, a fazer despesas para possibilitar a realização do contrato, e, depois, sem qualquer motivo, põe termo às negociações, o outro terá direito de ser ressarcido dos danos que sofreu”⁵³⁴. Interessante perceber que o autor já faz referência ao interesse negativo⁵³⁵ e, além disso, busca sustentar a responsabilidade, presente na hipótese, na teoria do abuso do direito. Para Orlando Gomes, “romper caprichosamente as negociações preliminares seria comportamento abusivo que deve sujeitar o agente ao pagamento de indenização”⁵³⁶. O autor conclui, ainda, pela aplicação do regime da culpa extracontratual às hipóteses de *culpa in contrahendo*⁵³⁷.

⁵³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 83.

⁵³¹ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV Editora, 2013.

⁵³² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV Editora, 2013. p. 43.

⁵³³ Nesse contexto, assevera Couto e Silva: “A responsabilidade pré-contratual a seu turno constitui-se, também, em descumprimento de deveres genéricos que não guardam paridade, nesse ponto essencial, com os emergentes de um contrato. A possibilidade de confusão é a que muitos desses deveres genéricos, afóra a circunstância de se dirigirem a todos indistintamente, guardam semelhança com os deveres que têm como fonte uma relação negocial”. COUTO E SILVA, Clóvis. Dever de indenizar. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 198.

⁵³⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 75.

⁵³⁵ “Aquele que é ilaqueado em sua boa-fé, frustrado na sua fundada esperança de contratar, tem direito à reparação dos prejuízos sofridos, isto é, ao interesse contratual negativo”. GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 75.

⁵³⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 75.

⁵³⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 75.

Caio Mário da Silva Pereira, ao discorrer sobre a formação do contrato, afirma que as negociações preliminares são “conversas prévias, sondagens e debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro”⁵³⁸. O autor sustenta que apesar de faltar obrigatoriedade às negociações preliminares, pode surgir responsabilidade nessa fase, “não no campo da culpa contratual, porém da aquiliana, somente no caso de um deles induzir no outro a crença de que o contrato será celebrado, levando-o a despesas ou a não contratar com terceiro, etc. e depois recuar, causando-lhe dano”⁵³⁹. Porém, não se observa, nesse ponto, qualquer menção ao interesse negativo. Ao abordar o tema do ato ilícito, em outro volume de sua obra, Caio Mário da Silva Pereira discorre sobre a teoria da *culpa in contrahendo*, apoiando-se em Ihering, reafirmando o seu caráter extracontratual:

Ao lado da culpa contratual e da culpa extracontratual, a doutrina alemã, com Ihering, distingue a *culpa in contrahendo*, que se pode caracterizar no ilícito, situado na conduta do agente que leva o lesado a sofrer prejuízo do próprio fato de celebrar o contrato. Contra a opinião inicial de Ihering, que a conceituava como culpa contratual, é antes a rigor uma espécie de culpa aquiliana, porque não resulta de um dever predefinido em contrato, mas que decorre do fato de criar o agente uma situação em que a celebração do ajuste é a causa do prejuízo. Fundada pelo criador, na doutrina do interesse geral negativo, foi aceita a noção de *culpa in contrahendo* pelo Código alemão, no caso de um dos contraentes induzir o outro à celebração do negócio, muito embora já conhecesse a impossibilidade da prestação (BGB, §307)⁵⁴⁰.

Observa-se do trecho transcrito, uma abordagem teórica de natureza descritiva, sem que haja uma preocupação com a transposição da construção da ciência jurídica germânica para o âmbito do direito brasileiro. No volume dedicado à teoria geral das obrigações, o autor volta a abordar a questão ao tratar da culpa no inadimplemento. Não se percebe, no entanto, enquadramento diverso dos apresentados nas outras obras: a teoria é apresentada com a sua origem em Ihering, descrevendo a necessidade de reparar lesão causada pelo próprio fato de contratar e é reafirmada a natureza extracontratual da hipótese de responsabilidade em exame⁵⁴¹.

⁵³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III – contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 29.

⁵³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III – contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. p. 29.

⁵⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I – introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. 20. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 658.

⁵⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. II – teoria geral das obrigações. 26. ed. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 314.

Na verdade, o tema da responsabilidade pré-contratual passa a chamar a efetiva atenção da Ciência Jurídica brasileira, a partir das construções teóricas sobre a boa-fé objetiva. Apesar da ausência de previsão da cláusula geral no Código Civil de 1916, a doutrina brasileira buscou reconhecer a necessidade de imposição de um padrão de comportamento a ser concretizado pelas partes inseridas no tráfego negocial. Percebe-se que essas construções concretizaram-se, principalmente, em razão da influência da tese do professor português António Menezes Cordeiro, intitulada *Da boa fé no direito civil*⁵⁴². Nesse contexto, por exemplo, deu-se a obra de Judith Martins Costa, publicada em 1999, com o título *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*⁵⁴³, em que é dedicado um capítulo ao estudo da operatividade da boa-fé na sua interface com a responsabilidade pré-negocial. A autora faz uma interessante análise de decisões jurisprudenciais de tribunais brasileiros e apresenta a origem e os fundamentos de aplicação da *culpa in contrahendo*.

Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, devem ser destacadas duas obras, ambas publicadas no ano de 2001.

A primeira é de autoria de Regis Fichtner Pereira e revela-se como um dos estudos mais completos sobre a responsabilidade pré-contratual no direito brasileiro⁵⁴⁴. O trabalho divide-se em duas partes: i) teoria geral da responsabilidade civil pré-contratual; ii) a responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. O autor trabalha questões centrais correlatas ao tema, como a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, os fundamentos de sua aplicação, as hipóteses em que se opera e a liquidação tendo por base o interesse contratual negativo. Trata-se de obra paradigmática e de grande importância para o estudo da matéria.

A segunda obra é de Carlyle Popp e tem o seu cerne no estudo do rompimento abusivo das negociações preliminares⁵⁴⁵. O autor parte de uma análise sobre os limites da liberdade de contratar, sob uma perspectiva de direito civil constitucional. A responsabilidade pré-contratual é trabalhada em sua formação histórica, além de ser concretizada uma análise

⁵⁴² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

⁵⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 326.

⁵⁴⁴ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁵⁴⁵ POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá, 2011.

horizontal de variados ordenamentos jurídicos, buscando compreender a forma como se opera a proteção das partes inseridas na fase de formação do contrato. São abordados os pressupostos de aplicação da responsabilidade por ruptura de tratativas e são apresentadas algumas análises de decisões jurisprudenciais sobre o tema.

O Código Civil de 2002 permitiu novos contornos e fundamentos doutrinários para o tratamento da responsabilidade pré-contratual, ao prever, em seu art. 422, que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Reconheceu-se no referido dispositivo a consagração da boa-fé objetiva como cláusula geral a conduzir as partes envolvidas em qualquer contratação. Apesar de não se identificar uma referência expressa à fase de formação, compreendeu-se que a expressão “conclusão” é tomada de modo amplo, abarcando as negociações preliminares⁵⁴⁶. Desse modo, com a positivação da cláusula geral de boa-fé objetiva, variadas obras passaram a voltar os olhos para a fase da formação negocial e para a sua relação com os deveres de conduta esperados do agente, impostos pelo “novo” princípio jurídico.

Após o Código Civil de 2002, deve ser destacada a obra de autoria de Cristiano de Souza Zanetti, intitulada *Responsabilidade pela ruptura das negociações*⁵⁴⁷. Como assinalado quando abordadas as questões ligadas à natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, o autor constrói a sua teoria, baseando-se nos dispositivos da nova codificação, principalmente na consagração do abuso de direito, enquanto categoria de ato ilícito (art. 187). Nesse sentido, o autor sustenta que a responsabilidade por ruptura das negociações configura responsabilidade extracontratual, em decorrência de conduta abusiva, contrária à boa-fé objetiva. São trabalhados os mecanismos de sanção ao ilícito abusivo e apresentados alguns casos práticos, como método adequado para verificação dos atuais fundamentos dados às questões ligadas ao tema.

Outra importante obra sobre as questões em exame é de autoria de Vítor Fernandes

⁵⁴⁶ Antonio Junqueira de Azevedo aponta uma insuficiência no tratamento oferecido pelo dispositivo: “[...] o art. 421 se limita ao período que vai da conclusão do contrato até a sua execução. Sempre digo que o contrato é um ‘processo’ em que há começo meio e fim. Temos fases contratuais – fase pré-contratual, contratual propriamente dita e pós-contratual. [...] Logo, o caso do art. 421 deveria também dispor sobre a responsabilidade pré-contratual, isto é, fazer extensão do comportamento de boa-fé à fase pré-contratual”. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 89, Vol. 775, Maio, 2000, p. 12.

⁵⁴⁷ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

Gonçalves⁵⁴⁸. O autor discorre de maneira aprofundada acerca da teoria do interesse negativo e da teoria do interesse de confiança (com bases em elementos das ciências econômicas), buscando, em seguida, aplicar as referidas construções às variadas hipóteses de quebra de promessa. Trata-se de trabalho muito bem sistematizado, que procura levantar variados âmbitos de aplicação dos marcos teóricos escolhidos, sendo realizado importante contraponto com a prática jurídica.

Christian Sahb Batista Lopes é, também, autor de importante trabalho sobre o tema da responsabilidade pré-contratual⁵⁴⁹. Em sua obra, verifica-se um diálogo com a teoria da análise econômica do direito, permitindo concluir pela imperiosa proteção dos eventos surgidos na fase pré-contratual, apoiando-se em critérios como eficiência, oportunismo, custos de transação e poder de barganha. Em acréscimo, são apresentados os fundamentos da responsabilidade pré-contratual nos países de tradição romano-germânica e, também, no direito norte-americano, para, em seguida, ser realizada uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, tendo por base a cláusula geral de boa-fé, positivada no art. 422 do Código Civil brasileiro.

Nos atuais manuais de direito civil, a responsabilidade pré-contratual é usualmente abordada, mas, somente de forma excepcional, encontram-se referências a uma indenização pelo interesse negativo, principalmente, quando abordado o tema do erro como defeito do negócio jurídico. Assim se dá, por exemplo, com Carlos Roberto Gonçalves, que afirma ser a questão pouco comentada, não havendo uma previsão expressa no Código Civil brasileiro, sustentando, desse modo, que o interesse negativo “decorre do fato de o vendedor ver-se surpreendido com uma ação anulatória, julgada procedente, com os consectários da sucumbência, sem que tenha concorrido para o erro do contratante”⁵⁵⁰. O autor acrescenta que o interesse negativo seria uma compensação para o contratante que não concorreu para o erro, decorrendo a referida hipótese de indenização dos princípios gerais do direito, em especial, a boa-fé objetiva⁵⁵¹. No mesmo sentido, Sílvio de Salvo Venosa limita-se a tratar da questão na abordagem sobre o erro e afirma que o interesse negativo é uma espécie de

⁵⁴⁸ GONÇALVES, Vítor Fernandes. **Responsabilidade civil por quebra de promessa**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

⁵⁴⁹ LOPES, Christian Sahb Batista. **Responsabilidade pré-contratual: subsídios para o direito brasileiro das negociações**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

⁵⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1 – parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 414.

⁵⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1 – parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 414.

responsabilidade daquele que pede a anulação de negócio jurídico, já que é o único responsável por sua má destinação⁵⁵².

É possível perceber, dessas contemporâneas obras de direito civil, uma abordagem assistemática ou atécnica. Não se alcança um aprofundamento da questão o que conduz, inclusive, ao tratamento do interesse negativo como compensação ou como hipótese de responsabilidade civil. Carlos Roberto Gonçalves parece, ainda, reduzir a questão do interesse negativo apenas às situações de configuração do erro no contrato de compra e venda. Como síntese, tanto quanto se pode apurar, percebe-se que, de uma forma geral, o tratamento dado à temática da ponderação de interesses, pela doutrina manualística contemporânea, revela-se raso e incipiente. Os autores, frequentemente, não abordam o interesse negativo e o interesse positivo ou, quando o fazem, demonstram uma ausência de método e adequação conceitual em seu tratamento dogmático.

Somente quando a responsabilidade civil pré-contratual passa a ser objeto de estudos mais aprofundados, é que podem ser identificadas construções assentadas na ponderação de interesses no momento de fixação do ressarcimento do dano. A aludida defasagem existente na doutrina pátria muito se justifica em razão da ausência de positivação adequada para a proteção das situações jurídicas que têm a sua base na confiança. Atualmente, até pode ser identificada uma preocupação com a necessidade de se indenizar o dano pré-contratual, porém, não se verifica uma imperiosa reflexão acerca do *quantum* indenizatório a ser aplicado nas referidas situações. Como consequência desse incipiente tratamento ofertado ao tema – principalmente, dado à fórmula-par interesse contratual negativo e interesse contratual positivo –, verifica-se, ainda, no âmbito prático, uma ausência de proteção efetiva daqueles que sofrem danos na fase pré-contratual, ou mesmo na fase de execução do negócio jurídico.

6.2 Análise do Código Civil de 1916

Com a independência do Brasil, em setembro de 1822, surgiu uma nova nação sem que se verificasse um original arcabouço legislativo a sustentá-la. Após a ruptura, restou ao nosso país a utilização das leis da antiga metrópole como forma de possibilitar um mínimo de segurança jurídica. Nesse contexto, foi publicada a Lei de 20 de outubro de 1823, que previa

⁵⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Vol. 1 – parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 412.

em seu art. 1º:

As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

Pode-se imaginar a existência de um ambiente extremamente confuso no que se relaciona à aplicação da legislação no Brasil. Em paralelo às Ordenações Filipinas, estava vigendo uma vasta legislação extravagante. Em 1824, o país começa a se organizar politicamente com a promulgação da Constituição do Império. Além dos necessários elementos de coordenação estatal, em seu texto, fazia-se a previsão expressa de elaboração de um trabalho codificador. Verifica-se a seguinte disposição em seu artigo 179: “*Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade*”. Não há consenso se se buscava a realização de um código único, envolvendo matéria civil e criminal, ou se deveriam ser elaborados duas codificações apartadas. A par dessa controvérsia de ordem hermenêutica, o Código Criminal foi publicado em 1930, persistindo, no entanto, a ausência de uma codificação civil.

Optou-se, em verdade, por, antes da codificação civil, realizar a consolidação do direito vigente, sendo Teixeira de Freitas o incumbido dessa empreitada. Não se pode afirmar ao certo qual a razão para a escolha desse caminho. Trata-se de uma opção que pode ter tido como elemento influenciador questões de fundo ideológico, como pode ter sido influenciada pela ausência de aporte financeiro suficiente para o desenvolvimento de um Código Civil. Não obstante a motivação, a Consolidação das Leis Civis alcançou grande êxito, sendo descrita por Pontes de Miranda como obra “*ampla, erudita, fiel, em que se casam o espírito de organização e a técnica codificadora, de modo a constituir admirável construção, com os mais esparsos e infirmes elementos legislativos então vigentes e oriundos de 1603 a 1857*”⁵⁵³.

Tentativas de codificação foram empreendidas durante o período imperial. Nesse contexto, destacam-se os trabalhos do próprio Teixeira de Freitas, embora seu projeto

⁵⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 80.

(*Esboço*) tenha sido frustrado. Como assinalado por Giordano Bruno Soares Roberto, “é evidente a influência que exerceu nos códigos sul-americanos, especialmente no argentino, no uruguaio e no paraguaio”⁵⁵⁴. É também notável a repercussão que a obra alcançou no âmbito do próprio direito brasileiro, principalmente, nos projetos que lhe seguiram.

Novas propostas de Código Civil foram empreendidas sem sucesso, dentre as quais se destacam os trabalhos de José Thomaz Nabuco de Araújo (1872), de Joaquim Felício dos Santos (1881) e de Coelho Rodrigues (1890)⁵⁵⁵. Desse modo, o Brasil só conheceu o seu primeiro Código Civil no ano de 1916, sendo resultado do trabalho desenvolvido pelo jurista Clóvis Beviláqua, iniciado ainda em 1899. Após tramitar por mais de 15 anos no Congresso Nacional e sofrer críticas de variadas ordens⁵⁵⁶, o projeto foi aprovado, convertendo-se na Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. A referida codificação pode ser caracterizada como uma obra de conteúdo liberal e individualista, tendo optado por um caminho de segurança em detrimento de grandes inovações. Nesse sentido, sustentam Elpídio Donizetti e Felipe Quintella que “o Código acabou por nascer velho, porquanto inspirado pelos ideais individualistas do século XIX, e promulgado quando os ideais do Estado social já se encontravam em curso”⁵⁵⁷. Em acréscimo, e seguindo no mesmo sentido, Giordano Bruno Soares Roberto afirma que: “o Código Civil de 1916 merece elogios por seu respeito ao pensamento jurídico nacional e por sua linguagem quase impecável. Mas não se pode negar que teve seus preceitos redigidos com excesso de abstração, que foi conservador em suas escolhas, que não se ocupou de questões sociais”⁵⁵⁸.

No que concerne ao tema em estudo, apesar de sua elaboração e publicação terem se realizado após o famoso estudo de Jhering sobre a *culpa in contrahendo*, não se verifica em seus dispositivos uma expressa proteção relativa à fase pré-contratual. Esse fato talvez seja justificável em razão das polêmicas envolvendo a referida temática e a ausência de uma previsão do instituto nas codificações mais importantes do continente europeu. Como

⁵⁵⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 54.

⁵⁵⁵ Sobre os projetos: Cf. ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 55.

⁵⁵⁶ Sobre a tramitação e aprovação do Código Civil de 1916 e as críticas surgidas: Cf. ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 57.

⁵⁵⁷ DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 32.

⁵⁵⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 62.

consequência dessa deficiente positivação da *culpa in contrahendo*, as correlatas ideias de interesse contratual negativo e interesse contratual positivo não parecem ter sido também albergadas pela anterior codificação civil, como forma de enquadramento do *quantum indenizatório* a ser fixado em hipóteses de dano negocial.

Não é possível identificar, além disso, a positivação de uma cláusula geral de boa-fé objetiva, que impusesse comportamentos e deveres acessórios a todos os envolvidos em transações de ordem contratual⁵⁵⁹. É importante deixar claro que, como visto, a inspiração da codificação é nitidamente de perfil liberal, estando assentada nas figuras do contratante, do proprietário e do pai de família. Dentro desse contexto, a liberdade de atuação no âmbito negocial era protegida e assegurada a todos os agentes, não havendo que se cogitar de uma intervenção do legislador no campo contratual. O momento das negociações preliminares era o momento do exercício da liberdade de escolha, sem que houvesse espaço para cotejos sobre a boa-fé objetiva e, menos ainda, para a previsão de uma responsabilidade por quebra da confiança inculcada na contraparte⁵⁶⁰.

No entanto, alguns dispositivos ali inseridos levaram a algumas reflexões doutrinárias em torno da existência de uma responsabilidade pré-contratual e mesmo alguns caminhos para a devida quantificação do ressarcimento devido à parte prejudicada.

Primeiramente, é relevante destacar a previsão pelo código de figuras como o dolo e o erro. Como visto, este último defeito do negócio jurídico é, inclusive, o ponto de partida da teoria da *culpa in contrahendo* desenvolvida por Jhering. Consagrar as referidas hipóteses demonstra, nesse ponto, a prevalência da vontade interna do sujeito em detrimento da vontade

⁵⁵⁹ Nesse ponto, é interessante notar que o Código Comercial brasileiro, de 1850, já fazia uma previsão sobre a boa-fé objetiva como vetor interpretativo, apesar de a doutrina reconhecer a sua não utilização por parte da jurisprudência. Assim dispunha o revogado art. 131: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1 - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras [...]”.

⁵⁶⁰ Sobre a cláusula geral de boa-fé e o Código Civil de 1916, Regis Fichtner Pereira apresenta as seguintes considerações: “Em um ponto, no entanto, merece o legislador do Código Civil brasileiro de 1916 ser criticado. É incompreensível a omissão do Código em dar qualquer tratamento à teoria da boa-fé no campo do direito das obrigações, em especial diante do já notável desenvolvimento do princípio da boa-fé como cláusula geral na doutrina da época, e diante do fato de todos os grandes Códigos que precederam o brasileiro terem dedicado ao princípio da boa-fé no direito das obrigações um tratamento mais ou menos elaborado, sendo de se destacar as regras do § 242 do Código alemão e do art. 1.334 do Código francês. A omissão é ainda mais incompreensível, quando se constata que o legislador brasileiro se inspirou em grande parte nos Códigos alemão e francês para a elaboração do nosso Código Civil”. PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 193.

declarada. Essa hipótese de nulidade não afasta, contudo, o dever de indenizar, mesmo que não esteja expressamente previsto no texto legislado. Por sua vez, eventos como o dolo, o erro ou a coação têm uma correlação direta com a responsabilidade pré-contratual, tendo em vista que a sua concretização é operada ainda no momento de formação da avença. A declaração de anulabilidade, nesses casos, opera efeitos retroativos e tem por objetivo a realocação das partes na posição em que estavam antes de se envolverem naquela relação negocial.

Visto isso, no que concerne aos problemas relativos à responsabilidade pré-contratual por contratos inválidos, a codificação de 1916 apresentou um interessante dispositivo sobre os efeitos oriundos da anulação de um negócio jurídico. De acordo com o art. 158, “anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”⁵⁶¹. Percebe-se de sua leitura, que há uma determinação de eficácia retroativa nas hipóteses de nulidade relativa. Além disso, verifica-se que, não sendo possível a reconstituição do *status quo ante*, deve ser fixado valor indenizatório, que, por meio de uma interpretação teleológica, parece estar centrado no interesse contratual negativo. Não se identifica, porém, qualquer dispositivo referente aos efeitos da declaração de nulidade absoluta. No entanto, como se trata de situação em que estão em jogo valores tomados como mais importantes pelo ordenamento jurídico, revelava-se natural que os efeitos retroativos e, portanto, a possibilidade de se fixar um *quantum* indenizatório, seguissem as mesmas premissas da anulabilidade.

Também pode ser verificada no Código Civil de 1916, uma previsão em torno da necessidade de se informar o recebimento de aceitação tardia para a contraparte. Como visto quando trabalhadas as tipologias da responsabilidade pré-contratual, a proposta pode ser elaborada com prazo para que se concretize a manifestação volitiva de aceitação. Essa aceitação, porém, pode ser recebida em momento posterior ao que estava vinculado o proponente. Quando isso ocorre, a contraparte deve ser avisada imediatamente, como já previa o art. 1.082: “se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos”. Assim, o referido dispositivo busca proteger o aceitante que pode acreditar que o contrato se formou e tomar medidas que venham a lhe causar prejuízos. Apesar de não haver uma referência expressa, a boa-fé objetiva está implícita ao texto

⁵⁶¹ O referido dispositivo assemelha-se ao atual art. 182, porém, segue adstrito à teoria dos atos jurídicos e não à teoria do negócio jurídico.

normativo, uma vez que é exigido da parte um padrão de comportamento ligado à cooperação e lealdade que devem existir entre os negociantes.

O instituto romano dos vícios redibitórios foi positivado pela codificação de 1916, a partir de seu art. 1.101. O referido tema apresenta-se interligado à responsabilidade pré-contratual, tendo em vista que a base de sua ocorrência está assentada no momento de formação da avença contratual. Como já assinalado, a questão dos vícios redibitórios foi também abordada por Jhering, em sua obra sobre a *culpa in contrahendo*, em que buscou contrapor o instituto com a noção de interesse, sustentando, enfim, que “a *actio redhibitoria* visa o interesse negativo e a *actio quanti minoris* o interesse positivo”⁵⁶². Nesse contexto, o Código Civil de 1916 apresenta as premissas destacadas por Jhering. Abre-se a possibilidade do adquirente rejeitar a coisa, redibindo o contrato (interesse negativo) ou manter a coisa em seu poder, requerendo abatimento no preço (interesse positivo)⁵⁶³. Em acréscimo, é importante destacar que o texto legislativo apresenta balizas para o alcance da indenização, nas hipóteses em que o adquirente opta por redibir o contrato, ao dispor, em seu art. 1.103, que: “se o alienante conhecia o vício, ou o defeito, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato”. Percebe-se, assim, que a codificação abre a possibilidade de ressarcimento baseado no interesse negativo, todavia, limita esse ressarcimento, a depender da ignorância ou do conhecimento do vício oculto.

A evicção é outro instituto que tem os seus fundamentos na fase pré-contratual e que apresenta acentuada repercussão no denominado plano da eficácia. A perda de um bem adquirido, em razão de uma decisão judicial, está assentada no reconhecimento de direito alheio ao bem, preexistente à própria aquisição do mesmo. A proteção contra a evicção objetiva, assim, resguardar o adquirente da perda do bem, fundada em direito alheio. Nesse sentido, o Código Civil de 1916 já apresentava dispositivo para a proteção do evicto. Trata-se do art. 1.108, que assim dispunha: “Não obstante a cláusula que excluir a garantia contra a evicção (art. 1.107), se esta se der, tem direito o evicto a recobrar o preço que pagou pela coisa evicta, se não soube do risco da evicção, ou, dela informado, o não assumiu”. De sua leitura, é possível verificar tentativa de se oferecer proteção baseada, principalmente, no dever

⁵⁶² JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008. p. 13.

⁵⁶³ Art. 1.105. Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 1.101), pode adquirente reclamar abatimento no preço (art. 178, § 2º e § 5º, n. IV).

pré-contratual de informação, notadamente, sobre os riscos que estão intrinsecamente ligados à aquisição da coisa. Não se trata, porém, de uma indenização que salvguarde a parte de todos os prejuízos vivenciados. De fato, há uma restrição da proteção, reduzindo-se apenas à simples devolução do preço.

Por fim, para aqueles que, já sob a égide do Código Civil de 1916, defendiam a natureza extracontratual da responsabilidade pelos eventos ocorridos na fase de formação do contrato, o art. 159 servia como importante supedâneo para se justificar a imputação de responsabilidade civil baseada na *culpa in contrahendo*. Nesse dispositivo, estava prevista a cláusula geral de responsabilidade civil, com a seguinte redação: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Por meio de sua interpretação em consonância com a tese delitual da responsabilidade pré-contratual, fazia-se possível conjecturar a possibilidade de fixação de *quantum* indenizatório apto a salvguardar os prejuízos sofridos em decorrência de um comportamento culposo de uma das partes envolvidas em tratativas negociais. Assim, em um contexto em que o direito positivo não apresenta a cláusula geral de boa-fé como baliza a salvguardar os vínculos obrigacionais, revela-se natural que os primeiros fundamentos para se configurar a responsabilidade pré-contratual tenham se aproximado da responsabilidade aquiliana, em consonância com a disposição do art. 159. Nesse sentido, o dano identificado nas situações de responsabilidade pré-contratual deveria ser ressarcido, embasando-se a referida pretensão na premissa do *neminem laedere*, ou seja, no dever geral de não causar dano a outrem.

Observa-se, por conseguinte, que apesar do incipiente tratamento dado ao tema da responsabilidade civil, o referido fato não afastou uma criativa concepção hermenêutica, que buscou fundamentar nos dispositivos ali presentes argumentos suficientes a sustentar a existência da responsabilidade civil pré-contratual. Quanto às noções de interesse negativo e interesse positivo não há previsão expressa, redundando também em sua identificação por meio da análise de dispositivos específicos, como aqueles referentes aos efeitos da anulabilidade ou aos vícios redibitórios.

6.3 Análise do Código Civil de 2002

Após a publicação do Código Civil de 1916, algumas tentativas de elaboração de uma nova codificação foram concretizadas, porém, somente em 2002 seria aprovado o Código Civil atualmente em vigor. A origem desse projeto localiza-se em uma Comissão formada em 1967, tendo sido nomeado o filósofo do direito Miguel Reale para conduzir os trabalhos de elaboração da nova codificação. Para o desenvolvimento da tarefa, Reale contou com a participação de outros juristas, para a estruturação de cada um dos livros que compõem o seu conjunto normativo. Sobre a tramitação do projeto no Congresso e sua conseguinte conversão em lei, discorre Giordano Bruno Soares Roberto:

Depois da Constituição de 1988, o projeto de Código Civil saiu do centro dos debates sobre renovação do ordenamento privado até cair em completo esquecimento. Dormiu por muitos anos nos gabinetes do Congresso Nacional. Abruptamente despertado, o projeto foi aprovado no Senado e na Câmara em 2001. Nessa última fase, inúmeras emendas foram efetuadas com o objetivo de adequar o projeto à nova realidade constitucional, dando-lhe, ao final, a feição de uma colcha de retalhos. Sancionado pelo presidente Fernando Henrique Cardoso em 10 de janeiro de 2002, foi publicado no Diário Oficial no dia seguinte, como a Lei n. 10.406⁵⁶⁴.

No que se relaciona ao direito obrigacional, o Código Civil de 2002 trouxe algumas relevantes inovações, destacando-se, nesse contexto, a consagração do princípio da boa-fé objetiva e a previsão da função social do contrato. Trata-se, na verdade, de uma opção legislativa pautada no uso das cláusulas gerais e no afastamento de um rigorismo formal excessivo. Principalmente por meio da concretização da boa-fé objetiva no plano fático, a noção de obrigação passa a ser compreendida de modo diverso, tomando por base toda a sua complexidade e o seu dinamismo. Nesse sentido, demonstra-se importante o exame dos dispositivos do Código Civil que conferem proteção aos indivíduos tendo por base o princípio da boa-fé objetiva, bem como perceber a sua interface com a responsabilidade pré-contratual e a conseguinte fixação de um *quantum* indenizatório.

A boa-fé, em sua acepção objetiva, é abordada em três momentos distintos da codificação. A Ciência Jurídica, habitualmente, procura reconhecer em cada uma das previsões legislativas, uma função a ser desempenhada pelo princípio da boa-fé: no art. 113, estaria prevista a função interpretativa da boa-fé objetiva; no art. 422, estaria consagrada a

⁵⁶⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 70.

função integrativa; enquanto o art. 187 seria o responsável pela previsão da função limitativa. Sobre as duas primeiras previsões, Francisco Paulo de Crescenzo Marino sustenta que “no que se refere à boa-fé objetiva, revela-se adequado fundamentar no art. 113 do Código Civil a sua atuação na fase interpretativa complementar [...], ao passo que a sua presença no processo de integração negocial encontraria a sua base no art. 422”⁵⁶⁵.

Analisando o primeiro dispositivo, tem-se a previsão da boa-fé objetiva como elemento a guiar a hermenêutica dos negócios jurídicos. Nesse sentido, dispõe o art. 113 que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. A referida norma de interpretação não se restringe aos contratos formados, podendo também ser ponderada nas questões relativas à formação da avença negocial. Por meio da interpretação pautada na boa-fé objetiva, é possível identificar qual a intenção das partes no curso das negociações preliminares, tomando em consideração a ideia de cooperação que deve marcar o comportamento dos que se propõem a negociar. É possível pensar, ainda, em uma interpretação integrativa, que objetiva superar as lacunas presentes na fase das tratativas. Segundo Judith Martins-Costa, “a boa-fé atua, como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto”⁵⁶⁶.

O art. 422, por sua vez, concretizaria a função integrativa do negócio jurídico, criando deveres jurídicos acessórios para as partes envolvidas em qualquer processo negocial. De acordo com a redação do dispositivo, “os contratantes são obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa fé”. Desse modo, deveres de cooperação, deveres de lealdade e deveres de correção (*correttezza*) passam a ter que ser, necessariamente, seguidos no tráfego negocial.

Observa-se, no entanto, que o tratamento dado ao tema pelo legislador foi de todo tímido, dificultando os alcances práticos que poderiam surgir da sua positivação. A codificação não se referiu expressamente ao momento das negociações preliminares do

⁵⁶⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 269.

⁵⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 429.

contrato, como o fazem o legislador português⁵⁶⁷ e o legislador italiano⁵⁶⁸. A utilização do termo “conclusão” abre espaço para que se questione a necessidade de se comportar de boa fé nos momentos que antecedem a concretização de uma avença. A doutrina, no entanto, manifesta-se em grande parte por uma interpretação ampla que permita que a cláusula geral de boa-fé vincule também os agentes no momento em que se operam as negociações preliminares. Nesse sentido, afirma Dário Moura Vicente:

Supomos, no entanto, que terão de se considerar compreendidas no art. 422 as negociações encetadas com vista à conclusão do contrato, sob pena de em duas fases do *iter* contratual funcionalmente ligadas entre si as partes ficam 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 contrato⁵⁶⁹.

Em soma ao referido viés hermenêutico, variadas críticas foram tecidas pela doutrina ao dispositivo. A ausência de clareza tornou-se um incômodo, fazendo com que, ainda em 2002 (ano da publicação do Código Civil), fosse apresentado um projeto de lei para a sua modificação. Assim, o PL 6.960/2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, trazia uma nova redação para o dispositivo: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”. A referida proposta, no entanto, não logrou êxito. O projeto de lei encontra-se atualmente arquivado, não tendo sido realizadas essas e outras mudanças de redação a que se propunha⁵⁷⁰. Tal fato, no entanto, não afastou a aplicação do dispositivo à fase pré-contratual. Uma crescente jurisprudência apresenta o art. 422 como um dos fundamentos para a imputação de responsabilidade civil na fase das negociações preliminares.

Na verdade, a formação de um contrato demanda um processo, marcado pela tomada de decisões em decorrência, inclusive, das condutas da contraparte. Nesse sentido, a boa-fé

⁵⁶⁷ Artigo 227º (Culpa na formação dos contratos) 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 pelos danos que culposamente causar à outra parte.

⁵⁶⁸ Art. 1337 (Trattative e responsabilità precontrattuale) - Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (1366,1375, 2208).

⁵⁶⁹ VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no código civil brasileiro de 2002. **Estudos em honra de Ruy de Albuquerque**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 322.

⁵⁷⁰ Informações retiradas do site da Câmara dos Deputados. Para atual andamento do projeto de lei, ver: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>.

objetiva passa a acompanhar todo esse processo, induzindo às partes a concretizarem comportamentos probos e leais que visem à cooperação. Resta claro, deste modo, que a fase da formação do negócio deve ser tomada como um dos principais campos de aplicação da boa-fé objetiva, tendo em vista que as informações ali partilhadas e os comportamentos ali empreendidos pelos negociantes servirão de base para o exercício da autonomia contratual. Só se pode alcançar efetividade com relação a um programa contratual se as partes forem guiadas pela boa-fé objetiva e pela correlata confiança dela emanada.

Passando para a análise da consagração da função limitativa ou controle, é importante ter em consideração que, para uma parte substancial da doutrina, a solução para os problemas de responsabilidade pré-contratual estaria mais adstrita ao art. 187 do Código Civil que trata do abuso de direito. O referido dispositivo objetiva impedir o exercício abusivo de determinadas posições jurídicas. A título de exemplo, nas hipóteses de rompimento de negociações preliminares causando prejuízos para a contraparte que foi levada a confiar na contratação, estaria materializado um abuso da liberdade de contratar. É lícito o exercício de escolha no momento da contratação, tendo em vista a ausência de efeitos vinculativos. No entanto, quando a ruptura das tratativas não se opera dentro de critérios razoáveis, levando a um dano a contraparte, faz-se necessária a fixação de um *quantum* indenizatório em salvaguarda da contraparte que confiou na concretização do pretense negócio jurídico.

É interessante verificar, ainda, que a utilização do art. 187 para a salvaguarda de situações pré-contratuais leva a configuração de uma natureza extracontratual da mesma, tendo em vista a redação do dispositivo, que qualifica o abuso de direito como ato ilícito:

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

Analisados os dispositivos concernentes diretamente à consagração da boa-fé objetiva, importa analisar outros artigos que podem servir de instrumento para a consagração da responsabilidade civil pré-contratual e para o sopesamento de valores indenizatórios.

Nesse sentido, o art. 182, do Código Civil brasileiro, é um importante dispositivo correlacionado ao tema em estudo, pois prevê que “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”. Observa-se que o seu texto é, praticamente, uma repetição do

art. 158 do Código Civil de 1916, sendo realizado apenas um amoldamento, em decorrência da adoção da teoria do negócio jurídico pela nova codificação. O retorno das partes ao *status quo ante* é consequência advinda da declaração de anulabilidade. Ocorre que, devido às variadas contingências fáticas, atingir esse *status* nem sempre se faz possível, demandando, por conseguinte, a fixação de um valor indenizatório em substituição. A ponderação do *quantum* a ser entregue pode ser interpretada em consonância com o interesse contratual negativo, uma vez que o objetivo central da indenização é tentar reconstituir uma situação, como se o negócio jurídico anulável não tivesse sido concretizado. Logo, em casos de reconhecimento de anulabilidade, a indenização deve contemplar todos os prejuízos (danos emergentes e lucros cessantes) causados por quem deu margem à própria anulação.

Desse modo, da leitura do dispositivo, verifica-se a necessidade de se recompor um *status quo ante*, por meio da tutela específica ou pela via da indenizatória. Não conseguindo restituir às partes a exata situação em que estavam antes do evento causador da nulidade, resta a reparação, que, nesse caso, deverá ser calculada com supedâneo no interesse contratual negativo. Em casos de anulabilidade, o seu reconhecimento pelo juiz opera efeitos retroativos, o que significa que a reparação deverá ser realizada tomando em consideração a situação em que estava o lesado antes da ocorrência do evento danoso, isto é, considerando o interesse contratual negativo⁵⁷¹.

Dário Moura Vicente compreende, também, como hipótese de aplicação da noção de interesse negativo, a venda de uma coisa com o conhecimento de vício ou defeito por parte do alienante. De acordo com o autor, isso se dá “porque seria destituído de sentido que o alienante, além de restituir aquilo que tiver recebido, como prevê o art. 443, houvesse de indenizar o interesse positivo – o que passaria, no caso, pelo pagamento de um valor equivalente ao da prestação prometida”⁵⁷². O dispositivo citado por Moura Vicente trata do problema referente aos vícios redibitórios, que, como visto, foi questão tratada originalmente por Jhering em seu ensaio sobre a *culpa in contrahendo*. O dispositivo possui a seguinte redação: “Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato”.

⁵⁷¹ No mesmo sentido, VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no código civil brasileiro de 2002. **Estudos em honra de Ruy de Albuquerque**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 328.

⁵⁷² VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no código civil brasileiro de 2002. **Estudos em honra de Ruy de Albuquerque**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 328.

Relativamente ao instituto da aceitação tardia de proposta, o Código Civil de 2002, em seu art. 430, repetiu a redação do art. 1082 do Código Civil de 1916. Desse modo, as considerações tecidas com relação àquela codificação em tudo se aplicam ao atual regime normativo. Logo, quando a aceitação é recebida em momento posterior ao previsto na proposta, há um dever imediato de informação do ocorrido, sob pena de responsabilização por perdas e danos advindos de medidas que poderiam ser tomadas por aquele que acreditasse na efetiva concretização de um negócio jurídico. Percebe-se que o dispositivo é marcado pela ideia de cooperação entre as partes, que não devem gerar prejuízos em esfera jurídica alheia em razão de comportamento negligente.

Outra questão que se apresenta de forma assemelhada nas duas codificações refere-se ao caráter vinculativo da proposta. O art. 427 dispõe que “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. Trata-se de uma hipótese de responsabilidade pré-contratual se for tomado em consideração que, sem a aceitação, a avença não se encontra formada. No entanto, como já visto, nessa hipótese, o que está em jogo é o interesse contratual positivo, uma vez que a parte tem direito efetivo à contratação. Desse modo, na eventualidade de substituir a materialização do negócio proposto por um valor a título de indenização, o juiz deve guiar-se pela necessidade de conferir à parte valor apto a colocá-la no *status* em que estaria se a contratação tivesse sido efetivamente cumprida, isto é, baseando-se no interesse contratual positivo.

Em verdade, o regime indenizatório lastreado no interesse contratual positivo é aplicado de maneira excepcional à fase pré-contratual, também no direito brasileiro. Sobre a referida baliza ressarcitória, discorre Dário Moura Vicente:

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 direito⁵⁷³.

Percebe-se, portanto, que, no direito brasileiro, a indenização pautada no interesse

⁵⁷³ VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no código civil brasileiro de 2002. **Estudos em honra de Ruy de Albuquerque**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 328.

contratual positivo demonstra-se como regra. No entanto, é possível lastrear o ressarcimento no interesse contratual positivo quando se configurar um efetivo direito à contratação ou aos benefícios que dela poderiam advir. É o que também ocorre nos casos em que se opta por uma convalidação ou confirmação, ou mesmo nas hipóteses em que não se possa anular o negócio jurídico, pelo fato de a anulabilidade ter sido requerida por quem a propositalmente provocou.

No regime da alienação de coisa aleatória, também é possível extrair uma imposição de deveres de comportamento, a serem observados ainda na fase pré-contratual. Nesse ponto, o que é relevante é a garantia de que as informações referentes à consumação do risco de a coisa tenham sido efetivamente repassadas pela contraparte, conforme se depreende do art. 461⁵⁷⁴. Regis Fichtner Pereira, analisando dispositivo análogo do Código Civil de 1916 (art. 1121), afirma tratar-se “de hipótese típica de violação do dever pré-contratual de informar o outro contraente sobre as condições em que o negócio está sendo efetivado”. A sanção normativa é a anulabilidade, porém, não significa que não possa haver ponderação ressarcitória, tendo em consideração os efeitos retroativos da declaração de anulabilidade com o conseguinte retorno ao *status quo ante*, e a necessidade de fixação de um *quantum* indenizatório quando não se faz possível retornar ao estado original, anterior à contratação.

Por fim, para aqueles que veem a responsabilidade pré-contratual como instituto de natureza extracontratual ou para aqueles que identificam na complexidade do fenômeno algumas hipóteses de aplicação das normas relativas ao ato ilícito delitual, deve ser tomada em conta a noção de reparabilidade integral. De acordo com Cristiano Zanetti, o direito brasileiro consagra o princípio da reparabilidade integral do dano causado, sendo seus fundamentos legais o art. 927 do Código Civil brasileiro e o art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor⁵⁷⁵. Nesse sentido, o dano pré-contratual deve ser indenizado em sua completitude, abarcando todos os eventuais prejuízos que tenham sido irradiados da conduta danosa. Isso não significa, contudo, que não se possa apoiar no interesse negativo ou no interesse positivo. Contrariamente, será justamente o apoio em uma das duas noções o elemento central a conduzir à integral reparação dos lesados por eventos ocorridos na fase de formação do negócio jurídico.

⁵⁷⁴ Art. 461. A alienação aleatória a que se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa.

⁵⁷⁵ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 156.

6.4 Casuística

A apreciação de algumas decisões jurisprudenciais sobre o tema revela-se como adequado instrumento para a compreensão do atual estado de maturação da utilização dos conceitos interesse negativo e interesse positivo pela prática jurídica. Ver-se-á que, apesar da existência de alguma teorização sobre a questão, o tema apresenta tal densidade, que praticamente afasta a sua utilização como instrumento para a fixação de um *quantum* indenizatório adequado pelos nossos tribunais.

Nesse sentido, algumas decisões paradigmáticas serão analisadas, mesmo quando não se utilizam de modo correto dos conceitos trabalhados nesse estudo. Buscou-se, primeiramente, resgatar um dos primeiros posicionamentos, ainda do STF, sobre a responsabilidade pré-contratual. Em seguida, foi realizado um levantamento acerca das decisões do STJ sobre a responsabilidade pré-contratual. Tanto quanto se pode apurar, por meio de buscas terminológicas, foram poucas as oportunidades em que o Tribunal da Cidadania teve que se debruçar sobre danos ocorridos na formação do contrato.

As duas últimas decisões analisadas têm a sua origem no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nesse ponto, permitiu-se uma livre seleção de decisões mais polêmicas e que tivessem repercussões sobre o tema em estudo, de modo que se propiciasse uma análise pontual sobre a ponderação da indenização, verificando a sua interface com as noções de interesse negativo e interesse positivo.

Ponto salutar está no fato de que os tribunais brasileiros têm apreciado, de forma crescente, questões envolvendo a responsabilidade pré-contratual. Parece oportuna, portanto, a verificação de como tem sido fixadas as indenizações e como esses ressarcimentos dialogam ou poderiam dialogar com os conceitos de interesse negativo e interesse positivo.

6.4.1 O caso do totalizador de apostas do Jockey Club de São Paulo

Tanto quanto se pode apurar, um dos primeiros casos em que foi abordado o tema da *culpa in contrahendo*, em tribunais superiores, deu-se no âmbito da Segunda Turma do

Supremo Tribunal Federal (STF), em acórdão datado de 22 de dezembro de 1959, de relatoria do Ministro Antônio Villas Bôas. Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário n. 43.951/SP⁵⁷⁶, que foi assim ementado:

Culpa in contrahendo. Conceito. A verificação de responsabilidade dela derivada se faz pela soma dos prejuízos efetivos, diretamente emanados da sua ocorrência, excluídos os lucros cessantes e outras parcelas não compreendidas no denominado interesse negativo. Recurso não conhecido, sem embargo do provimento do agravo para a subida dos autos.

Pelo voto do relator, é possível perceber que a decisão de origem tinha seu embasamento doutrinário localizado principalmente na doutrina italiana sobre a responsabilidade pré-contratual. Entre os autores citados em sua fundamentação, estão Mario Rotondi, Alberto Trabucchi e Roberto de Ruggiero. O referido fato é explicado pelo incipiente tratamento dado pela doutrina brasileira à *culpa in contrahendo* até aquele momento.

A demanda estava centrada na não concretização de um contrato de instalação de totalizador de apostas de corridas de cavalo, em decorrência da exclusiva abstenção do Jockey Club de São Paulo. O autor Tomaz J. C. Martyn requereu indenização pelos prejuízos vivenciados pela frustração do negócio jurídico. O juiz de primeiro grau condenou o réu em valor que abrangia “as verbas alusivas a viagens, estadias, despesas de escritório, etc”. Não satisfeito, o autor recorreu, pleiteando a abrangência de outras despesas, “principalmente, a reclamada por um intermediário a título de comissão”, tendo seu litígio chegado ao Supremo Tribunal Federal.

Interessante observar que o relator chama a atenção para a existência de controvérsia sobre a natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. Em seus fundamentos, o Ministro Villas Bôas afirma que “a falta se dá no momento da formação do contrato, e por isso há controvérsia acerca de sua natureza, se contratual se aquiliana. Mas uma coisa é certa: implicando violação ao princípio *neminem laedere*, a reparação há de ser feita”. Apesar de não se posicionar sobre qual a natureza jurídica do instituto, a abordagem da divergência existente já se demonstra bastante salutar.

Em seu voto, o relator mantém a decisão recorrida, reconhecendo a necessidade de se

⁵⁷⁶ STF – Segunda Turma – Relatora Ministro Antônio Villas Bôas – Recurso Extraordinário n. 43.951/SP – D.J. 22.12.1959.

indenizar nas hipóteses de configuração da *culpa in contrahendo*. Como fundamento de sua decisão afirma o Ministro Villas Bôas: “não caracteriza tal culpa o simples rompimento das negociações. Mas, certamente, ela existe a criar o dever de indenizar, se é causa de prejuízo”. Desse modo, percebe-se que o argumento central para a imputação de responsabilidade civil, no caso, está compreendido na existência de um dano, decorrente da conduta da recorrida.

Relativamente ao mérito da questão, qual seja a ponderação do *quantum* indenizatório, o relator apresenta a seguinte consideração: “A verificação da responsabilidade por *culpa in contrahendo* se faz por equidade, com a possível observância dos preceitos que regulam a inexecução das obrigações, devendo corresponder à soma dos prejuízos dela derivados, imediatamente (*damnum emergens*), com exclusão do mais que possa interessar”. A verba pleiteada pelo recorrente foi entendida como lucro cessante, não devendo, portanto, no entendimento do Ministro Villas Bôas, compor o valor indenizatório a ser liquidado. Depreende-se, nesse ponto, uma incorreção técnica, tendo em vista que, desde a teorização de Jhering, a responsabilidade pré-contratual permite a cumulação dos danos emergentes com os chamados lucros cessantes, permitindo reconduzir a parte à situação em que se encontrava antes da ocorrência do fato lesivo de seu patrimônio. Devido à referida compreensão, não se demonstra possível realizar uma análise acerca da ponderação entre interesse negativo e interesse positivo no caso julgado, pois os lucros cessantes estariam inseridos em ambas as fórmulas para o alcance do *quantum* indenizatório.

Não obstante a existência dessas incorreções e a não tomada de posicionamentos com relação à natureza jurídica da responsabilidade por *culpa in contrahendo*, a referida decisão apresenta importância ímpar no cenário brasileiro, notadamente, por levar o debate sobre o tema até a nossa mais alta corte judiciária.

6.4.2 O caso do Grupo Pão de Açúcar

Em caso recente, julgado em 18 de março de 2014, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de responsabilidade pré-contratual por ruptura de negociações preliminares, em ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. Trata-se do julgamento do Recurso Especial n. 1.367.955/SP, relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, cujo acórdão

foi publicado em 21 de março de 2014⁵⁷⁷.

No referido excerto jurisprudencial, relata-se que o Grupo Pão de Açúcar, nome fantasia da Companhia Brasileira de Distribuição, negociou com Asti Promoções e Eventos Ltda. a organização de um evento promocional de informática, nas lojas da primeira. O voto do Ministro relator apresenta a seguinte narrativa sobre os fatos vivenciados, tendo por base a descrição presente no acórdão recorrido:

[...] a empresa de eventos (ora recorrida) e a empresa varejista (ora recorrente) iniciaram, em dezembro de 2004, tratativas para a realização do evento "A Maior Loja de Informática do Brasil", programado para junho de 2005 e orçado em R\$ 1.075.000,00. As partes reuniram-se por diversas vezes e trocaram vários e-mails. A empresa de eventos realizou uma visita técnica, elaborou memoriais descritivos e, segundo alega, iniciou a contratação de terceiros, efetuando despesas da ordem de R\$ 200.000,00. O evento, porém, foi adiado e, posteriormente, cancelado pela empresa varejista, não tendo havido a formalização de um contrato.

A decisão, dada por unanimidade, reconheceu que o rompimento abrupto de negociações, que já estão em fase avançada, pode levar à necessidade de se indenizar os prejuízos sofridos pela parte que acreditou na consecução daquela avença contratual. Mesmo diante dos óbices impostos pela Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, que impedem o reexame de provas por aquele tribunal⁵⁷⁸, o relator manteve a decisão de origem embasando-se, principalmente, nas construções doutrinárias relativas ao tema. Nesse sentido, em seu voto, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino apresenta a boa-fé objetiva como elemento central de embasamento para a resolução do litígio instaurado. De acordo com o relator: “A solução dessa controvérsia demanda, necessariamente, a aplicação de um dos princípios fundamentais do direito privado, o princípio da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes ao longo de todas as fases da relação obrigacional”.

É interessante observar que o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino chega também a abordar a questão do nascimento de vínculos obrigacionais dos denominados contatos sociais, sustentando que “na verdade, antes da conclusão do negócio jurídico, são estabelecidas entre as pessoas certas relações de fato, os chamados *contatos sociais*, dos quais emanam deveres jurídicos, cuja violação importa responsabilidade civil”.

⁵⁷⁷ STJ – Terceira Turma – Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – Recurso Especial n. 1.367.955/SP – D.J. 21.03.2014.

⁵⁷⁸ Súmula 7/STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

No entanto, um dos pontos mais interessantes do referido acórdão relaciona-se com a definição do momento de início da contagem dos juros de mora. Para se chegar a uma data precisa, faz-se necessário optar por um enquadramento dogmático com relação à natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual. Desse modo, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino apresenta um fundamento de ordem topológica para reconhecer a natureza jurídica contratual da responsabilidade civil em análise. De acordo com o Ministro, a solução da questão perpassa pelo exame da efetiva concretização da boa-fé objetiva na condução das tratativas. Como o art. 422 é o dispositivo que trata da boa-fé objetiva, como cláusula geral de imposição de comportamentos, que, por sua vez, está localizado no Título V, “Dos Contratos em Geral”, deve ser reconhecida a natureza contratual da responsabilidade em exame, com os seus consectários efeitos. Nesse sentido, afirma o relator: “Por opção legislativa, a responsabilidade civil decorrente de ruptura de tratativas tem natureza contratual. Cabe acrescentar que não há diferença ontológica entre responsabilidade civil contratual e extracontratual. A diferença, no direito pátrio, situa-se exclusivamente no plano dos efeitos jurídicos [...]. De todo modo, tratando-se de responsabilidade contratual, aplica-se o entendimento desta Corte no sentido de que os juros de mora incidem a partir da citação”.

Desse modo, apesar de o argumento topológico ser bastante incipiente, a decisão caminhou no sentido de reconhecer a natureza contratual da situação em exame. Como apreciado em ponto específico, a definição da natureza jurídica dos casos de responsabilidade pré-contratual não se revela como um exercício meramente teórico, sendo possível perceber o surgimento de diferentes efeitos a depender do enquadramento que se forneça. Um desses efeitos centra-se, justamente, no início de contagem das consequências da mora. Se considerada a hipótese como responsabilidade extracontratual, os juros de mora são contados desde a ocorrência do ilícito, em conformidade com o art. 398⁵⁷⁹. Se, contrariamente, partir-se do pressuposto de que a responsabilidade é contratual, os efeitos da mora deverão ser contabilizados a partir do inadimplemento (*mora ex re*) ou a partir da citação (*mora ex persona*).

Observa-se, assim, que o relator considerou a responsabilidade pela ruptura de negociações preliminares como hipótese de responsabilidade contratual, posicionando-se de maneira diversa da maior parte de nossa Ciência Jurídica, que tenta enquadrá-la como

⁵⁷⁹ Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

modalidade de abuso de direito; como o abuso é positivado como uma modalidade de ilícito, a tendência atual é de dar tratamento extracontratual ao tema. Não obstante tal fato, é possível defender a natureza contratual da responsabilidade pré-contratual por rompimento das tratativas, como apreciado anteriormente, com fundamentos mais densos, sem que seja necessário recorrer à simples localização da matéria no código, como modo de embasar a decisão judicial.

Por fim, no que concerne à fixação do *quantum* indenizatório, a decisão do STJ apenas manteve o posicionamento do Tribunal de origem, que condenou o Grupo Pão de Açúcar ao pagamento de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), o que equivaleria a despesas efetuadas, incluindo a contratação de terceiros, embasadas em memoriais descritivos apresentados. O STJ, porém, não apreciou o posicionamento da segunda instância, que se posicionou no sentido de que os lucros cessantes eram meramente estimados, não ensejando, portanto, a sua reparação. A indenização, assim, parece estar pautada no interesse contratual negativo (que inclusive é citado no voto), que, no presente caso, tendo em vista as provas produzidas nos autos, permitiu abarcar apenas as despesas efetivamente materializadas pela parte que acreditou no êxito da avença contratual. Apesar de os lucros cessantes poderem compor uma indenização pautada no interesse negativo, o caso em análise parece não ter contemplado a sua reparação de maneira correta, em razão da ausência de provas efetivas que os demonstrassem.

6.4.3 O caso da recusa em contratar seguro

Outro caso importante julgado pelo STJ envolveu a denominada recusa em contratar. Apesar de ter sido julgado tendo por base o Código de Defesa do Consumidor, é possível verificar que o mesmo resultado seria alcançado se fosse tomado apenas o Direito Civil. Tratava-se de questão envolvendo um jovem acometido por leucemia e que, em razão da doença, não conseguiu concretizar contrato de seguro de vida oferecido no âmbito de sua relação de trabalho. Releva que seja transcrita a ementa que, nesse caso, expressou de forma adequada os fundamentos levantados no voto da relatora, Ministra Nancy Andrighi:

DIREITO CIVIL E SECURITÁRIO. PROPOSTA DE SEGURO DE VIDA. CONSUMIDOR JOVEM ACOMETIDO POR LEUCEMIA, DE QUE SE ENCONTRA CURADO. SEGURO OFERECIDO NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE TRABALHO. PROPOSTA REJEITADA PELA

SEGURADORA, SOB A MERA FUNDAMENTAÇÃO DE DOENÇA PRÉ-EXISTENTE. AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE OPÇÕES. DANO MORAL CARACTERIZADO. 1. Na esteira de precedentes desta Corte, a oferta de seguro de vida por companhia seguradora vinculada a instituição financeira, dentro de agência bancária, implica responsabilidade solidária da empresa de seguros e do Banco perante o consumidor. 2. Nos dias de hoje a contratação de seguros, seja de saúde, de automóveis ou de vida, é prática cada vez mais comum, integrando o dia a dia das pessoas. Assim, conquanto o direito securitário tenha um notório viés econômico, é inegável que também apresenta um acentuado componente social. Assim, a negativa de aceitar um consumidor na contratação de seguro deve ser regra absolutamente excepcional. 3. Para a manutenção do equilíbrio da carteira de seguros, é importante que a companhia seguradora formule um preço que respeite o correto cálculo atuarial. Consumidores que apresentam grau de risco maior, devem arcar com prêmios mais elevados, ao passo que consumidores cujo risco seja menor, devem poder contratar o seguro a preço mais baixo. 4. Se um jovem foi portador de leucemia, mas apresenta-se clinicamente curado, a pura e simples negativa de contratar seguro de vida é ilícita, violando a regra do art. 39, IX, do CDC. Diversas opções poderiam substituir a simples negativa, como a formulação de prêmio mais alto ou mesmo a redução da cobertura securitária, excluindo-se os sinistros relacionados à doença pré-existente. Rejeitar o consumidor, pura e simplesmente, notadamente em situações em que o seguro é oferecido como consectário do contrato de estágio, gera dano moral. O consumidor, rejeitado pelo seguro, vê sua doença desnecessariamente exposta em seu ambiente de trabalho. 5. O fato de o consumidor não ter cumulado a seu pedido de reparação de dano moral, também um pedido de imposição da assinatura do contrato de seguro, não macula seu direito de se ver indenizado. Não é inusitado que a parte, ofendida pela postura da outra, decida não mais se vincular a ela por contrato, sem prejuízo do desejo de reparação. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido⁵⁸⁰.

O principal fundamento apresentado para aplicar mecanismos de responsabilidade civil ao caso em análise reside na aplicação do art. 39, inciso IX, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe que “é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços [...] recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais”. Com esse embasamento, resta claro que a atuação da empresa seguradora realizou-se em oposição ao previsto na norma consumerista, e como acentuado pela própria relatora “a intervenção da Lei na fase pré-contratual, em relações de consumo, não é inusitada e, ao contrário, a obrigatoriedade de manter um caráter geral nos serviços oferecidos ao mercado está disposta de maneira expressa”.

Além disso, seria possível construir alegações assentadas na necessidade de se

⁵⁸⁰ STJ – Terceira Turma – Relatora Ministra Nancy Andrighi – Recurso Especial n. 1.300.116/SP – D.J. 23.10.2012.

respeitar direitos fundamentais, ligadas, inclusive, à vedação de tratamentos discriminatórios e excludentes, claramente consignados no comportamento da Seguradora. O exercício da liberdade de contratar, incluindo a escolha ou afastamento da formação do negócio jurídico, encontra limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico. Reforçando o referido argumento, a Ministra Nancy Andrighi sustenta que “a seguradora teria diversas alternativas à sua disposição. Poderia oferecer-lhe cobertura parcial, para diversos eventos, excluindo os riscos inerentes à sua doença pré-existente; poderia ter-lhe oferecido cobertura total a um preço mais alto; poderia solicitar exames adicionais, que apurassem se efetivamente ele havia se curado da doença. Mas não lhe poderia negar a prestação de serviços”.

Vê-se, assim, que se trata de um caso de responsabilidade pré-contratual, tendo em vista que as negociações foram frustradas pela negativa da Seguradora. Como visto, nas hipóteses de recusa em contratar, em que há um óbice do ordenamento para tanto, a parte lesada teria direito a uma reparação em consonância com o interesse contratual positivo. No entanto, no caso analisado, a parte não requereu a consecução do negócio jurídico pretendido, restringindo seu pleito a uma indenização pelo dano moral sofrido. Afastando argumento de pedido contraditório, a relatora sustentou que “a análise da existência de dano moral, na hipótese dos autos, não é obstada pelo fato de o recorrente não ter cumulado, no processo, pedido de cumprimento de obrigação de fazer consubstanciada na celebração do contrato de seguro de vida. As pretensões são autônomas e não é inusitado que uma pessoa que se sinta ofendida pela recusa da ré em firmar o contrato, também não deseje mais contratar”. Desse modo, o STJ não teve a oportunidade de apreciar se haveria, no caso, direito à reparação pelo interesse contratual positivo, tendo em vista que em decorrência da sua ínsita inércia, não caberia analisar a questão sem a devida provocação.

6.4.4 O caso dos tomates

No âmbito da responsabilidade civil pré-contratual, talvez o acórdão de maior notoriedade, em nossa jurisprudência, seja o julgado da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – ainda em 1991 –, envolvendo um produtor de tomates e a Companhia Industrial de Conservas Alimentícias (CICA). O acórdão foi ementado da seguinte forma:

Contrato. Tratativas. *Culpa in contrahendo*. Responsabilidade civil.

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. 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. Voto vencido, julgando improcedente a ação⁵⁸¹.

Trata-se de um caso de rompimento injustificado de negociações preliminares, em que uma das partes incutiu na outra a confiança no fato de que a contratação seria concretizada. A CICA, por meio de seu comportamento repetido de doação de sementes e conseguinte compra da safra de tomates, fez com que o agricultor incorresse em variadas despesas objetivando escoar a sua produção para a companhia industrial. É interessante notar que o referido caso é habitualmente apresentado como exemplo de aplicação do princípio da boa-fé objetiva na fase pré-contratual e de compreensão da obrigação enquanto instituto complexo, que se propaga no decurso do tempo. Todavia, as questões envolvendo o *quantum* indenizatório no aludido julgado são deixadas de lado pela nossa Ciência Jurídica, que tende a somente identificar a existência de uma responsabilidade civil por descumprimento de deveres laterais, sem que haja uma correlata preocupação com os critérios de ressarcimento.

O referido acórdão foi julgado por maioria, tendo sido vencido o Desembargador Sergio Pilla da Silva. Pelo voto do relator, Desembargador Ruy Rosado de Aguiar, foi negado provimento à apelação, reiterando os fundamentos expendidos na sentença. O Desembargador Lio César Schmitt posicionou-se no mesmo sentido que o relator, mas apresentou divergência com relação ao *quantum* indenizatório, tendo sido, em seguida, acompanhado pelo relator, que modificou seu voto.

Assim, a apreciação do dano e a fixação do montante indenizatório a título de ressarcimento, no aludido acórdão, são também bastante interessantes, principalmente se for tomado em consideração o fato de que, justamente nesse ponto, o acórdão reformou a decisão de primeiro grau. Na primeira instância, a juíza julgou a ação procedente, condenando a empresa ré ao ressarcimento de quarenta mil quilos de tomates, no valor de Cr\$1,20 por quilo, valor esse corrigido monetariamente a partir do ajuizamento da ação e acrescido de juros de 6% ao ano, contados da citação.

⁵⁸¹ TJRS – 5ª Câmara Cível – Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior – Apelação Cível n. 591028295 – D.J. 06.06.1991.

Quando a decisão foi revista na Quinta Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, as considerações sobre a existência da responsabilidade por descumprimento de deveres laterais originados da boa fé não foram muito diferentes dos fundamentos apresentados na sentença de primeira instância. No entanto, a reforma operou-se no valor a ser pago a título de indenização, levando-se principalmente em consideração que parte da produção de tomates do agricultor havia sido escoada para empresas congêneres, não podendo ser computadas como dano e conseqüente prejuízo a ser sanado pela empresa ré. O apelo foi provido em parte, “para reduzir a indenização à metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênera”⁵⁸².

Nesse contexto, foi o voto do Desembargador Lio Cezar Schmitt o responsável pela readequação dos valores indenizatórios. Afirmou o magistrado que “da prova extrai-se que os produtores entregaram cerca de 50% da safra à Agapê, em face da recusa da CICA. Não se têm elementos seguros em cada processo, quanto cada agricultor entregou. Assim, considerando que há referência ao percentual de 50%, o pedido formulado na inicial deve ser reduzido”. O caso parece ter levado em consideração o instituto da compensação de benefícios. Se é certo que a ruptura abrupta das negociações preliminares causou dano ao agricultor, é também certo que, do evento danoso, sobreveio lucro, materializado no escoamento de metade da safra para outro comprador. Não deduzir o referido montante da soma indenizatória levaria à configuração de uma hipótese de enriquecimento sem causa, tendo em vista a duplicidade de recebimentos para a mesma produção agrícola.

Importa verificar, ainda, se o *quantum* indenizatório foi fixado em consonância com o interesse contratual positivo ou com o interesse contratual negativo. Regis Fichtner apresenta as seguintes considerações sobre o acórdão analisado:

À primeira vista, poderia parecer que estaria sendo indenizado o interesse positivo da parte prejudicada com a não conclusão do contrato, por se estar deferindo indenização igual ao que o contraente obteria caso o contrato fosse estabelecido. Não é, no entanto, o que ocorre. Não fosse o comportamento da indústria, fazendo crer que compraria a produção, certamente o produtor não teria escolhido plantar tomates. Teria plantado alguma outra coisa, ou diversos produtos alimentícios, de forma que pudesse vender a sua produção. Ocorre que neste caso a indústria induziu vários agricultores em erro, de

⁵⁸² TJRS – 5ª Câmara Cível – Apelação Cível n. 591.028.295, in **Revista Jurídica**, Ano XXXIX, n. 171, Porto Alegre, janeiro, 1992, p. 61.

forma que a produção de tomates foi enorme, a ponto de não se encontrar compradores suficientes no mercado. O interesse negativo, ou como prefere a doutrina mais moderna, a tutela da confiança, exige que sejam indenizados os danos causados a uma pessoa, em razão de ter confiado na outra durante o desenrolar das negociações. No caso em análise, o produtor plantou tomates porque a indústria o induziu a crer que compraria a sua produção. Ao frustrar essa expectativa a indústria causou ao agricultor um prejuízo consistente na perda da metade da sua produção, pelo fato de não ter ele encontrado mercado para a venda do seu produto⁵⁸³.

O caso parece estar inserido nas hipóteses de indenização pelo interesse contratual negativo. No entanto, até onde se pode averiguar, a situação em apreço parece ser uma hipótese em que o interesse negativo, parâmetro de ressarcimento da parte lesada, acaba por coincidir com o interesse positivo. Retornar ao *status quo ante*, ou seja, à situação em que a parte se encontrava antes da negociação, só se demonstra possível se forem levados em consideração todos os prejuízos vivenciados, incluindo tanto os danos emergentes como os lucros cessantes. Nesse sentido, a indenização pelo interesse contratual negativo deve albergar não só os prejuízos com relação à produção de tomates, mas também o que as partes deixaram de ganhar pelo não escoamento da safra.

6.4.5 O caso das esmeraldas

Interessante decisão envolvendo anulação de negócio jurídico por vício do consentimento foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em setembro de 2012, na Apelação Cível n. 70050418193⁵⁸⁴. Pelo relatório do acórdão, depreende-se que o caso envolvia uma tentativa de anulação de negócio jurídico de permuta, em que os autores cederam um empreendimento hoteleiro, recebendo como contraprestação cinco quilos de esmeraldas. De acordo com a alegação dos autores, haveria no caso uma hipótese de anulação pelo fato de as pedras preciosas não alcançarem os valores enunciados pelo outro contratante, no momento de pactuação do negócio jurídico, e confirmados por laudo técnico de identificação do Laboratório de Gemologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. O pedido de declaração de anulabilidade foi cumulado com um pleito de indenização por danos materiais e morais, supostamente sofridos pela parte que cedeu o hotel.

⁵⁸³ PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 242..

⁵⁸⁴ TJRS – 18ª Câmara Cível – Rel. Des. Nara Leonor Castro Garcia – Apelação Cível n. 70050418193 – D.J. 06.09.2012.

Na primeira instância, foi reconhecida a configuração de um erro substancial e, por conseguinte, foi declarada a anulação do negócio jurídico. O juiz ordenou o retorno das partes ao *status quo ante*, indicando que os autores deveriam devolver as pedras preciosas, para, em seguida, serem imitidos novamente na posse do imóvel. Todavia, não foi dado provimento a nenhum dos pleitos indenizatórios formulados pelos autores. O réu apelou da decisão, apresentando como importantes fundamentos a inexistência de erro, tendo em vista que as partes poderiam ter pesquisado o valor das pedras, e a volatilidade no mercado de pedras preciosas, que configura uma imprevisibilidade intrínseca à própria negociação. Os autores apresentaram recurso adesivo em que pugnavam pela manutenção da sentença, pela liminar imissão na posse e reiteraram o pedido de ressarcimento pelos danos morais e materiais sofridos.

Ao analisar os recursos apresentados pelas partes, a relatora Desembargadora Nara Leonor Castro Garcia votou no sentido de manter a anulação do contrato entabulado pelas partes. Neste ponto, releva transcrever os fundamentos apresentados:

[...] ainda que a prudência recomendasse prévia avaliação das pedras preciosas pelos AA. antes de realizar a permuta, como antes dito, as circunstâncias apresentadas pelo R., em conjunto com seu filho, foram determinantes para a realização do negócio, não sendo justificativa plausível para afastar o vício e, assim, concluir pela regularidade do contrato, a imputação de tal ônus aos AA., os quais, de boa-fé, acreditaram na oferta feita pelo R.. Nesse contexto, configurado o erro, resta mantida a anulação do contrato de permuta.

Observa-se que, para declarar a anulação do contrato de permuta, a decisão apresenta seu embasamento no instituto do erro, defeito do negócio jurídico. Por outro lado, ao analisar a pretensão indenizatória por danos materiais, a relatora conclui pela sua existência, em face da necessidade de retorno ao *status quo ante* e da privação do bem vivenciada pelos autores. Assim, de acordo com a Desembargadora, “há, então, indenização por dano material decorrente da exploração do hotel, desde a citação, [...] indenização essa a ser apurada em liquidação de sentença por artigos, porquanto também deve ser apurado os custos e despesas (sic) que suportou o R. para manter em funcionamento o estabelecimento comercial”.

Todavia, observa-se que a decisão é contraditória em seus fundamentos. Uma vez que não se configurou dolo do cedente das esmeraldas, não haveria que se fixar um valor indenizatório. Em verdade, se ocorreu o defeito erro, trata-se de vício imputável ao cedente do hotel. Se há uma parte que deveria pagar uma indenização, em consonância com o interesse

negativo, essa parte deveria ser os autores que, em razão de um comportamento imprudente, entabularam negócio de permuta, sem tomar as devidas cautelas relativas à apuração dos valores atingidos pelos bens recebidos. Declarada a anulação do negócio jurídico, operam-se efeitos retroativos na tentativa de reconfigurar o *status* inicial, porém, a parte prejudicada e que merece indenização pela frustração do negócio é a vítima do erro, no caso concreto, os réus que adquiriram o hotel.

Em voto contrário ao da relatora, o desembargador Pedro Celso dal Prá, manteve a sentença por seus fundamentos. Todavia, os fundamentos apresentados não parecem os mais corretos. Em seu voto, o desembargador afirma que “por se tratar de anulabilidade, e não nulidade, a sentença que a declarar tem efeitos «*ex nunc*», ou seja, gera efeitos apenas a partir da sua prolação, conforme regra do art. 177 do Código Civil”. Nesse sentido, foi defendido o posicionamento de que o negócio jurídico estava vigente até o momento em que a sentença declarou a anulabilidade, sendo inviável o pleito indenizatório. No entanto, como assinalado, nulidade ou anulabilidade operam efeitos retroativos, podendo se extrair tal entendimento inclusive do art. 182 do Código Civil, que dispõe que “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam [...]”. Apesar da contrariedade em relação ao posicionamento tomado pela relatora, não se observam no voto do desembargador argumentos apropriados para a solução do caso concreto.

A análise da referida jurisprudência demonstra a ausência de embasamento técnico-jurídico para a solução de casos que envolvem o erro. A fixação do valor indenizatório foi realizada em completo descompasso com a configuração das consequências que a identificação do referido vício da vontade deveria originar. Percebe-se, de modo ainda mais nítido, a deficiência no tratamento dado às questões referentes às nulidades. A inconveniente repetição da manualística de que a anulabilidade opera efeitos *ex nunc* acaba por produzir decisões judiciais como a analisada, marcadas por um profundo anacronismo com a realidade dos fatos e a realidade das normas.

Conclusão

A responsabilidade civil pré-contratual apresenta-se como fenômeno contemporâneo multifacetado, sendo variadas as hipóteses ensejadoras de sua configuração. A fase das negociações preliminares, outrora vista como não geradora de vínculos entre as partes, passa a também ser *locus* de responsabilidade civil, quando ocasionados danos a uma das partes em decorrência de comportamento imputado à outra. A referida realidade deve-se a uma mudança na própria perspectiva do Direito, que, em sua dinamicidade, objetiva salvaguardar e proteger situações jurídicas de quaisquer indivíduos que venham a participar de uma contratação frustrada, seja pela nulidade, seja pelo rompimento de tratativas, seja pela recusa em contratar ou, mesmo, pela configuração de um conteúdo contratual não desejado.

A consagração da cláusula geral de boa-fé oferece novos contornos para a responsabilidade pré-contratual, principalmente por meio da concretização da função integrativa, geradora de deveres acessórios de comportamento para as partes envolvidas no tráfego negocial. Desse modo, os negociantes têm o dever de lealdade e o dever de cooperação a permear a suas condutas, quando estão na fase de formação da avença. A referida configuração impede que o desempenho das partes seja concretizado em detrimento de vetores axiológicos, entre os quais se destaca a confiança. Como abordado, a confiança é dos mecanismos centrais de construção do social, reduzindo, inclusive, a complexidade nas relações travadas em sociedade. A proteção da confiança, irradiada por meio da boa-fé objetiva, passa a ser objeto de necessária tutela jurídica. Essa proteção ganha essencial repercussão no âmbito da formação do contrato, pois se trata de campo em que uma das partes pode ser incitada a confiar na concretização de um negócio, antevendo-lhe, além disso, determinado conteúdo. A frustração do contrato decorrente do comportamento de uma das partes pode, assim, levar à configuração de mecanismos de responsabilidade civil, devendo ser apurado o apropriado *quantum* indenizatório.

O que importa perceber é que alguns fatos, ocorridos na fase pré-contratual ou na fase

de execução da avença, são capazes de gerar na contraparte a confiança na contratação e, na hipótese de frustração do negócio, podem ocasionar prejuízos de variadas ordens. Se o valor da confiança for violado é imperioso que existam mecanismos jurídicos aptos a proteger as partes que padecerem de danos daí resultantes. Existem deveres laterais, impostos pela cláusula geral de boa-fé, que deverão ser realizados antes mesmo de se efetivar a contratação, condicionando a liberdade das partes.

O tema do ressarcimento dos danos pré-contratuais, porém, apresenta-se, no ordenamento jurídico brasileiro, como dotado de acentuado grau de incerteza. Nesse contexto, o emprego das noções de interesse positivo e, principalmente, de interesse negativo, poderia servir de adequada baliza para a fixação de valores indenizatórios nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual. As fórmulas originalmente pensadas por Jhering continuam a ter grande valia para a ponderação de valores indenizatórios e podem encaminhar o aplicador do direito a patamares ressarcitórios que estejam associados ao equilíbrio e à justiça.

O interesse negativo e o interesse positivo são situações jurídicas que se pretende reconstituir por meio dos mecanismos de reparação civil. O interesse positivo apresenta-se como parâmetro indenizatório que opera em consonância com o cumprimento do conteúdo contratual. Alguns danos ocasionados, mesmo na fase pré-contratual, só terão a sua justa solução quando alcançada a execução contratual proposta, tratando-se de tentativa de recomposição de um *status ad quem*, frustrado pela conduta empreendida por uma das partes. Por sua vez, uma indenização pautada no interesse negativo tem por objetivo a recomposição do *status* anterior ao momento em que as partes foram incitadas a contratar, em decorrência da confiança gerada. A nulidade contratual levaria, por exemplo, a parte que sabia ou poderia saber da causa de invalidade a indenizar as despesas empreendidas e os lucros cessantes vivenciados pela parte que confiou na efetividade daquele negócio jurídico.

Com efeito, durante longo período, em grande parte dos países europeus, acreditou-se na coincidência existente entre interesse negativo e responsabilidade pré-contratual. Essa correlação é atualmente questionada, podendo o interesse negativo ser utilizado como baliza para ponderação de perdas e danos em hipótese de inadimplementos, e podendo o interesse positivo ser base para se fixar indenização relativa a evento ocorrido na fase pré-contratual. Essa variação existente no uso das fórmulas não retira, todavia, o seu valor e a sua utilidade, devendo ser sempre retomadas para a fixação de apropriados valores indenizatórios, nas

hipóteses de dano pré-contratual.

Verifica-se que, no Brasil, não há uma cultura jurídica concernente ao uso da referidas noções. As codificações nunca lhe fizeram menções expressas e o tratamento dado pela literatura jurídica revela-se incipiente ou mesmo raso. Como reflexo de tal realidade, a jurisprudência não é dotada de técnica apropriada para a aplicação dos valores indenizatórios, identificando-se grande variação na sua fixação, sem que sejam apresentados fundamentos para tanto.

Como solução para o referido problema, o interesse negativo e o interesse positivo poderiam ser interfaceados com os mecanismos de responsabilidade civil pré-contratual existentes em nosso ordenamento jurídico. Apesar de não ser identificado parâmetro legislativo que conduza à indenização baseada nos referidos elementos, estes parecem ser cogentes no momento de ponderação do ressarcimento, sob pena de se fixar um valor aquém ou além daquele que se apresenta como o justo parâmetro a ser aplicado.

Nesse sentido, os modelos de ressarcimento dependem, primeiramente, da espécie de responsabilidade civil pré-contratual que está em análise. Assim, por exemplo, problemas que envolvam a recusa em contratar darão ensejo a soluções diferentes dos problemas relativos ao rompimento de negociações preliminares. Enquanto a recusa em contratar poderá levar a necessidade de se ponderar o interesse contratual positivo, o rompimento das negociações preliminares segue as premissas adstritas ao interesse contratual negativo. Além disso, é preciso ter atenção às vicissitudes presentes em cada um dos casos concretos colocados sob análise. Contingências fáticas específicas podem vir a gerar uma indenização por ruptura, também apoiada no interesse contratual positivo.

No momento de fixação da indenização, é preciso, ainda, atentar-se para elementos que influenciem diretamente o *quantum* indenizatório, como o dever de mitigar os prejuízos e a denominada compensação de benefícios (*compensatio lucri cum damno*). Os mecanismos de responsabilidade civil têm o seu pressuposto assentado na tentativa de recuperar a situação jurídica em que estava o lesado antes da ocorrência do fato lesivo. Todavia, não se deve privilegiar comportamento desleal, quando parte do prejuízo poderia ser evitado, e não se pode fixar o ressarcimento, sem se tomar em consideração as eventuais vantagens geradas pelo dano na esfera jurídica de titularidade do lesado.

Não obstante existir a possibilidade de configuração das indenizações relativas a danos pré-contratuais, tendo por base o interesse negativo e o interesse positivo, demonstra-se apropriada a sua direta previsão em norma. Os textos normativos referentes às invalidades contratuais ou à revogação da proposta, por exemplo, poderiam já antever os parâmetros indenizatórios aplicáveis, dispondo quais situações jurídicas seriam balizas para a reconstituição por meio de mecanismos de ressarcimento.

Assim, o reconhecimento do emprego do interesse negativo e do interesse positivo como elementos balizadores para a fixação do ressarcimento em dano pré-contratual apresenta-se como importante incremento para o direito civil brasileiro. Por meio de sua ponderação, os valores indenizatórios podem ser configurados em consonância com o necessário equilíbrio que deve permear as relações jurídicas de direito privado. A previsão de responsabilidade pré-contratual demonstra-se inócua ou incompleta quando não acompanhada de parâmetros que permitam fixar o ressarcimento de modo adequado e apto para a tutela do conflito existente entre a parte lesada e o autor do dano.

Referências Bibliográficas

AFFERNI, Giorgio. **Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Vol. 2 – Ações e fatos jurídicos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BENATTI, Francesco. **A responsabilidade pré-contratual** (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). Trad. Vera Jardim e Miguel Caeiro. Coimbra: Almedina, 1970.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BESSONE, Mario. Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza (Osservazioni in tema di recesso dalla trattativa). **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano, Ano XXVI, 1972.

BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. Vol. I – Prolengomeni: funzione econômico-sociale dei rapporti d'obbligazione. Milano: Giuffrè, 1953.

BIGIAMI, Walter. Irretroattività della risoluzione per inadempimento. **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni**, Milano, Vol. XXXII, Parte I, 1934.

BRECCIA, Umberto. **Le obbligazioni**. Milano: Giuffrè, 1991.

BUSNELLI, Francesco D.; PATTI, Salvatore. **Danno e responsabilità civile**. 3. ed. Torino: Giappichelli Editore, 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. Ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado». **Contratos: actualidade e evolução**. Coord. António Pinto Monteiro. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

CARBONNIER, Jean. **Droit Civil**. Vol. 4 – Les obligations. 9. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1976.

CARNELUTTI, Francesco. Sul risarcimento del danno in caso di risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento. **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione**, Milano, Vol. XXI, Parte II, 1923.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHAVES, Antônio. **Responsabilidade pré-contratual**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CÍCERO. **Dos deveres (De officiis)**. Tradução: Carlos Humberto Gomes. Lisboa: Edições 70, 2000.

Código civil alemão. Trad. Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. Vol. I – Parte geral. Tomo I. 3. ed., Coimbra: Almedina, 2005.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1994.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

COUTO E SILVA, Clóvis. Dever de indenizar. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Org. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: FGV Editora, 2013.

CRIFÒ, Giuliano. Danno (storia). **Enciclopedia del diritto**. Coord. Francesco Calasso. Vol. XI. Milano: Giuffrè, 1967.

DE CUPIS Adriano. **Contributi alla teoria del risarcimento del danno**. Milano: Giuffrè, 1939.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1946.

DE CUPIS, Adriano. Danno. **Enciclopedia del diritto**, Vol. XI, Milano: Giuffrè, 1962.

DE CUPIS, Adriano. Il problema giuridico del “quantum respondeatur”. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano XIII, Parte I, 1967.

DELFINI, Francesco. **Autonomia privata e rischio contrattuale**. Milano: Giuffrè, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1 – teoria geral do direito civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 1 – teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Vol. 3 – teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESPINOLA, Eduardo. **Systema do direito civil brasileiro**. Vol. 2. Tomo 1. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1912.

FAGGELLA, Gabriele. Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. **Studi giuridici in onore di Carlo Fadda**. Vol. III. Napoli: Luigi Pierro Editore, 1906.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito dos contratos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, José Gaenaert do Valle. Subsídios para o estudo das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 3, setembro, 1963.

FERREIRA, Rui Cardona. **Indemnização do interesse contratual positivo e perda de chance** (em especial, na contratação pública). Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

FIGLIA, Gabriele Carapezza. **Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013.

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil**. Trad. Antonio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938.

FIUZA, César; ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Contratos de adesão**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. **Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?** Coimbra: Almedina, 1997.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Vol. 19, jul-set, 2004.

FULLER, L. L.; PERDUE JR., William R.. The reliance interest in contract damages. **Yale Law Journal**, New Haven, Vol. 46, 1936.

GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**. Vol. II – Le obbligazioni e i contratti. Tomo I – Obligazioni in generale contratti in generale. 4. ed. Padova: CEDAM, 2004.

GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: la *fattispecie*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004.

GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale: il *quantum*. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ano L, Vol. I, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2. ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GOMES, Elena de Carvalho. **Entre o actus e o factum**: os comportamentos contraditórios no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GÓMEZ RAMOS, António. La inmediatez de la crisis y la experiencia del tiempo. **Normalidad de la crisis / crisis de la normalidad**. Org. Luciana Cadahia e Gonzalo Velasco. Madrid: Katz, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1 – parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 4 – responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Vítor Fernandes. **Responsabilidade civil por quebra da promessa**: de acordo com o novo Código Civil. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

JAMIN, Christophe. Quelle nouvelle crise du contract? Quelques mots en guise d'introduction. **La nouvelle crise du contract**. Sous la direction de Christophe Jamin e Denis Mazeaud. Paris : Dalloz, 2003.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. Dominique Makins. São Paulo: Hunter

Books, 2012.

JHERING, Rudolf von. **Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição**. Trad. Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

JHERING, Rudolf von. **A finalidade do direito**. Trad. Heder K. Hoffmann. Tomos I e II. Campinas: Bookseller, 2002.

JHERING, Rudolf von. **De interes en los contratos**. Trad. Adolfo G. Posada. Buenos Aires : Editorial Atalaya, 1947.

JHERING, Rudolf von. **O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Vol. IV. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

JHERING, Rudolf von. **A evolução do direito**. Trad. Abel D’Azevedo. Lisboa: José Bastos e Cia, 19-[?].

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Ano XXXVIII, Vol. LXXXVI, 1941.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 89, Vol. 775, Maio, 2000.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A boa-fé na formação dos contratos, **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, Vol. 87, 1992.

JUSTO, António Santos. **Direito privado romano**. Vol. II – Direito das obrigações. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tomo I. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Trad. Alessandro Hirata. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, jan-jun de 2006.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. Vol. I – Introdução. Da Constituição das Obrigações. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

LOPES, Christian Sahb Batista. **Responsabilidade pré-contratual**: subsídios para o direito brasileiro das negociações. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no direito contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. Vol. 1 – Introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

LOPEZ, Teresa Ancona. Exercício do direito e sua limitações. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 98, Vol. 885, julho de 2009.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amada Flores. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005.

LUMINOSO, Angelo. La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile, **Contratto e impresa**, Padova, Ano IV, Vol. III, 1988.

MACHADO E CAMPOS, Miriam de Abreu. *Jus commune* contemporâneo? **Direito civil e constitucional**: estudos de direito comparado em homenagem à professora Lucia Massara. (Org.) Salomão de Araújo Cateb. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MAFFEIS, Daniele. **Offerta al pubblico e divieto di discriminazione**. Milano: Giuffrè, 2007.

MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. **O casamento entre o tempo e a eternidade**: uma análise à luz da comunhão plena de vida, da proteção da confiança e do direito intertemporal.

240 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Perdas e danos. **Obrigações**. Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. (Org.) Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil**. Vol. V – do inadimplemento das obrigações. Tomo II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, Vol. 15, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELO DA SILVA, Wilson. **O dano moral e a sua reparação**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. **A nova crise do contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. (Org.) Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. **Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações**. Coimbra: Almedina, 1989.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MOREL, René Lucien. Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles. **Revue trimestrielle du droit civil**, Paris, Vol. VII, 1908, p. 310.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ORNAGHI, Lorenzo. **Il concetto di interesse**. Milano: Giuffrè, 1984.

OST, François. **Droit et intérêt**. Vol. 2 – entre droit et non-droit: l'intérêt. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990.

PEREIRA, Fabio Queiroz. O Direito Comercial e a formação histórica do princípio da boa-fé objetiva. **Scientia Iuris**, Londrina, v.17, n.2, dezembro, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III – Contratos. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I – Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. 20. ed. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. II – Teoria geral das obrigações. 26. ed. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. III – Contratos. 17. ed. Revista e atualizada por Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3. ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Atual. António Pinto

Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Atlântida Editora, 1970.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Separata. XIV, 1963.

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

PINTO, Paulo Mota. **Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo**. Vols. I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Tomo XXXVIII – Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1962.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo IV – Validade. Nulidade. Anulabilidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas**. Curitiba: Juruá: 2001.

PRATA, Ana. **Notas sobre responsabilidade pré-contratual**. Coimbra: Almedina, 2002.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. O efeito vinculativo das cartas de intenções: possibilidade de execução específica de seus termos. **Direito contratual entre liberdade de protecção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos**. Org. Stefan Grundmann e Margarida dos Santos. Coimbra: Almedina, 2008.

RAVAZZONI, Alberto. **La formazione del contratto**. Vol. I - le fasi del procedimento. Milano: Giuffrè, 1973.

RAVAZZONI, Alberto. **La formazione del contratto**. Vol. II - le regole di comportamento. Milano: Giuffrè, 1974.

REIFEGERST, Stéphan. **Pour une obligation de minimiser le dommage**. Marseille: PUAM, 2002.

RICHTER, Giorgio Stella. **La responsabilità precontrattuale**. Torino: UTET Libreria, 1996.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SACCO, Rodolfo. Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza. **Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione**, Milano, Ano XLIX, Parte II, 1951.

SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. **Il contratto**. Tomo Secondo. Torino: UTET Libreria, 1996.

SAGNA, Alberto. **Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale**. Milano: Giuffrè, 2004.

SALEILLES, Raymond. De la responsabilité précontractuelle: a propos d'une étude nouvelle sur la matière, **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, Tomo XVI, 1907.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAVIGNY, Frederik Charles von. **Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence**. Trad. Abraham Hayward. New Jersey: The Lawbook Exchange, 2011.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Coimbra: Almedina, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil – Vol. 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito contratual brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no Código Civil brasileiro: dez anos de experiência. **10 anos de vigência do Código Civil de 2002**: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato**. 20. ed. Milano: Giuffrè, 2014.

TURCO, Claudio. **Interesse negativo e responsabilità precontrattuale**. Milano: Giuffrè, 1990.

TURCO, Claudio. L'interesse negativo nella culpa in contrahendo, **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Vol. I, 2007.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

VELOSO, Zeno. Negócios nulos e anuláveis: efeitos da sentença. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 20, n. 80, out-dez, 1983

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Vol. 1 – parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VICENTE, Dário Moura. A responsabilidade pré-contratual no código civil brasileiro de 2002. **Estudos em honra de Ruy de Albuquerque**. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

VILLA, Gianroberto. Danno e risarcimento contrattuale. **Trattato del contratto**. Vol. V – Rimedi. (Org.) Vincenzo Roppo. Milano: Giuffrè. 2006.

VILLELA, João Baptista. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, n. 22/91, 2ª quinzena de novembro, 1991.

VILLELA, João Baptista. Por Uma Nova Teoria do Contrato. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, Vol. 261, 1978.

VILLEY, Michel. **Direito romano**. Trad. Fernando Couto. Porto: Res, 1991.

VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil**: introduction à la responsabilité. Sous la direction de Jacques Ghestin. 3. ed. Paris : L.G.D.J., 2007.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les conditions de la responsabilité. Sous la direction de Jacques Ghestin. 3. ed. Paris : L.G.D.J., 2006.

VISINTINI, Giovanna. (Org.) **Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale**. Milano: Giuffrè, 1999.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Editorial Civitas, 1977.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

WIESE, Leopold von; BECKER, H. O contacto social. Trad. Gabriel Bolaffi. **Homem e sociedade**: leituras básicas de sociologia geral. Org. Fernando Henrique Cardoso e Octávio Ianni. 7. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1973.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.