

RESPONSABILIDADE PRÉ-NEGOCIAL E CULPA *IN CONTRAHENDO* NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Almiro do Couto e Silva

1. Pode-se dizer, sem incidir em simplificações mutiladoras, que a questão do dever de indenizar, decorrente da celebração de contrato inválido por ação ou omissão culposa de uma das partes, tem sua origem no século passado, com o célebre estudo de Jhering, publicado em 1861.¹ O tema, entretanto, acabou por ganhar uma outra dimensão, abrangendo hoje todo o campo designado, genericamente, por responsabilidade pré-negocial.² Em muitos países, a resposta dos problemas que se inserem nessa área tem sido dada pela doutrina e pela jurisprudência, à margem de quaisquer textos legislativos. É o que sucede, por exemplo, no direito alemão³ e, também, no direito privado brasileiro.⁴ Em alguns outros, a legislação civil mais moderna contém regras específicas sobre a responsabilidade pré-negocial, com fundamen-

¹ "Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen". In: *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, vol. IV, p. 1 e segs.

² Ver, sobre essa evolução, COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Responsabilidade Civil Pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra, 1984, Coimbra Edit. Ltda., p. 33 e segs., e, mais recentemente, CODEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra, 1999, Almedina, vol. 1, p. 331 e segs.

³ Ver LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts*. München, 1984, C.H. Beck, 1^o vol., p. 106 e segs.

⁴ A bibliografia brasileira sobre a matéria está indicada por ALMEIDA COSTA, op. cit., p. 41, nota 27.

to na boa fé. São exemplos disso o Código Civil grego, de 1940 (arts. 197 e 198)⁵, o Código Civil italiano, de 1942 (arts. 1.337 e 1.338)⁶ e o Código Civil português, de 1966 (art. 227, nº 1)⁷. O projeto de Código Civil brasileiro, já aprovado pelo Senador Federal e que, agora, tramita na Câmara dos Deputados, ocupa-se da matéria no art. 421.

Na esteira do ensaio de Jhering, cujas linhas principais, em muitos aspectos, são ainda hoje dominantes no direito alemão, a parte a que se imputava a invalidade do contrato deveria indenizar a outra, pelos danos por esta sofridos. Sendo nulo ou inexistente o contrato seria incoerente falar-se em responsabilidade contratual. Fundar-se-ia, então, em ato ilícito? Tal indenização, entretanto, estaria restrita ao interesse negativo, ou seja, deveria recompor-se para o prejudicado apenas o *status quo* ante, como se as negociações e o contrato nulo nunca tivessem existido.⁸

Ora, nem sempre a invalidade de um contrato decorre de culpa de uma das partes, e o mesmo se poderá dizer da ruptura das tratativas ou negociações preparatórias. Se toda a frustração de um contrato, ou por sua invalidade, ou por sua não consuma-

⁵ Art. 197: "No curso das negociações para a conclusão de um contrato, às partes se devem, mutuamente, a conduta ditada pela boa fé e os usos nas relações de negócio". Art. 198: "Aquele que causou, por culpa sua, prejuízo à outra parte, no curso das negociações para a conclusão de um contrato, é obrigado a repará-lo, mesmo se o contrato não se concluiu. A disposição relativa à prescrição da reclamação nascida de atos ilícitos aplica-se por analogia à prescrição desta reclamação".

⁶ Art. 1.337: "*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*". Art. 1.338: "*La parte que, conoscendo o dovendo conoscere la esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non 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*".

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

⁸ MENEZES CORDEIRO, op. cit., p. 331.

ção em virtude do desinteresse de quem mantinha tratativas, caracterizasse ato ilícito, restaria seriamente abalado o princípio da liberdade de contratar. Fossem por essas ou por outras razões, o que não cabe aqui examinar, o certo é que, a pouco e pouco, a questão da responsabilidade pré-negocial começou a afastar-se da responsabilidade aquiliana para aproximar-se de uma responsabilidade muito semelhante à que existe para as partes ligadas por contrato, em decorrência da boa fé.

Os deveres derivados da boa fé manifestam-se não apenas depois de já concluído o contrato, quando assumem a condição de deveres anexos (*neben Pflichte*), mas já antes, nos preparatórios "contatos negociais" (*geschäftlichen Kontakts*)⁹, e fracionam-se em deveres de distinta índole, como, por exemplo, os de segurança e de lealdade, abrangendo este último os de esclarecimento, informação e discricção. No que tange ao descumprimento dos deveres de lealdade, a indenização relaciona-se com os chamados danos da confiança (*Vertrauensschaden*). Estes consistem, principalmente, nas despesas feitas pela parte que teve suas expectativas frustradas com o rompimento das negociações ou com a invalidade do contrato¹⁰. Indeniza-se, portanto, o interesse negativo e não o interesse positivo, ou seja, o interesse no cumprimento do contrato (*Erfüllungsinteresse*), solução que, no direito alemão, também é aplicada aos casos de invalidade do contrato por impossibilidade material ou jurídica da prestação, quando a impossibilidade era conhecida ou devia ser conhecida pela outra parte¹¹. Contudo, a jurisprudência alemã mais recente vem já admitindo, notadamente no direito comercial, a indenização pelo interesse positivo ou no cumprimento do contrato, quando, por exemplo, o procedimento culposo de uma das partes impediu que o contrato se realizasse¹².

⁹ LARENZ, op. cit., p. 106.

¹⁰ LARENZ, op. cit., p. 112.

¹¹ BGB, § 307. Ver PALANDT. *Bürgerliches Gesetzbuch*. 54^a ed., München 1995, C.H.Beck, p. 383 e segs., crítico com relação à solução dada.

