

Reparação do Dano Pré-Contratual

Amostra

Reparação do Dano Pré-Contratual

Dolo Acidental e Culpa *in Contrahendo*

GUSTAVO SANTOS KULESZA



ALMEDINA
BRASIL

2026

Reparação do Dano Pré-Contratual

Copyright © 2026 Almedina Brasil

Almedina Brasil é um selo do Grupo Editorial Alta Books (Starlin Alta Editora e Consultoria LTDA).

Copyright © 2026 Gustavo Santos Kulesza

ISBN: 978-85-8493-961-9

Impresso no Brasil – 1ª Edição, 2026 – Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

K958

Reparação do Dano Pré-Contratual. Gustavo Santos Kulesza. 1. ed. Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2026.

552 p; 16 x 23 cm.

ISBN 978-85-8493-961-9

1. Responsabilidade pré-contratual. 2. Culpa in contrahendo. 3. Dolo acidental. 4. Contratos empresariais. 5. Reparação de danos. 6. Boa-fé objetiva. 7. Adaptação contratual. 8. Interesse negativo. 9. Teoria contratual. I. Kulesza, Gustavo Santos. II. Título.

CDU: 347.5

Índices para catálogo sistemático:

1: Brasil: Direito civil: Responsabilidade Civil

Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida.

A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra fora formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

Marcas Registradas: Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são de responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

Material de apoio e erratas: Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site www.altabooks.com.br e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo.

Suporte Técnico: A obra é comercializada na forma em que está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares referidos pelos autores nesta obra.

Grupo Editorial Alta Books

Produção Editorial: Grupo Editorial Alta Books

Diretor Editorial: Anderson Vieira

Editora-Chefe: Manuella Santos de Castro

Assistente Editorial: Francielle Regina

Vendas Governamentais: Cristiane Mutüs

Diagramação: Cumbuca Studio



Rua Viúva Cláudio, 291 — Bairro Industrial do Jacaré
CEP: 20.970-031 — Rio de Janeiro (RJ)
Tels.: (21) 3278-8069 / 3278-8419

www.altabooks.com.br — altabooks@altabooks.com.br
Ouvidoria: ouvidoria@altabooks.com.br



Amostrã

Aos meus pais

Maria Aparecida de Almeida Santos

João Paulo Kulesza

SOBRE O AUTOR

Gustavo Santos Kulesza é Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.

Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo.

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo.

Co-chair do Young ICCA e membro do conselho da YSIAC (Comitê das Américas).

Membro do Comitê de Disputas Societárias e de M&A do Instituto Brasileiro de Direito Societário – Ibrademp, e membro do Comitê de M&A e Reestruturação de Empresas da Câmara Brasileira de Arbitragem Empresarial – CAMARB.

Advogado. Sócio de BMA Advogados.

AGRADECIMENTOS

Este livro é fruto da minha tese de doutorado, que representa um marco – quiçá o último – na minha longa jornada na velha e sempre nova Academia, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. São muitos os que me acompanharam neste caminho, desde as tábuas da graduação até as aulas *online* da pós-graduação no período pandêmico. Sem eles, certamente não teria chegado tão longe, muito menos concluído esta derradeira etapa – sem sombra de dúvida, a mais desafiadora. Ultrapassada a linha de chegada, é preciso agradecer a todos que me apoiaram neste último percurso.

Ao meu orientador, Prof. Francisco Paulo De Crescenzo Marino, por confiar na minha capacidade acadêmica e no meu tema de pesquisa, modificado já no curso da pós-graduação. Serei sempre grato, Professor, pela sua inestimável orientação, por sua disponibilidade e generosidade em me ajudar a desatar os intricados nós que encontrei pelo caminho, e por me guiar rumo à conclusão do trabalho.

À Profa. Catarina Monteiro Pires, pela gentileza em debater os temas da tese comigo, por ter proporcionado meu período de estudos na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e me incentivado a ir ao Instituto Max-Planck de Direito Comparado e Internacional Privado. Aproveito para também agradecer a ambas as instituições por terem me concedido acesso ao seu riquíssimo acervo bibliográfico. Agradeço ainda aos Profs. Cristiano de Souza Zanetti e Gabriel Saad Kik Buschinelli, pelas preciosas críticas e sugestões durante a banca de qualificação.

Aos amigos juristas, Claudia Gruppi, Felipe Paschoalini, Giacomo Grezzana, Giovana Benetti, Heros Elier Martins Neto, Mariana Martins-Costa, Pedro Martini, Rafael Branco Xavier, e Renata Carlos Steiner pelos estimulantes debates, provocações e críticas às ideias da tese. Agradecimento especial a Ana Paula Mageste, Antonio Nachif e Hugo Tubone Yamashita (que é amigo do peito desde a graduação nas Arcadas), por também terem generosamente revisado capítulos do trabalho e dado relevantes contribuições. Sou ainda igualmente grato aos queridos Rafael Bittencourt Silva e Rafael Vicente Soares, pela amizade insuperável de tantos anos, e por estarem sempre ao meu lado, torcendo por mim.

A todos os meus sócios e amigos do BMA Advogados, especialmente ao André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, pela parceria imbatível de tantos anos, e por servir de inspiração e me incentivar a conciliar a vida acadêmica com a advocacia contenciosa, e à Gisela Sampaio da Cruz Guedes, por suas valiosas críticas à tese. Agradeço também aos queridíssimos Thais Vieira de Souza Pereira, Luiza Romanó Pedroso e Eduardo Leardini Petter, eternos membros da “equipe GSK”, pela parceria e amizade inigualáveis: não teria conseguido concluir este trabalho sem seu apoio. Agradeço ainda, e efusivamente, a Luiz Eduardo de Avila Guimarães, pelo inestimável auxílio na pesquisa bibliográfica, no desenvolvimento do trabalho, e na revisão do texto.

Por fim, agradeço à minha família. À minha esposa, Jacqueline, não saberia traduzir em palavras minha enorme gratidão por tê-la ao meu lado nesta jornada. Seu apoio incondicional, seu incentivo inabalável, sua paciência com a minha reiterada ausência durante a elaboração da tese tornaram esse difícil percurso mais doce e sereno. À minha mãe, Maria Aparecida (que, além de tudo, ainda revisou o texto da tese), ao meu pai, João Paulo, à minha irmã, Juliana, aos queridos “agregados”, Pedro e Gilda, e à minha segunda família, Eleni, Valdeci, Gisele, Thiago e Vanessa, por sempre me incentivarem a perseguir meus sonhos. Seu carinho e apoio serviram de combustível para eu seguir em frente até a conclusão do trabalho.

NOTA DO COORDENADOR

A coleção *Direito Civil Contemporâneo – Estudos em homenagem ao Professor Antonio Junqueira de Azevedo* nasce com o propósito de pensar o Direito Civil e os seus desafios e transformações.

Esta série é, ao mesmo tempo, um tributo e uma responsabilidade, pois leva o nome de um dos nossos mais brilhantes civilistas. Antonio Junqueira de Azevedo (São Paulo, 23.07.1939 – São Paulo, 10.11.2009) formou-se pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1962 e, ao longo de quase cinco décadas, construiu uma trajetória marcada pelo rigor intelectual, pela sólida formação filosófica e humanística, pela clareza e elegância do estilo, pela proximidade com os alunos, pelo amor ao debate acadêmico, pelo contínuo pensar e repensar o Direito.

Foi Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, instituição que também dirigiu entre 1990 e 1994. Idealizou e foi o primeiro diretor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, cuja biblioteca foi formada graças ao legado da maior parte de sua biblioteca pessoal e cujo principal órgão estudantil lhe presta justa homenagem (o CAAJA – Centro Acadêmico Antonio Junqueira de Azevedo).

Autor de obras e pareceres que se tornaram referência obrigatória, dentre eles *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia* (oriundo de tese de livre docência) e *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. Foi o primeiro atualizador, em conjunto com o autor dessa nota, da clássica obra *Contratos*, de Orlando Gomes, ao Código Civil de 2002.

O Professor Junqueira foi muito mais do que um jurista destacado. Pensador profundo e instigante, professor exigente e generoso, influenciou gerações de juristas e moldou, com profundidade e elegância, os rumos do Direito Civil brasileiro. Tive a sorte e o privilégio de ser seu aluno na graduação, seu orientando no doutorado e seu assistente na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo entre o final de 2007 e 2009, na primeira turma para a qual lectionei, experiência que marcou indelevelmente minha formação e minha visão de mundo. Ser seu eterno discípulo é, para mim, motivo de grande honra.

A coleção *Direito Civil Contemporâneo* presta, assim, tributo ao querido mestre, cuja contribuição permanece, ainda hoje (e, talvez, sobretudo hoje), viva como nunca.

Agradeço à Editora Almedina, na pessoa da sua editora-chefe, Manuella Santos de Castro, e ao Grupo Alta Books, por acreditarem neste projeto, reafirmando o compromisso com a excelência acadêmica e com a difusão do pensamento jurídico crítico, plural e contemporâneo.

Francisco Paulo De Crescenzo Marino

Coordenador da Coleção *Direito Civil Contemporâneo*

Estudos em homenagem ao Professor Antonio Junqueira de Azevedo

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

.....

PREFÁCIO

O livro que o leitor tem em mãos é a versão comercial da tese de doutoramento de Gustavo Santos Kulesza, que teve a honra de orientar. Brilhantemente defendida em 2023, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ela foi aprovada por rigorosa banca, composta pelos Professores Catarina Monteiro Pires, Cláudio Luiz Bueno de Godoy, Cristiano Zanetti, Gustavo Tepedino e Paulo Mota Pinto.

É lugar comum dizer que os bons trabalhos acadêmicos devem reunir duas condições essenciais: relevância teórica e repercussão prática. O texto ora dado ao público preenche, com sobras, ambos os requisitos.

Do ponto de vista teórico, o estudo sobre a reparação do dano pré-contratual nos contratos válidos, em casos de dolo acidental e da culpa *in contrahendo*, traz inúmeras contribuições.¹ À partida, permite iluminar aspecto pouco estudado no heterogêneo campo da chamada responsabilidade pré-contratual. Isso porque a literatura nacional conhece excelentes monografias sobre a responsabilidade pré-contratual, em geral, e o seu paradigma clássico, a ruptura das negociações, em especial.² Faltava-lhe, contudo, um contributo

1 Advirta-se, desde logo, que a expressão culpa *in contrahendo* também é empregada para aludir à responsabilidade pré-contratual em sentido amplo, abrangendo também as hipóteses em que as negociações são culposamente rompidas, bem como os casos de contratos inválidos. A fim de designar o universo mais delimitado em que se situa o tema da tese, mostra-se preferível aludir a “culpa *in contrahendo* em contratos válidos”, como faz, corretamente, o autor.

2 Sem pretensão exaustiva, citemos as de autoria de Antonio Chaves (*Responsabilidade pré-contratual*, Rio de Janeiro: Forense, 1959), Regis Fichtner Pereira (*A responsabilidade civil*

específico acerca das hipóteses nas quais o contrato é celebrado, porém a atuação de uma das partes (culposa ou dolosa) na fase pré-contratual leva à conclusão do contrato em bases distintas (e menos vantajosas) à contraparte, se comparadas às que teriam sido pactuadas em cenário distinto.

O estudo de tais figuras (o dolo acidental e a culpa *in contrahendo* em contratos válidos) possibilita, ainda, uma visão de conjunto da responsabilidade pré-contratual, frequentemente analisada de modo fragmentado e sob a ótica reducionista da ruptura das negociações. Basta notar, a esse respeito, que o remédio usualmente outorgado nos casos de contratos inválidos ou não aperfeiçoados, cuja construção remonta ao célebre ensaio de Jhering³, é a indenização calculada com base no interesse negativo, cujo termo de comparação é a situação hipotética em que o lesado estaria se não houvesse confiado na contraparte e se engajado nas negociações frustradas (daí também ser chamado de interesse da confiança). Apenas parte da doutrina admite, excepcionalmente, quando a ruptura das negociações as apanha em estágio incomumente avançado, a indenização pelo interesse positivo, calculada em função da situação hipotética em que o lesado estaria se o contrato houvesse sido celebrado.

Ocorre que essa bitola indenizatória não necessariamente será a mesma nos casos de responsabilidade pré-contratual em contratos válidos. Neles, o ressarcimento assenta na comparação entre (i) o contrato efetivamente celebrado (dito “contrato indesejado”, a meu ver expressão não totalmente feliz) e (ii) o “outro contrato”, alternativo, que teria sido celebrado em bases mais favoráveis ao lesado, não fosse a falsa representação da realidade imputável à contraparte. Nesse ponto, a dicotomia interesse positivo/interesse negativo parece menos vocacionada para refletir essa comparação. Ainda que se possa aproveitar a medida do interesse negativo (como o faz, após ponderada reflexão, Gustavo Kulesza), é certo haver, em tal cenário, diversas peculiaridades no cômputo da indenização devida.

pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações, Rio de Janeiro: Renovar, 2001), Cristiano de Sousa Zanetti (*Responsabilidade pela ruptura das negociações*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005) e Fábio Queiroz Pereira (*O ressarcimento do dano pré-contratual*, São Paulo: Almedina Brasil, 2017).

³ Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, tradução de Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2018.

No tocante à repercussão prática, o tema é atualíssimo. São diuturnas as lides em que as figuras do dolo acidental e da culpa *in contrabendo* em contratos válidos são invocadas, tanto no âmbito judicial como no arbitral. Para referir apenas um, menciono o “Caso Abengoa”⁴, de enorme repercussão, no qual se discutiu a responsabilidade do vendedor de uma usina sucroalcooleira pelo déficit na capacidade de moagem informada. Faço breve parêntese para acrescentar que o texto ora publicado nasce de uma fértil (e rara) conjunção entre vocação acadêmica e experiência advocatícia. A preocupação pragmática faz-se sentir ao longo de toda a tese, a torná-la uma contribuição de invulgar utilidade também para o prático do Direito.

Como o leitor não tardará a perceber, o trabalho é denso (sem ser hermético) e exaustivo. Inúmeras e intrincadas são as questões postas, tendo o autor as enfrentado com coragem e competência, propondo soluções justas e razoáveis, com amparo em invejável pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

A fim de demonstrar essa assertiva, permito-me mencionar duas delas. A primeira concerne à natureza jurídica das duas figuras reunidas na tese. Cabe indagar, a esse título, se a responsabilidade em caso de dolo acidental e de culpa *in contrabendo* em contratos válidos é de índole contratual ou extracontratual. Não se trata de questão puramente especulativa, pois dela decorrem importantes consequências. Afinal, como se sabe, os regimes de ambas as responsabilidades, em que pese a base comum, divergem no tocante a muitos aspectos, tais como a prescrição (trienal no caso da responsabilidade aquiliana e decenal na responsabilidade contratual, como o Superior Tribunal de Justiça acertadamente sedimentou), o ônus da prova dos pressupostos da responsabilidade, a diversidade de remédios cabíveis, a controvérsia sobre a aplicabilidade de certos limites ao dano indenizável no campo contratual, a possibilidade de modular (afastar, mitigar ou intensificar) a responsabilidade contratual e os requisitos para a compensação do dano moral.

Nesse aspecto, a tese propõe uma solução dúplice. Ao passo que o dolo acidental enseja responsabilidade delitual (pelo fato de constituir ato ilícito absoluto, sendo o dever violado de caráter geral e advindo da máxima

4 STJ, SEC 9412/EX.

neminem laedere), a natureza da culpa *in contrahendo* em contratos válidos seria distinta. Para o autor, seriam relativos e específicos os deveres cuja quebra dá ensejo à culpa *in contrahendo* em contratos válidos, pelo fato de incidirem no âmbito de relação obrigacional pré-constituída, com efeitos apenas *inter partes*, e demandarem conduta positiva, concreta e determinada, podendo até mesmo se qualificar como verdadeiras prestações. Essa estrutura obrigacional imporia, assim, a recondução de tais deveres ao regime da responsabilidade contratual. A diversidade de qualificação proposta para as duas figuras de responsabilidade pré-contratual em contratos válidos (delitual ou contratual, a depender do elemento subjetivo) suscita, é preciso reconhecer, dificuldades sistêmicas, que a banca de defesa da tese apontou. Ainda que se possa divergir, nesse particular, da visão do autor, quem o fizer terá, agora, o ônus argumentativo de enfrentar a sua bem alicerçada construção.

A segunda questão diz com o cálculo do dano indenizável diante de dolo acidental, especificamente no que toca à relevância da consideração da vontade hipotética do *deceptor*. Nesses casos, a fixação do ressarcimento parte da diferença entre as condições pactuadas sob a influência da mentira ou da omissão informativa e as que teriam sido pactuadas, soubesse o *deceptus* da realidade das informações falseadas ou omitidas. Indaga-se, então, se, além da prova da vontade hipotética do *deceptus* (o lesado), deve-se provar a disposição do *deceptor* (o causador do dano) em celebrar o contrato em termos menos vantajosos para si, e mais vantajosos ao *deceptus*. Em outros termos: exige-se a prova da convergência da *vontade hipotética* de ambas as partes quanto à conclusão do negócio jurídico de outro modo? A nosso ver, a certeza do dano sofrido pelo *deceptus* e o seu liame causal com a conduta do *deceptor* pressupõem que ambos os figurantes acordassem a celebração do negócio jurídico de outro modo. Essa é, também, a posição adotada por Gustavo Kulesza, após refletido exame.

Deixo ao leitor a agradável tarefa de descobrir as tantas outras controvérsias que o tema suscita, conforme progredir na leitura da belíssima tese de Gustavo Kulesza, que honra as melhores tradições da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e certamente merecerá a melhor acolhida dos privatistas brasileiros.

Como orientador orgulhoso, resta-me aguardar que o Gustavo encontre tempo e estímulo para abrir brechas em sua intensa atividade profissional e continue a contribuir para o aprimoramento da literatura civilista nacional, tão carente de verdadeiras teses, como a que se vem de prefaciá-las.

São Paulo, 20 de maio de 2025

Francisco Paulo De Crescenzo Marino

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Amostra

.....

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	23
I. Introito e divisão do trabalho.....	23
II. Delimitação do objeto de estudo	29
III. Atualidade do tema e contribuição para a ciência jurídica brasileira.....	35

PARTE I.

HIPÓTESES DE DANO PRÉ-CONTRATUAL EM CONTRATOS VÁLIDOS: DOLO ACIDENTAL E CULPA *IN CONTRAHENDO*

1. NORMAS DE VALIDADE E NORMAS DE CONDUTA.....	41
1.1. Princípio da não interferência das normas de conduta sobre as normas de validade	42
1.2. Expansão da boa-fé objetiva e autonomia das normas de conduta: relevância do dano pré-contratual em contratos válidos.....	48
1.3. Dolo accidental: protótipo da responsabilidade pré-contratual em contratos válidos	55
2. DOLO ACIDENTAL	63
2.1. Brevíssimo percurso histórico: origem da diferenciação entre o <i>dolus causam dans</i> e o <i>dolus incidens</i>	64
2.2. Conceito e delimitação do dolo accidental.....	72
2.3. Natureza jurídica do dolo accidental: critérios distintivos entre os regimes contratual e aquiliano de responsabilidade	76

2.4. Natureza jurídica do dolo accidental (<i>cont.</i>): ato ilícito absoluto sujeito à responsabilidade delitual “qualificada” por relação obrigacional pré-constituída	85
2.5. Elementos comuns aos dolos invalidante e accidental.....	93
2.5.1. Elemento objetivo: a manobra, a mentira e o silêncio.....	94
2.5.2. Elemento subjetivo: a intenção de enganar.....	96
2.6. Chave distintiva entre o dolo invalidante e o accidental: eficácia causal do engano sobre a formação da vontade do lesado	101
2.7. Dolo accidental omissivo.....	109
2.8. Dolo accidental bilateral	117
2.9. Dolo accidental de terceiro ou representante	119
3. CULPA IN CONTRAHENDO EM CONTRATOS VÁLIDOS	129
3.1. Brevíssimo percurso histórico da culpa <i>in contrahendo</i> : do contrato inválido ou nunca concluído ao contrato válido, mas indesejado	130
3.1.1. Hipótese original: responsabilidade por contratos inválidos ou não aperfeiçoados	130
3.1.2. Densificação da boa-fé objetiva, ampliação das hipóteses de culpa <i>in contrahendo</i> e positividade nos códigos modernos.....	135
3.1.3. Reconhecimento da culpa <i>in contrahendo</i> em contratos válidos..	152
3.2. Fase pré-contratual: relação obrigacional composta por deveres laterais	161
3.3. Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual: as quatro principais teorias	167
3.3.1. Teoria extracontratual	169
3.3.2. Teoria contratual	175
3.3.3. Teoria do <i>tertium genus</i>	197
3.3.4. Teoria dualista.....	201
3.4. Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual (<i>cont.</i>): a hipótese específica de culpa <i>in contrahendo</i> em contratos válidos.....	206
3.5. Delimitação dos deveres pré-contratuais de conduta cuja quebra enseja culpa <i>in contrahendo</i> em contratos válidos.....	208
3.6. Dever pré-contratual de informar: breve incursão na delimitação de seu conteúdo e extensão	219
3.6.1. Ônus de autoinformação	224
3.6.2. Essencialidade da informação.....	227
3.6.3. Dever de conhecer	231
3.6.4. Assimetria informacional	232
3.7. Violação dos deveres pré-contratuais de conduta por terceiro ou representante	235

4. ENQUADRAMENTO SISTÊMICO DO DOLO ACIDENTAL E DA CULPA <i>IN CONTRAHENDO</i> EM CONTRATOS VÁLIDOS	261
4.1 Nexos de distinção entre o dolo accidental e a culpa <i>in contrahendo</i>	262
4.2 Distinto regramento do dolo accidental e da culpa <i>in contrahendo</i>	267
4.3 Múltipla incidência e concurso de remédios: a interação do dolo accidental e da culpa <i>in contrahendo</i> com outras figuras na fase pré-contratual	280

PARTE II.

REMÉDIO INDENIZATÓRIO AO DANO PRÉ-CONTRATUAL EM CONTRATOS VÁLIDOS

5. DEFINIÇÃO DO INTERESSE TUTELADO NA REPARAÇÃO DO DANO PRÉ-CONTRATUAL EM CONTRATOS VÁLIDOS	299
5.1. Fórmula-par: conceito, função e utilidade para reparação do dano pré-contratual em contratos válidos	300
5.2. Incompatibilidade do interesse positivo <i>stricto sensu</i> para reparação do dano pré-contratual em contratos válidos.....	306
5.3. (In)adequação da fórmula-par para reparação do dano pré-contratual em contratos válidos.....	314
5.4. Concepção do interesse tutelado na hipótese: interesse da parte lesada em não celebrar contrato desvantajoso e sua condução ao status <i>ad quem</i> hipotético.....	319
6. REPARAÇÃO DO DANO PRÉ-CONTRATUAL NOS CONTRATOS VÁLIDOS	329
6.1. Reparação do dano pré-contratual e a tutela da liberdade negocial	330
6.2. Modalidades de indenização: reparação natural e indenização pelo equivalente pecuniário.....	334
6.3. “Adaptação” do contrato indesejado via reparação natural do dano pré-contratual	337
6.3.1. Reparação natural da culpa <i>in contrahendo</i> em contratos válidos.....	337
6.3.2. Reparação natural do dolo accidental.....	347
6.4. Distinção entre a “adaptação” via reparação natural e a modificação unilateral do contrato.....	351
6.4.1. Distinção sob a ótica do modelo de repartição de bens	352
6.4.2. Distinção sob a ótica dos pressupostos. Premissa: a modificação unilateral do contrato pressupõe direito potestativo	354

6.4.3. Distinção sob a ótica dos pressupostos (<i>cont.</i>). A “adaptação” reparatória <i>vis-à-vis</i> as hipóteses legais de modificação unilateral do contrato.....	358
6.5. (Im)possibilidade de o lesado se desvincular do contrato indesejado ...	370
6.6. Reparação do dano pré-contratual pelo equivalente pecuniário	390
7. O PROBLEMA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA “ADAPTAÇÃO” DO CONTRATO INDESEJADO VIA REPARAÇÃO NATURAL	399
7.1. Causalidade psicológica e possíveis caminhos causais	400
7.2. Vontade hipotética da parte lesada: panorama do direito estrangeiro....	404
7.3. Vontade hipotética da parte lesada (<i>cont.</i>): prova por presunção natural	418
7.4. Vontade hipotética da parte lesante: indenização pressupõe nexo causal	430
7.5. Vontade hipotética da parte lesante (<i>cont.</i>): inversão do ônus probatório	437
7.6. Vontade hipotética da parte lesante (<i>cont.</i>): direito de se opor à “adaptação” indenizatória do contrato indesejado via contraprova	440
7.7. Prova das vontades hipotéticas: elementos para construção do provável cenário hipotético sem o ilícito pré-contratual.....	456
8. PRINCIPAL HIPÓTESE DE “ADAPTAÇÃO” INDENIZATÓRIA: REDUÇÃO DO PREÇO NOS CONTRATOS INDESEJADOS DE COMPRA E VENDA... 465	
8.1. Método objetivo: redução do preço com base na diferença entre o preço pago e o valor real do bem	469
8.2. Método proporcional: redução do preço com base na relação de paridade acordada entre preço e valor do bem	478
8.3. Método subjetivo: redução do preço com base na diferença entre o preço pago e o que teria sido pago no “contrato desejado”, mas não celebrado	492
8.4. Irrelevância da variação do valor do bem após a conclusão do contrato indesejado	497
CONCLUSÕES	505
LISTA DE ABREVIATURAS	523
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	525
I. Livros e artigos	525
II. Decisões judiciais.....	549
III. Sentenças arbitrais	552

INTRODUÇÃO

I. INTROITO E DIVISÃO DO TRABALHO

O objetivo central da tese é examinar as hipóteses de responsabilidade pré-contratual¹ em contratos validamente formados, com foco² nos institutos do dolo acidental e da culpa *in contrahendo*.³ Dedicamo-nos a examinar de que modo deve ser reparado o dano pré-contratual causado à parte lesada nesses casos.

Ambas as figuras nucleares da tese – dolo acidental e culpa *in contrahendo* em contratos válidos – tratam da hipótese em que, ausente a conduta danosa

1 Quanto ao termo resp. pré-contratual, sabe-se que parte da doutrina prefere se referir à resp. pré-negocial, com base no entendimento de que o regime abrange não apenas contratos, mas tb. negócios jurídicos unilaterais. A respeito, v. as críticas de PRATA sobre a designação “enganosa” do termo (*Responsabilidade pré-contratual: uma perspectiva comparada dos direitos brasileiro e português*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 53). Apesar disso, na tese, emprega-se com maior frequência a expressão resp. pré-contratual por duas razões. Primeiro, porque o escopo do trabalho é restrito aos contratos, de modo que a referência à resp. pré-contratual auxilia o leitor a identificar esse recorte. Segundo, porque o uso da expressão pré-contratual acabou se consagrando na doutrina nacional, a despeito da preferência de alguns autores pelo termo pré-negocial.

2 A tese não analisará, portanto, as demais espécies normalmente agrupadas sobre o gênero dos vícios incompletos (v. *infra*, nota 19), em especial, o erro e a coação incidentais.

3 Por mera conveniência linguística, o termo culpa *in contrahendo* será por vezes utilizado de modo abreviado como “*cic*” ao longo da tese.

(por exemplo, a quebra do dever pré-contratual de informar), a parte lesada não teria deixado de celebrar o contrato, mas teria antes firmado um *outro contrato*, com estipulações mais favoráveis a ela.⁴ Trata-se, assim, de negócio jurídico válido, mas de conteúdo menos vantajoso para a parte lesada – daí porque parte da doutrina costuma denominá-lo *contrato indesejado*.⁵ O termo não é preciso, já que também alcança os contratos firmados sem qualquer perturbação na fase de tratativas, mas com relação aos quais uma das partes se arrependeu.⁶ Apesar disso, dado seu uso corrente pela doutrina para designar o gênero que reúne as duas *fattispecie* objeto da tese, por vezes, usaremos essa expressão para facilitar a referência conjunta às duas hipóteses centrais do nosso estudo.

Conquanto, a rigor, qualquer tipo de contrato possa ser alvo das hipóteses da tese, a hipótese clássica de contrato indesejado é a compra e venda.

4 MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2008, p. 1.412.

5 A expressão é amplamente utilizada por MOTA PINTO (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. cit., passim). O jurista associa o termo aos vícios incidentais, incluindo o dolo acidental, e à quebra do dever pré-contratual de informar decorrente da boa-fé, expressamente positivada no art. 227(1) do CCport.. O jurista registra que o termo teria sido originalmente cunhado por MEDICUS – a expressão em alemão seria “*unerwünschter Vertrag*” (MEDICUS, Dieter. “Verschulden bei Vertragsverhandlungen”. in BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuld I, 1981, p. 519 *Apud Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II, cit., p. 1.362, nota 3.834). Tb. utilizam o termo: SILVA, Eva Sônia Moreira da. *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo): o caso da indução negligente em erro*. Coimbra: Almedina, 2010, passim; SÁ, Fernando. *A influência de terceiros na formação do contrato: do dolo de terceiro à responsabilidade de terceiros por informações*. Tese de Doutorado (Direito). Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2020, passim. Na doutrina brasileira, a expressão é utilizada por PEREIRA (*O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo*. São Paulo, Almedina, 2017, pp. 284 e ss.).

6 A doutrina chama atenção para o risco de se tutelar um “direito ao arrependimento” caso não sejam bem compreendidas as limitações da indenização do dano pré-contratual nos contratos válidos. A título de ex., v. LIEB, Manfred. “Vertragsaufhebung oder Geldersatz – Überlegungen über die Rechtsfolgen von culpa in contrahendo”. in *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*. Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag KG, 1988. *Apud* SILVA, Eva Sônia Moreira da. *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo)*. cit., pp. 121-3; AFFERNI, Giorgio. *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*. Torino: Giappichelli, 2008, pp. 184-5.

Um caso ilustrativo, inspirado em famosa disputa do contencioso empresarial,⁷ joga luz sobre algumas das complexas questões que se pretendeu enfrentar neste trabalho. Imagine-se que, na fase de tratativas para venda da totalidade das quotas de determinada empresa, o vendedor *intencionalmente* informa ao comprador que as instalações fabris da sociedade-alvo têm certa capacidade de produção, embora a capacidade real seja inferior. A informação é transmitida apenas no âmbito das negociações, e acaba por não ingressar nas cláusulas do contrato; ou seja, não representa qualidade *contratualmente* prometida. O comprador então avalia o negócio a partir da (falsa) representação da realidade transmitida pelo vendedor e, com base nela, oferece determinado preço ao vendedor, que o aceita. Após a transferência da participação societária, o comprador descobre que a produção fabril da sociedade-alvo não tem a capacidade de atingir o percentual informado pelo vendedor nas negociações.

7 Trata-se da disputa *ASA Bioenergy Holding AG vs. Adriano Ometto Agrícola Ltda. e Adriano Giannetti Dedini Ometto* (“Caso Abengoa”), objeto de acórdão no STJ (SEC 9412, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, j. 19.4.2017) no âmbito do processo de homologação das sentenças arbitrais proferidas no caso (CCI n. 16513/JRF/CA e CCI n. 16176/JRF/CA, ambas proferidas em 21.11.2011) – embora as sentenças tenham sido prolatadas no exterior, o direito brasileiro foi aplicado ao mérito. O Caso Abengoa ilustra justamente disputa envolvendo contrato indesejado decorrente de falha informacional na fase pré-contratual. Em brevíssimo resumo, no caso, a compradora adquiriu o controle societário de determinado grupo de empresas, proprietárias de usinas de açúcar e etanol. Após a aquisição, a compradora alegou que o vendedor, durante as tratativas, teria, dolosa ou culposamente, falseado e omitido uma série de informações, bem como violado garantias contratuais. Uma das várias alegações da compradora era de que o vendedor teria afirmado durante as tratativas, e representado contratualmente, que a capacidade de moagem das usinas das sociedades-alvo era de 7,1 milhões de toneladas de cana por ano-safra com valor médio de US\$ 100,00 p/ton. A compradora teria considerado essa informação para calcular o preço pago na aquisição. Após o fechamento da operação, constatou-se um déficit de 1 milhão de toneladas na capacidade de moagem. A compradora pleiteou então, dentre outros, indenização com base na diferença entre a capacidade real de moagem e aquela falsamente informada pelo vendedor. O tribunal arbitral decidiu que a falha informacional do vendedor implicara dolo acidental e o condenou, por maioria, a pagar indenização equivalente a US\$ 100 milhões, com base no cálculo do valor por tonelada (US\$ 100) vezes o déficit de tonelada (1 milhão) identificado. Em voto dissidente, um dos coárbitros entendeu que o vendedor deveria ser condenado a ressarcir a compradora pelo investimento necessário para que as usinas alcançassem a capacidade de moagem falsamente representada.

Suponha-se que o embuste do vendedor não preencha os requisitos do dolo invalidante (CC, art. 145). Poder-se-ia suscitar a ocorrência de dolo acidental, que apenas obrigaria o vendedor “à satisfação das perdas e danos” (CC, art. 146). A partir daí iniciam-se as questões que, em nossa visão, ainda não foram enfrentadas com profundidade pela doutrina nacional. De início, como provar que “o negócio seria realizado, embora por outro modo” (CC, art. 146)? O dano indenizável do comprador corresponderia ao sobrepreço pago pelas quotas ou ao custo para transformar a situação real naquela falsamente representada? Na primeira opção, como quantificar o sobrepreço? O vendedor poderia se recusar a indenizar o comprador aduzindo que não teria vendido as quotas por preço inferior? O comprador precisa provar que o vendedor teria vendido o bem por preço inferior para ser indenizado? Se o vendedor tivesse garantido contratualmente o (falso) potencial de produção informado nas negociações, isso afetaria a indenização devida? Imagine-se ainda a mesma situação fática, mas com redução da gravidade da culpa do vendedor: caso a informação equivocada sobre a capacidade de produção das fábricas tivesse sido transmitida por mera *negligência*, as respostas às questões acima seriam as mesmas? E se a informação tivesse sido transmitida ao comprador por um terceiro, contratado pelo vendedor para atuar nas negociações, isso alteraria o cenário? Esses são apenas alguns dos questionamentos decorrentes da reparação do dano pré-contratual nos contratos válidos que pretendemos enfrentar na tese.

Embora o ponto inicial de “*emersão*” histórica⁸ dos institutos centrais da tese não seja coincidente – o dolo acidental é figura clássica, que remonta à distinção entre *dolus causam dans* e *dolus incidens* atribuída aos glosadores;⁹ já o reconhecimento da culpa *in contrahendo* em contratos válidos é instituto de

8 Essa expressão foi usada por BETTI para se referir ao momento histórico em que os cânones hermenêuticos foram “*descobertos pela primeira vez*” (*Categorie civilistiche dell’interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1999. P. 11 *Apud* MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57). Ao utilizarmos essa expressão, queremos nos referir igualmente ao primeiro momento na evolução do Direito em que as hipóteses da tese foram descobertas.

9 V. *infra*, n. 2.1.

concepção moderna,¹⁰⁻¹¹ resultante da densificação dos deveres pré-contratuais decorrentes da boa-fé objetiva –, há evidente proximidade material na função exercida por eles, e nas questões que ambos suscitam, ao disciplinar a conduta das partes na fase de formação dos contratos. Em nossa visão, a despeito de sua enorme importância, esses institutos ainda não receberam a atenção devida da doutrina nacional.

A relevância atual das hipóteses objeto da tese é ilustrada pelo papel que o dolo acidental exerce no âmbito dos contratos empresariais, especialmente naqueles marcados pela assimetria informacional. Os contratos de compra e venda de participações societárias são exemplo emblemático disso¹² – não por acaso, optou-se por inaugurar este introito com um exemplo extraído deste

10 Esclareça-se que a fórmula da culpa *in contrahendo* em sua concepção clássica, voltada a disciplinar contratos nulos ou não aperfeiçoados, teve sua emergência histórica ainda no séc. XIX, por obra de Rudolph von JHERING (*Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. MOTA PINTO, Paulo (trad.). Coimbra: Almedina, 2008). V. *infra*, n. 3.1.1.

11 Estudos recentes têm dado destaque à figura da *indução negligente em erro* (v. esp., SILVA, Eva Sônia Moreira da *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo)*. cit., *passim*). A nosso ver, a hipótese específica da indução (ou manutenção) negligente da contraparte em erro sobre meros motivos (ou motivos *não* determinantes) é expressão da *cic* em contratos válidos que se enquadra no objeto do nosso estudo – v. *infra*, n. 3.5. Por outro lado, não examinamos aqui a hipótese de indução negligente em erro sobre motivos *determinantes* que inquina a validade do negócio jurídico (CC, art. 140), porque essa hipótese está fora do escopo da tese, restrita aos contratos *validamente* formados. Sobre a resp. pré-contratual por indução em erro *invalidante*, v. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do Direito Civil*. PINTO MONTEIRO, Antonio; MOTA PINTO, Paulo (atualiz.). 4ª ed., Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 41, nota 54; MOTA PINTO, Paulo. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995, pp. 314-5; *Id.* Falta e vícios de vontade: o Código Civil e os regimes mais recentes. in PINTO MONTEIRO, António; et. al (coord.). *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. v. II, Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, p. 482; FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos*. v. I, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, pp. 201-2; MARTINS-COSTA, Judith. *Um aspecto da obrigação de indenizar*: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. in *RT*, v. 867, São Paulo, 2008, pp. 48-9; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 475.

12 Sobre a assimetria informacional que marca os contratos de compra e venda de participação societária e a consequente frequência com que são concluídos sob a influência de dolo acidental, v. GRUPPI COSTA, Claudia; SETOGUTI PEREIRA, Guilherme. O dolo acidental em contratos de compra e venda de participação societária: critérios para a quantificação de danos. in YARSHELL, Flavio Luiz; SETOGUTI PEREIRA, Guilherme. *Processo societário*. v. IV, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 156.

tipo de contratação. O dolo acidental é tido como o instituto mais apropriado para reparar os danos pré-contratuais do comprador que consegue provar que teria firmado a avença em condições mais vantajosas, não fosse a manobra ilícita do vendedor.¹³

Naturalmente, as hipóteses da tese não têm sua incidência restrita aos contratos de compra e venda de participação societária. Contudo, dado o grande volume de disputas empresariais decorrentes desse tipo de operação¹⁴ (várias delas envolvendo perturbações na fase de tratativas), trata-se de um *espaço amostral* relevante para o estudo aqui proposto. Observa-se que, a despeito do frequente recurso à figura do dolo acidental nas disputas envolvendo esses contratos, é rara a invocação da culpa *in contrahendo* como fundamento autônomo e suficiente a impor a responsabilidade pré-contratual da parte que agiu de modo ilícito nas tratativas.¹⁵ A figura é tão pouco invocada nas disputas quanto estudada pela doutrina nacional. É curioso observar que, embora a reconheçam expressamente ao elencar os grupos de casos da culpa *in contrahendo*, os juristas brasileiros não se aprofundam no exame dessa categoria, preferindo se dedicar quase que exclusivamente às hipóteses clássicas (ruptura injustificada e celebração de contrato inválido).

Não se justifica a pouca relevância dada à culpa *in contrahendo* nos contratos válidos pela doutrina brasileira – além de injustificada, essa irrelevância implica desatenção de partes, advogados e julgadores (juízes e árbitros) à figura na sanção da conduta ilícita na fase pré-contratual. Assumindo-se que a boa-fé objetiva incide na formação dos contratos no direito brasileiro (CC, art. 422) e que a violação *culposa* dos deveres pré-contratuais dela derivados pode igualmente perturbar o conteúdo dos contratos validamente formados,

13 TINA, Andrea. *Il contratto di acquisizione di partecipazioni societarie*. Milano: Giuffrè, 2007, pp. 275-6. BUSCHINELLI igualmente defende que, “no âmbito da compra e venda de participações societárias, a tutela do comprador com base na alegação de ocorrência de dolo exerce papel proeminente” (*Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 411).

14 No campo da arbitragem, v. a título de exemplo, LEMES, Selma. *Pesquisa – 2020-2021. Arbitragem em Números e Valores*. disponível online: < selmalemes.adv.br/artigos/pesquisaarbitragem_2020_2021.pdf >.

15 BUSCHINELLI ressalta as vantagens de se pleitear indenização com base em *cic* no âmbito da compra e venda de participações societárias de controle (*Compra e venda de participações societárias de controle. cit.*, p. 413).

é preciso reconhecer (ou antes compreender) a extensão do direito da parte lesada a ser reparada nessa hipótese.

Como se vê, o exame aprofundado da culpa *in contrahendo* em contratos válidos *vis-à-vis* o dolo acidental faz emergir uma série de questões bastante relevantes, mas ainda pouco enfrentadas pela doutrina nacional. Esta tese pretendeu respondê-las.

Dividiu-se o trabalho em duas partes. A primeira (I) é dedicada ao estudo das ilicitudes (*an debeatur*) ensejadoras dos contratos indesejados. Essa parte é composta por quatro capítulos. No primeiro (1), examina-se a interrelação entre as normas de conduta e as normas de validade e o processo de expansão da boa-fé objetiva. O segundo capítulo (2) é dedicado ao estudo do dolo acidental. O terceiro capítulo (3) é dedicado à culpa *in contrahendo* em contratos válidos. No quarto capítulo (4), promovemos o enquadramento sistemático entre as hipóteses da tese e outras figuras incidentes na fase das tratativas.

A segunda parte (II) da tese é dedicada ao estudo da reparação do dano pré-contratual (*quantum debeatur*) nas hipóteses da tese. No quinto capítulo (5), definimos qual o interesse tutelado no processo reparatório à luz da consagrada fórmula-par (interesses negativo e positivo). No sexto (6), examinamos os principais aspectos da reparação do dano pré-contratual nos contratos indesejados. No sétimo (7), enfrentamos o difícil tema do nexo causal na “adaptação” indenizatória do contrato indesejado. O oitavo (8) e último capítulo é dedicado à principal hipótese de “adaptação” indenizatória: a redução do preço nos contratos indesejados de compra e venda.

II. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

A primeira delimitação relevante do objeto da tese é a concentração da análise nos negócios jurídicos *bilaterais*, mais especificamente, no direito dos contratos. A razão por trás dessa delimitação reside na maior frequência e intensidade com que as hipóteses centrais da tese (dolo acidental e *cic*) emergem nas disputas contratuais, especialmente naquelas relativas aos contratos de compra e venda.

Especificamente quanto à figura do dolo, esclarece-se que o estudo será concentrado apenas no instituto do dolo *acidental* (comumente também denominado dolo *incidental*; CC, art. 146). Como se sabe, “o dolo é uma figura dotada de múltiplas facetas, podendo estar presente em qualquer fase de um processo obrigacional”, desde o início das tratativas até a fase pós-contratual.¹⁶ A depender do momento da sua incidência no programa contratual e da relevância da sua interferência no processo volitivo, o regime jurídico do dolo (e suas consequências) se altera. Daí porque é preciso fazer esse recorte de modo bastante claro: o estudo aqui proposto será limitado apenas ao dolo acidental, e somente abrangerá o dolo invalidante (ou principal; CC, art. 145) quando necessário.

A hipótese objeto do nosso estudo é aquela concebida como a manobra ilícita pré-contratual, ativa ou passiva, voltada a influenciar a declaração de vontade da vítima do embuste, a qual, ausente o ilícito, teria contratado *por outro modo*, em termos mais vantajosos. Não é objeto do trabalho, portanto, o exame do dolo enquanto intenção de prejudicar, de inadimplir obrigações, ou de obter vantagem para si ou para outrem, ou ainda enquanto elemento subjetivo do ato ilícito. A figura objeto da tese é o dolo civil enquanto ilícito que intencionalmente perturba o processo volitivo.¹⁷ Estuda-se aqui, portanto, a *noção estrita* de dolo,¹⁸ com foco na sua faceta acidental.

A figura do dolo acidental é por vezes tida como espécie do gênero *vícios incompletos*. O termo agrupa aqueles casos em que, a despeito da ilicitude da conduta da parte lesante na fase das tratativas, não estão presentes os requisitos estritos das normas de validade para configuração de uma hipótese típica

16 MARTINS-COSTA, Judith. Os regimes do dolo civil no Direito brasileiro: dolo antecedente, vício informativo por omissão e por comissão, dolo acidental e dever de indenizar. in *RT*, v. 923, São Paulo, 2012, p. 116. Ainda sobre as várias acepções jurídicas do termo, no direito italiano, v. TRABUCCHI, Alberto. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*. Padova: CEDAM, 1937, p. 361, nota 1 (o autor se refere ao “*danno che deriva troppo spesso dal non tener presente l’anfibologia del termine dolo pur nell’ambito del diritto privato*”); FEDERICI, Italo. *Dolo incidente e regole di correttezza*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pp. 21 e ss..

17 BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 30. A delimitação da figura do dolo feita neste parágrafo reflete o recorte feito pela autora em sua obra.

18 CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Defeitos dos negócios jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 121.

de vício de consentimento. O contrato é, assim, validamente formado, mas seu conteúdo é perturbado em razão da conduta ilícita pré-contratual.¹⁹ Dado que a noção de vícios incompletos abrange todas as espécies *incidentais* dos vícios de consentimento (especialmente erro,²⁰ coação²¹ e dolo incidentais), necessário também delimitar que a tese somente pretende se concentrar no exame do *dolo* accidental e, assim, aprofundar-se-á na análise dos outros vícios incompletos apenas na medida em que for útil para melhor compreensão das questões no entorno da figura do dolo accidental (ou da *cic*²²).

Quanto à delimitação das hipóteses de responsabilidade *culposa* relevantes para a tese, ressaltam-se os seguintes recortes. Primeiro, não se pretende discutir aqui a quebra culposa de obrigações *posteriores* à formação do contrato: quer-se analisar exclusivamente as violações *prévias* ou *concomitantes* à formação dos contratos. Segundo, a hipótese de *cic* relevante para a tese não abrange os grupos de casos clássicos (ruptura injustificada de tratativas ou celebração de contrato nulo ou anulável), tampouco aqueles em que a violação dos deveres pré-contratuais não se *projeta* na formação do conteúdo do contrato (ex., violação do dever de cuidado, sigilo ou lealdade que não interfere no processo volitivo e, conseqüentemente, no conteúdo do contrato)²³

19 Sobre o conceito de *vícios incompletos*, v. por todos, MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. Torino: Giappichelli, 1995, *passim*.

20 Sobre o *erro incidental*, v., p. ex., SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022 (versão *e-book*), p. 108. Contra a relevância jurídica da figura, v. THEODORO JR. *Comentários ao novo Código Civil: dos defeitos do negócio jurídico*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 69-70.

21 Sobre a *coação incidental*, v. VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. v. I, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2023. p. 387; THEODORO JR., Humberto. *Negócio jurídico*. São Paulo: GEN, 2020, p. 449; CERQUEIRA, Nélson de Figueiredo. Apontamentos sobre a coação. in *Doutrinas essenciais de Direito Civil*. v. 4, 2010, p. 3.

22 A figura da *indução negligente em erro* – uma das expressões da *cic* em contratos válidos (cf. *supra*, nota 11; *infra*, n. 3.5 e nota 771) – é por vezes analisada sob a perspectiva do *erro incidental* (v., p. ex., PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*: art. 1337-1342. in SCHLESINGER, Piero. *Il Codice civile: commentario*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 120).

23 Nesse sentido, não nos dedicaremos ao estudo dos deveres pré-contratuais de conservação, cuidado ou segurança destinados a tutelar o patrimônio ou a integridade física das partes. Embora frequentemente associados à fase pré-negocial – sobretudo no direito alemão, com base no famoso caso dos rolos de linóleo (a respeito, v. LARENZ, Karl. *Culpa in contrahendo*, dever de segurança no tráfico e “contato social”. FRITZ, Karina Nunes (trad.). in *Doutrinas*

– daí porque se dará especial atenção ao dever pré-contratual de *informação*, cuja violação normalmente perturba o conteúdo do contrato²⁴ – nem ainda nos casos em que a violação pré-contratual se reflete no inadimplemento do próprio contrato (ex., a informação culposamente prestada *íntegra* os deveres primários de prestação do contrato, como nas hipóteses de qualidade contratualmente prometida).²⁵

É dizer: o foco da tese aqui proposta reside exclusivamente nas hipóteses em que a violação culposa dos deveres pré-contratuais, normalmente

essenciais: obrigações e contratos. TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson (org.). São Paulo: RT, 2011 (versão *online*), *passim* –, dada sua violação após o estabelecimento de um mínimo contato social, esses deveres não têm projeção sobre o conteúdo contratual e, portanto, não interessam ao escopo restrito da tese. A respeito da discussão sobre a própria (im) possibilidade de condução desses deveres de proteção ao regime pré-contratual (em oposição ao regime aquiliano *stricto sensu*), v., entre outros, BENATTI, Francesco. *A responsabilidade pré-contratual* (com correspondência entre os preceitos do direito italiano e do português). JARDIM, Vera; CAEIRO, Miguel (trad.). Coimbra: Almedina, 1970, pp. 96-102; GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Manual dos contratos em geral*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, pp. 205-6, nota 209; MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II, *cit.*, p. 1.192; SINDE MONTEIRO, Jorge Ferreira. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina, 1989, pp. 355-6, n. 60; FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos. cit.*, pp. 198-9; SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 29, nota 51; PRATA, Ana. *Responsabilidade pré-contratual: uma perspectiva comparada dos direitos brasileiro e português. cit.*, pp. 68-70; FRITZ, Karina Nunes. A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. in *Civilística*, ano 1, n. 2.2012, disponível *online*: <civilistica.com>, pp. 11-13.

24 STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos: interesse positivo e interesse negativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 285: “[A]lguns desses deveres [pré-contratuais] se desdobram no conteúdo do contrato a ser firmado, dos quais certamente o dever de informação seja o melhor exemplo [...]”. Esclareça-se, desde logo, que não se pretende tratar de modo exaustivo do dever pré-contratual de informar, tema que, sozinho, daria ensejo a uma tese e já foi objeto de estudos aprofundados no Brasil (p. ex., BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil. cit.*) e alhures (p. ex., SILVA, Eva Sónia. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação. cit.*). Em especial, não se pretende abordar a aplicação desse dever a relações específicas regidas por regramento especial ou desequilibradas pela hipossuficiência de alguma das partes contratantes, como, p. ex., nas relações de consumo, na intermediação financeira, nos contratos de seguro, de franquia *etc.*. Examinaremos o tema de modo breve apenas para permitir a compreensão da principal hipótese *culposa* de violação dos deveres pré-contratuais em contratos válidos, para então nos debruçarmos sobre a reparação do dano dela decorrente.

25 Exceto para examinar a interrelação da *cic* com essas hipóteses de inadimplemento, cf. *infra*, n. 4.3.

traduzida na prestação de informação falsa ou na omissão de informação que interessava à formação da avença, faz com que o conteúdo do contrato validamente formado seja diverso do que teria sido na ausência desse ato ilícito.²⁶

Ainda sobre a delimitação do escopo, ressalte-se que as questões serão enfrentadas sempre sob a ótica do direito positivo *brasileiro*. A referência à doutrina estrangeira – especialmente italiana²⁷ e portuguesa²⁸ – será feita em caráter exclusivamente instrumental, apenas com o objetivo de auxiliar a compreensão dos temas em nosso sistema, sobretudo quando a matéria não tiver

26 Essa delimitação foi inspirada naquela proposta por MOTA PINTO (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II, *cit.*, p. 1.429, nota 4.068). Trata-se da hipótese denominada por NORONHA de “*indução culposa a contratar*” (*Direito das obrigações. cit.*, p. 475).

27 O direito italiano tem especial relevância para nossa pesquisa porque, ao contrário da maioria das legislações de tradição romano-germânica, o Código Civil italiano (art. 1.440), assim como o brasileiro (CC, art. 146), positivou a distinção entre o dolo invalidante e o acidental. Nesse sentido, MOTA PINTO aponta que “*a generalidade das legislações europeias, não contém qualquer regulamentação específica sobre o erro incidental, o dolo incidental ou a coação incidental*” (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II, *cit.*, p. 1.424; realce nosso). Do mesmo modo, MANTOVANI chama atenção para a particularidade da previsão expressa do dolo acidental no Código Civil italiano *vis-à-vis* as legislações dos países vizinhos (França, Alemanha, Áustria e Suíça), à exceção da Espanha, que reproduziu a distinção (CCes., art. 1.270) (“*Vizi incompleti*” *del contratto e rimedio risarcitorio. cit.*, p. 124, nota 164). Além da positivação do dolo acidental, o direito italiano positivou expressamente a incidência da boa-fé objetiva na fase de tratativas (CCit., art. 1.337), ao contrário de outros sistemas europeus (v. BENATTI, Francesco. *Culpa in contrahendo*. in *Contratto e impresa*, Padova: CEDAM, 1987, p. 287) e, como se verá na tese, tb. passou por um processo doutrinário e jurisprudencial relevante de evolução em favor do reconhecimento da *cic* em contratos válidos.

28 Embora o direito português não tenha positivado a distinção entre as figuras do dolo invalidante e acidental, ao contrário do italiano e brasileiro, o recurso ao sistema lusitano nos parece muito proveitoso à tese em razão tanto da previsão expressa da incidência da boa-fé objetiva na fase das tratativas (CCport., art. 227) quanto dos trabalhos monográficos de fôlego, característicos da tradição portuguesa, que enfrentaram de maneira profunda as principais questões objeto da tese. Destacam-se, em especial, as já citadas obras de MOTA PINTO (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. cit.*) e de Eva Sónia SILVA (*As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo). cit.*). Não bastasse isso, é assente a influência do direito português na parte geral do Código Civil brasileiro. Nesse sentido, v. MOREIRA ALVES, José Carlos. Lições do novo Código Civil português. in *A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 17-33. Apenas para fins de padronização, todos os trechos transcritos em português na tese (inclusive extraídos de textos brasileiros escritos em português arcaico) foram adaptados para corresponder às regras da ortografia atualmente vigentes no Brasil.

sido expressamente legislada entre nós. Esclarece-se, assim, que não se entenderá o recurso ao direito estrangeiro de acordo com o rigor e pressupostos de uma efetiva microcomparação, tal como concebida no direito comparado.²⁹ No entanto, dado que as hipóteses da tese foram pouco estudadas no sistema brasileiro, a referência aos *formantes*³⁰ dos sistemas estrangeiros (doutrinários, legislativos, jurisprudenciais *etc.*), em que essas questões foram objeto de análises profundas e detalhadas, parece-nos muito proveitosa ao trabalho.

Ademais, a tese não pretende examinar as figuras do dolo acidental e da *cic* no âmbito de microssistemas, como o direito dos seguros,³¹ do consumidor³² ou do mercado de capitais³³, que têm regras e pressupostos próprios, recorrendo-se a esses regimes apenas quando necessário ou útil para esclarecimento das questões enfrentadas. Do mesmo modo, não se pretende concentrar o exame na perspectiva histórica dos institutos: o objetivo central é enfrentar as questões da tese à luz das normas *correntes* do direito positivo brasileiro. Em todo caso, a referência à evolução histórica será feita na medida em que for útil para melhor compreensão de algum ponto do trabalho.

29 A respeito, v. MOURA VICENTE, Dário. *Direito comparado*. v. I, 4ª ed., São Paulo: Almedina, 2018, p. 19.

30 O termo *formantes* foi cunhado por SACCO, e representa as diferentes proposições (legislativas, doutrinárias, jurisprudenciais *etc.*) que atuam na construção e evolução de determinado sistema jurídico (SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. FRADERA, V. J. (trad.). São Paulo: RT, 2001, *passim*).

31 A respeito do tema no direito português, v. POÇAS, Luís. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. Coimbra: Almedina, 2013. No direito brasileiro, v. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018 (versão e-book), §§ 37(13) e ss..

32 Esclareça-se tb., desde logo, que a tese não pretende se dedicar ao estudo da resp. pré-contratual nos contratos de *adesão*, no regime das *contratações em massa* ou de *condições gerais*. A respeito, no direito italiano, v. PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*: art. 1.337-1.342. *cit.*.

33 Especificamente no âmbito do mercado de capitais, há relevante debate sobre o regime de resp. por falhas informacionais em *prospecto*. Para fins de clareza na delimitação do escopo do trabalho, a tese aqui proposta não pretende examinar as questões relativas a essa hipótese, que será por vezes mencionada apenas quando relevante para compreensão dos temas atinentes ao objeto da tese. A respeito da resp. por deveres de informação no mercado de capitais no direito brasileiro, v. MARTINS-COSTA, Mariana. *Responsabilidade civil pela falha informacional no mercado de valores mobiliários*: pressupostos e análise crítica. Tese de Doutorado (Direito Comercial). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2022.

Por fim, em que pese a tese se proponha a destrinchar a reparação dos danos *in contrahendo* nos contratos validamente formados, esclarece-se que não se pretende abordar aqui questões relacionadas especificamente à *liquidação* desses danos. Esse exercício, além de depender de inúmeras variáveis específicas de cada caso, exigiria que nos debruçássemos sobre questões de cunho técnico que fogem do escopo jurídico restrito deste trabalho.

III. ATUALIDADE DO TEMA E CONTRIBUIÇÃO PARA A CIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA

Como visto, esta tese dedica-se a examinar, sob a ótica do direito brasileiro, a reparação de danos nas hipóteses de ilicitude pré-contratual em contratos válidos, mais especificamente as figuras do dolo acidental e da culpa *in contrahendo*.

O estudo decorre da nossa inquietação diante da ausência de doutrina brasileira sobre questões frequentemente enfrentadas nas disputas contratuais, sobretudo em casos de quebra do dever pré-contratual de informar que antecedem a válida conclusão de um contrato. Não raro, as hipóteses de responsabilidade aquiliana, contratual e pré-contratual são tratadas de modo indistinto nesses casos, sobretudo no que se refere à extensão e natureza da tutela da parte lesada. Essa falta de precisão nos parece sintoma da ausência, no Brasil, de doutrina verticalizada sobre a reparação do dano pré-contratual em contratos válidos. De fato, embora as figuras objeto da tese (em especial, o dolo acidental) sejam diuturnamente invocadas no contencioso judicial e arbitral, não há estudo aprofundado, na literatura jurídica nacional, sobre os pressupostos e a extensão da reparação do dano *in contrahendo* nesses casos.³⁴

A todo sentir, apesar de ser “*o que há de mais interessante*” em matéria de perturbação na fase de formação dos contratos,³⁵ o dolo acidental e, em

34 Assim posicionam-se GRUPPI e SETOGUTI a respeito da quantificação do dano nas hipóteses de dolo acidental, reconhecendo-se tratar de “*discussão que, embora frequente no âmbito judicial e arbitral, é ainda pouco explorada pela doutrina*” (*O dolo acidental em contratos de compra e venda de participação societária. cit.*, p. 184).

35 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. A boa-fé na formação dos contratos. in *Doutrinas essenciais de responsabilidade civil*. v. 2, São Paulo: RT, 2011, p. 416 (“[O] *que há de mais interessante é que, quando o dolo ou a coação não são determinantes do negócio – e, portanto, se referem a ponto secundário –, o negócio não é anulável, mas o prejudicado, mesmo assim, pode pedir perdas e danos, por ato ilícito do causador do prejuízo*”).

especial, a tutela indenizatória do *deceptus* nessa hipótese recebeu, até hoje, pouca atenção da doutrina brasileira.³⁶ O mesmo pode ser dito da responsabilidade pré-contratual em contratos validamente formados – a doutrina nacional se dedicou ao estudo das hipóteses clássicas da culpa *in contrahendo* (celebração de contratos inválidos e ruptura abusiva das tratativas),³⁷⁻³⁸ mas não se aprofundou no estudo da *indenização* da parte lesada pela quebra dos *deveres pré-contratuais*,³⁹ muito menos nos casos de contratos válidos.

36 BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil. cit.*, p. 362 (“*Tema pouco explorado pela doutrina brasileira é o da medida da indenização diante do dolo*”). Embora a autora se refira ao dolo de maneira geral nessa passagem, fato é que a indenização por dolo acidental mereceu ainda menos atenção da doutrina brasileira quando comparada à reparação do dolo invalidante. Não por acaso, a autora tb. ressalta que o dolo acidental é o “*regime sobre o qual recai a maior controvérsia*” (*Id.*, p. 367). No mesmo sentido, GRUPPI COSTA, Claudia; SETOGUTI PEREIRA, Guilherme. *O dolo acidental em contratos de compra e venda de participação societária. cit.*, p. 155: “*Sob o ponto de vista da fixação da indenização, há ainda uma inexplorada discussão sobre a quantificação nas hipóteses em que há dolo acidental do vendedor*”.

37 A título de exemplo, CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2ª ed. São Paulo: Lejus, 1997; ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005; FICHTNER PEREIRA, Regis. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; CASTRO NEVES, José Roberto de. *Responsabilidade pré-contratual*. BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. (coord.). *A evolução do direito empresarial e obrigacional: os 18 anos do Código Civil. Obrigações e contratos. v. 2*, São Paulo: Quartier Latin, 2021; STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos. cit.*; POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-contratual: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2011.

38 Ao tratar do tema sob a ótica do direito italiano, MANTOVANI ressalta que a doutrina parece subestimar todas as potenciais aplicações contidas no princípio da boa-fé objetiva (positivado no art. 1.337 do CCit.), ao seguir a orientação da jurisprudência, que limita a incidência do princípio quase exclusivamente à hipótese da ruptura de tratativas (“*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 126, nota 170). No mesmo sentido, PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. cit.*, p. 3; CARRESI, Franco. Il contratto. in MESSINEO, Francesco *et. al* (dir.) *Trattato di diritto civile e commerciale*. XXI, 2, Milano, 1987, p. 701, nota 24. A mesma crítica pode ser aplicada à doutrina brasileira, que tb. parece subestimar a potencialidade da resp. pré-contratual. Como constata STEINER: “*a responsabilidade pré-negocial é locus adequado e fértil para a verticalização de questões relevantíssimas ainda não bem solucionadas no Direito brasileiro*” (*Reparação de danos. cit.*, p. 262).

39 Nesse sentido, critica PEREIRA: “*Essa preocupação doutrinária com a fase pré-contratual [limitada às hipóteses clássicas], entretanto, apresenta-se desacompanhada de uma correlata e imperiosa reflexão relativa à fixação do quantum indenizatório*” (*O ressarcimento do dano pré-contratual. cit.*, p. 295). V. tb. STEINER, Renata Carlos. *Reparação de danos. cit.*, p. 101; FRITZ, Karina Nunes. *A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações. cit.*, p. 3.

A falta de atenção da doutrina brasileira à reparação do dano pré-contratual impediu que a indenização da parte lesada fosse examinada em sua devida extensão e profundidade entre nós. Tanto assim que, em nossa pesquisa, não encontramos nenhum trabalho monográfico brasileiro dedicado ao tema.⁴⁰ Assim, parece-nos que a doutrina não tem exercido seu papel de orientar a prática jurídica⁴¹ neste campo: “*faltam parâmetros seguros para que se possa definir a composição da indenização derivada do dano pré-negocial*”.⁴²

A tese se dedica justamente a fixar esses parâmetros sob a perspectiva do direito brasileiro. Seu objetivo é promover o enquadramento dogmático das principais hipóteses de dano pré-contratual nos contratos validamente formados (dolo acidental e culpa *in contrabendo*) e definir qual a natureza, os pressupostos e a extensão do remédio disponível à parte lesada nesses casos. É aí que, espera-se, reside a contribuição científica original da tese à ciência jurídica brasileira.

40 No Brasil, nossa pesquisa identificou apenas capítulos de livros e artigos em revistas especializadas sobre o tema. Na primeira categoria, p. ex., v. PEREIRA, Fabio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual*. cit.; BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil*. cit.. Na segunda, p. ex., v. WALD, Arnaldo. O regime jurídico do dolo omissivo acidental no Direito Civil e Comercial. in *RTDC*, ano 11, v. 42, Rio de Janeiro: Padma, 2010; *Id.* Dolo acidental do vendedor e violação das garantias prestadas. in *RT*, v. 949, São Paulo, 2014; MARTINS-COSTA, Judith. *Os regimes do dolo civil no Direito brasileiro*. cit..

41 MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. in MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 24.

42 BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil*. cit., pp. 362-3. A autora afirma em nota de rodapé (n. 1.404) que não exauriu o tema em sua monografia, porque o assunto ensejaria uma tese específica – é o que se pretende oferecer com a tese aqui proposta. Ainda sobre a ausência de parâmetros, PEREIRA pondera que “*não são apresentados instrumentos adequados que guiem o aplicador do direito momento em que é sopesado o valor a ser entregue à vítima do dano*” (*O ressarcimento do dano pré-contratual*. cit., p. 31).

PARTE I.

Hipóteses de dano pré-contratual em contratos válidos: dolo accidental e culpa *in contrahendo*

O objetivo desta primeira parte da tese é delimitar as hipóteses de dano pré-contratual (dolo accidental e culpa *in contrahendo*) cuja reparação se pretende examinar na segunda parte do trabalho. Antes de examinar o problema da indenização (*quantum debeat*), pareceu-nos indispensável fixar as hipóteses de responsabilidade (*an debeat*). Afinal, o exame da reparação do dano pré-contratual em hipóteses específicas pressupõe que antes se compreenda e delimite tais hipóteses. A análise empreendida nesta primeira parte não procurou exaurir todas as complexas questões em torno dessas figuras – nem poderia, dado que o exame aprofundado de algumas delas daria, *per se*, ensejo a outros trabalhos monográficos –, mas sim precisar seus pressupostos e respectivos regimes, de modo a permitir o exame da quantificação do dano pré-contratual na segunda parte do trabalho.

1. NORMAS DE VALIDADE E NORMAS DE CONDUTA

*“O ordenamento jurídico pode reprovar uma conduta in contrahendo, mas considerar que a invalidade é um remédio excessivo. Daí que esta conduta possa passar o crivo das normas de validade, mas não o princípio da boa fê contratual. Agir a coberto das regras de validade não é carta-branca para agir a descoberto das regras de conduta leal”.*⁴³

O estudo dos institutos centrais da tese remete invariavelmente ao debate sobre a interrelação e a autonomia recíproca entre as *normas de conduta* (ou de responsabilidade) e as *normas de validade*,⁴⁴ ambas incidentes na fase de tratativas.⁴⁵ A nosso ver, a compreensão dessa matéria é pressuposto da

43 SILVA, Eva Sónia Moreira da. *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo)*. cit., p. 89. No mesmo sentido, MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II, cit., p. 1.392, nota 3.925; PIETROBON, Vittorino. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*. Padova: CEDAM, 1990, p. 106.

44 Esclareça-se que o termo *normas de validade* se refere aqui às normas que disciplinam as hipóteses de *anulabilidade* dos negócios jurídicos (mais especificamente às normas que regem os vícios de consentimento). Cf. define MELLO, “[a] anulabilidade é sanção que se atribui ao ato jurídico em consequência de certas circunstâncias que a lei considera causadoras de deficiência em elemento nuclear de seu suporte fático.” (*Teoria do fato jurídico*: plano de validade. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019 (versão e-book), § 38).

45 Como explica D’AMICO, a possível interferência entre ditas normas se origina *prima facie* da incidência de ambas “*sulla medesima fase: quella della formazione del contratto*” (“*Regole di validità*” e *principio di correttezza nella formazione del contratto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 9).

investigação individualizada dos atos ilícitos pré-contratuais objeto do nosso estudo. Daí porque se decidiu inaugurar o trabalho abordando esse tema, especialmente à luz das discussões travadas no direito italiano, onde a matéria ganhou maior relevância.

Este capítulo é dividido em três tópicos. No primeiro, examinamos o princípio da não interferência entre as normas de responsabilidade e as de validade, e a autonomia unidirecional – apenas em benefício das normas de validade – defendida pela doutrina clássica. Em seguida, examinamos o processo de expansão da boa-fé objetiva e o consequente ganho de autonomia das normas de conduta. Por fim, tratamos da figura do dolo acidental como protótipo da responsabilidade pré-contratual em contratos válidos, que pressupõe a relevância jurídica do dano *in contrahendo* fora das hipóteses típicas do regime dos vícios (normas de validade).

1.1. PRINCÍPIO DA NÃO INTERFERÊNCIA DAS NORMAS DE CONDUTA SOBRE AS NORMAS DE VALIDADE

Antes de mais, importa definir as características “*profundamente diversas*” de cada conjunto de regras.⁴⁶ Iniciemos pelas *normas de validade*. Essas, como o nome diz, atuam no plano da validade. São normas *fechadas*, marcadas por rigidez, formalidade e *tipicidade*: foram “*formuladas de modo acabado pelo legislador civil*”.⁴⁷ Compõem o conjunto de regras que definem os requisitos para uma vinculação jurídica válida. Assim, impõem a anulação dos negócios jurídicos que as contrariam. São as normas que disciplinam, portanto, os vícios de consentimento.

As *normas de conduta*, por sua vez, atuam no plano da eficácia: são expressões do princípio da *boa-fé objetiva* e se voltam à correção da conduta das partes por meio da reparação de danos. Pela sua própria natureza, as regras

46 D'AMICO, Giovanni. “*Regole di validità*” e principio di correttezza nella formazione del contratto. *cit.*, p. 9 (trad. livre).

47 MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II, *cit.*, p. 1.395; V. tb. GALLO, Paolo. Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto. in GAROFALO, Luigi. *Il Ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. v. II, Padova: CEDAM, 2003, p. 164.

de conduta representam *cláusulas gerais*, de conteúdo aberto: suas hipóteses de incidência não são expressamente previstas em lei, são antes extraídas dos padrões éticos de comportamento a que se referem.⁴⁸ A boa-fé objetiva é a norma de conduta por excelência.

A distinção entre as normas também pode ser feita da perspectiva *funcional*. Pietrobon, por exemplo, defende que as normas de validade têm a função de garantir a certeza da existência de determinado fato jurídico. Já as normas de conduta visariam à justiça material, por meio da correta distribuição das vantagens e desvantagens produzidas pelo contrato.⁴⁹ Na mesma linha, Mantovani afirma que as normas de validade são *estáticas*, voltadas a apurar a conformidade objetiva do regulamento de interesses ao esquema legal posto; já as normas de comportamento seriam dirigidas a regular a conduta recíproca dos contraentes à luz dos ditames de *correttezza* e boa-fé e, portanto, atuam na fase *dinâmica* da formação do contrato.⁵⁰ Mota Pinto defende ainda que as normas de validade visam à “*integridade do consentimento e da liberdade de contratar*”; e as de conduta, à “*prevenção e reparação de consequências danosas*”.⁵¹

Essa visão que coloca os dois grupos de normas em planos díspares está à base da tradicional noção de que “*as duas séries de normas estão em posição de total autonomia recíproca*”,⁵² a vigorar uma “*mútua insensibilidade entre os*

48 MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II, *cit.*, p. 1.395; RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *A boa-fé como norma de validade*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 668; POÇAS, Luis. *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*. *cit.*, p. 224; DALLA MASSARA, Tommaso. L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente. in *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*. Torino: Giappichelli, 2015, pp. 308-9; MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 162; D'AMICO, Giovanni. “*Regole di validità*” e principio di *correttezza* nella formazione del contratto. *cit.*, pp. 9-10; FEDERICI, Italo. *Dolo incidente e regole di correttezza*. *cit.*, pp. 110-1; BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil*. *cit.*, p. 55.

49 PIETROBON, Vittorino. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*. *cit.*, p. 118. V. tb. SCODITTI, Enrico. Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione. Cassazione civile, sez. III, sentenza 08/10/2008, n. 24795. in *Foro it.*, II, 2009, n. 2, p. 441.

50 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 5.

51 MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II, *cit.*, p. 1.396.

52 BENATTI, Francesco. *Culpa in contrahendo*. *cit.*, p. 302 (trad. livre).

respectivos planos de relevância".⁵³ Embora essas passagens se refiram à suposta reciprocidade entre os grupos de normas, o fato é que, *tradicionalmente*, a autonomia sempre foi concebida em *via de mão única*: "aquela que deve excluir a influência das regras de conduta sobre as regras de validade".⁵⁴

Daí se origina o *princípio da não interferência* das normas de conduta sobre as normas de validade, segundo o qual *não* há necessária identidade entre negócio *válido* e negócio *justo*.⁵⁵ Nesse sentido, D'Amico ressalta que a *scoretzezza in contrahendo*, por mais contrária à boa-fé ou economicamente gravosa que seja, se localizada fora das hipóteses legais típicas de invalidade, não terá relevância jurídica.⁵⁶ Ainda segundo o autor, se se admitisse que as regras de conduta (de boa-fé) pudessem influenciar as regras de validade, permitir-se-ia, por via transversa, que as normas de validade tivessem conteúdo indefinido, variável segundo critérios valorativos fluídos. Seria o fim do rigor formal indispensável às regras de validade.⁵⁷ Assim, o autor defende que a única influência da boa-fé que se poderia admitir seria aquela já incorporada pelo legislador na disciplina legal das hipóteses típicas de invalidade.⁵⁸

53 MANTOVANI, Manuela. "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio. cit., p. 5 (trad. livre).

54 D'AMICO, Giovanni. "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto. cit., p. 10 (trad. livre); FEBBRAJO, Tommaso. La "nuova" responsabilità precontrattuale. in *Riv. dir. priv.*, n. 2, anno XVI, 2011, pp. 208-9.

55 PIETROBON, Vittorino. *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*. cit., p. 116: "la applicazione delle regole di validità non assicura, nella stessa previsione del legislatore, la realizzazione di una giustizia sostanziale adeguata alla buona fede di entrambe le parti"; FEDERICI, Italo. *Dolo incidente e regole di correttezza*. cit., pp. 58-9; MANTOVANI, Manuela. "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio. cit., p. 3-4.

56 D'AMICO, Giovanni. "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto. cit., p. 12; *Id.* Buona fede in contrahendo. in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 351 e nota 43. V. tb. MANTOVANI, Manuela. "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio. cit., pp. 15-6 e 161 (apresenta a tese para objetá-la).

57 D'AMICO, Giovanni. "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto. cit., pp. 9-10 e 40-7. No mesmo sentido, D'AMICO afirma que o *princípio da tipicidade* das normas de validade impõe uma restrição à atividade interpretativa de modo a impedir que se criem hipótese de invalidade via interpretação ou integração (*Id.*, pp. 32-33). V. tb. FEDERICI, Italo. *Dolo incidente e regole di correttezza*. cit., pp. 111-3.

58 D'AMICO, Giovanni. "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto. cit., p. 44.

Concordamos com a necessidade de se preservar a distinção entre os dois tipos de norma e correspondentes remédios, especialmente “*enquanto o direito vigente mantiver previsões específicas para a invalidade que não dependam da violação de juízos sobre comportamento*”.⁵⁹ Dito isso, não nos parece possível negar a existência de *pontos de contato* entre as regras – como veremos a seguir, o dolo acidental e a *cic* estão no núcleo dessa discussão.

Note-se que o próprio D’Amico, principal defensor do princípio da não interferência na atualidade, reconhece que, à base de algumas normas de validade, encontram-se hipóteses que também implicam quebra de regras de conduta (a exemplo do dolo e da coação).⁶⁰ O autor admite que o remédio indenizatório nessas hipóteses é, inclusive, autônomo e independente do remédio anulatório,⁶¹ e afirma ser possível defender que, em tese, a invalidade nesses casos seria uma sanção *adicional*, diante da gravidade da violação da regra de conduta nessas hipóteses.⁶² Ou seja, admite algum nível de *sobreposição* entre os dois tipos de norma.

59 MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II, cit., p. 1.400. No mesmo sentido, GALLO afirma que a expansão das hipóteses de anulabilidade pode *erodir* o princípio de tipicidade ínsito às normas de validade (GALLO, Paolo. I vizi del consenso. in GABRIELLI, Enrico (a cura di). I contratti in generali. I, t. I. in *Trattato di contratti*. RESCIGNO, Pietro (dir.). Torino: UTET, 1999, p. 512). Concordamos com o alerta do autor e com a necessidade de se preservar a natureza típica, *numerus clausus*, dos vícios de vontade, dada a gravidade do remédio anulatório. Analisaremos esse tema na segunda parte da tese, v. *infra*, n. 6.5.

60 D’AMICO, Giovanni. “*Regole di validità*” e *principio di correttezza nella formazione del contratto*. cit., p. 53; *Id. Buona fede in contrahendo*. cit., p. 342 e nota 29 (reconhece a contribuição da boa-fé objetiva na definição dos pressupostos de incidência dos vícios de consentimento).

61 Cf. D’AMICO reconhece, em nota, a autonomia dos remédios é confirmada pela possibilidade de a parte lesada abrir mão, nessas hipóteses, da tutela anulatória e perseguir apenas a reparação do dano (“*Regole di validità*” e *principio di correttezza nella formazione del contratto*. cit., p. 11, nota 4). A respeito, v. *infra*, nota 1.369.

62 D’AMICO, Giovanni. “*Regole di validità*” e *principio di correttezza nella formazione del contratto*. cit., p. 11. V. tb. sobre a noção de que o fundamento da invalidade, na coação e no dolo, reside no caráter imoral (contrário à boa-fé) da conduta da parte lesante, TRABUCCHI, Alberto. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*. cit., p. 109 e ss.. MANTOVANI explica que, no regime do CCit. revogado (época em que a citada opinião de TRABUCCHI foi manifestada), a doutrina entendia que o remédio da invalidade atuava como sanção à deslealdade negocial. Ausente a norma que impunha a boa-fé nas tratativas (inserida no art. 1.337 do CCit. atual), “*lo spazio per una valutazione in termini di buona o mala fede del contegno delle parti pareva dunque doversi ritagliare all’interno della disciplina dell’illecito, sotto il profilo della violazione del principio neminem laedere*” (“*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. cit., p. 7).

De fato, como explica Mota Pinto, ainda que não haja “*perfeita sobreposição*” entre as regras, é preciso reconhecer pontos de intersecção. O jurista defende, com razão, que a distinção funcional entre as normas não pode implicar uma contraposição total, “*negando logo qualquer interferência entre elas ou afirmando uma prevalência incondicionada das ‘regras de validade’*”. Há inevitável *zona de convergência*.⁶³ A razão por trás disso é a compreensão de que a proteção proporcionada pelas regras de validade *não se esgota em si mesmo*, ela é necessariamente *complementada* pelas regras de conduta, que também tutelam a liberdade de contratar.⁶⁴

O principal exemplo dessa inevitável convergência entre os dois tipos de normas é o papel exercido pelo dever pré-contratual de informar (regra de conduta) na qualificação da *omissão dolosa invalidante* (regra de validade).⁶⁵ Há extenso debate sobre a (in)distinção entre o dever de informar no âmbito da boa-fé objetiva e no do regime do dolo omissivo.⁶⁶ Mesmo os autores que

63 MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II, cit., p. 1.397-8. V. tb. SILVA, Eva Sônia Moreira da. *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo)*. cit., pp. 103-4; GALLO, Paolo. *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*. cit., pp. 164-9; MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. cit., p. 221.

64 MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. II, cit., p. 1.400. V. tb. SILVA, Eva Sônia Moreira da. *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*. cit., p. 86. A autora afirma que a *cic* (particularmente o dever pré-contratual de informar) tb. assegura o princípio da autonomia privada ao proteger a liberdade de decisão das partes. No mesmo sentido, GREZZANA, Giacomo. *A cláusula de declarações e garantias em alienação de participação societária*. cit., p. 347.

65 MOTA PINTO, Paulo. *Falta e vícios de vontade: o Código Civil e os regimes mais recentes*. cit., p. 489. Não por acaso, D’AMICO afirma: “*Il terreno sul quale il principio di autonomia delle regole di validità dalle regole di buona fede subisce gli attacchi più rilevanti è quello dei c.d. obblighi (precontrattuali) di informazione*” (“*Regole di validità*” e principio di correttezza nella formazione del contratto. cit., p. 46).

66 Não pretendemos esgotar essa discussão, que já foi objeto de análise profunda na doutrina brasileira (BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil*. cit., *passim*). A este tópico n. 1.1 interessa apenas demonstrar que o dolo omissivo é campo relevante de influência das normas de boa-fé sobre as normas de validade. Nesse sentido, v. SILVA, Eva Sônia Moreira da. *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo)*. cit., pp. 90 e 103; BENATTI, Francesco. *Culpa in contrahendo*. cit., pp. 302-3; MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. cit., pp. 232-3; VISINTINI, Giovanna. *La reticenza nella formazione dei contratti*. Bologna: CEDAM, 1972, *passim*; SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. 4° ed., cit., pp. 549-50. SACCO vislumbra um zona de *sobreposição total* entre o dolo omissivo e a violação do dever pré-contratual de informar. Na visão

entendem que o dever de informar, no dolo omissivo, *não* deriva da boa-fé objetiva – corrente à qual nos filiamos⁶⁷ –, reconhecem a contribuição das normas de responsabilidade para aferição da conduta dolosa.⁶⁸ Ainda que admitamos a distinção entre as figuras, parece-nos mesmo inegável a necessidade de coordenação entre o dolo omissivo e o dever de informar pré-contratual, diante da clara sobreposição entre as figuras.⁶⁹

Ao lado desse papel *potencializador* do princípio da boa-fé sobre as normas de validade em determinadas zonas de sobreposição, há ainda outro fenômeno relativo à interação entre os dois tipos de norma de maior relevo para a tese. Como veremos no próximo tópico, a recente *expansão* das normas de conduta (decorrente da *densificação* da boa-fé objetiva) ampliou seu campo de atuação, de modo a alcançar atos juridicamente irrelevantes sob a perspectiva

dele, a violação à boa-fé não provoca a invalidade, mas exerce o papel de nexo de causalidade entre a omissão e a falsa representação da realidade: “*Non vediamo la possibilità di zone neutre, in cui la buona fede sia di già violata (e pertanto si versi già nell’antigiuridico), l’inganno sussista, e tuttavia si sia fuori del raggio (nonché dalla soggezione alla relativa sanzione)*” (*Id.*, p. 542). D’AMICO tb. sustenta “*una perfetta sovrapposizione tra la determinazione dell’abito del dovere di informazione ai fini del giudizio di responsabilità e quella (rilevante) ai fini del giudizio di validità*” (“*Regole di validità*” e *principio di correttezza nella formazione del contratto. cit.*, p. 161), mas discorda da figura do “dolo culposo” por esvaziar a figura do erro, que pressupõe a cognoscibilidade (culpa) do declaratório (*Id.*, p. 174-5). Contra a tese de SACCO, v. FEDERICI, Italo. *Dolo incidente e regole di correttezza. cit.*, pp. 50-54; v. tb. COLOMBO, Claudio. Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus. in *Rev. dir. comm.*, 1993, p. 384 e ss.. Sob a perspectiva do direito brasileiro, filiamos-nos à posição contrária ao “dolo culposo”. Apesar de reconhecer uma zona de sobreposição relevante, parece-nos plenamente possível (*rectius*: necessário) estabelecer nexos de distinção entre a omissão *dolosa* e falha *culposa* do dever pré-contratual de informar. A respeito, v. *infra*, n. 4.1.

67 Trataremos da matéria ao abordar a figura do dolo acidental omissivo (v. *infra*, n. 2.7).

68 BENETTI, Giovana. *Dolo no direito civil. cit.*, *passim*. A autora exemplifica o papel instrumental da boa-fé no “*exame dos parâmetros para a intensidade do dever de informar*”, embora deixe claro que a omissão dolosa *não* deriva da norma de conduta (*Id.*, p. 178). V. tb. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. cit.*, § 68(3); *Id. Os regimes do dolo civil no Direito brasileiro. cit.*, pp. 119-121; WALD, Arnaldo. *O regime jurídico do dolo omissivo acidental no Direito Civil e Comercial. cit.*, pp. 12-6.

69 MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. v. II, cit.*, pp. 1.364-5. Em nota, o autor afirma concordar com a opinião de MENEZES CORDEIRO de que pode não se consubstanciar dolo, mas ainda assim haver violação culposa do dever de informar pré-contratual (*Id.*, nota 3.848). Sobre a necessidade de coordenação entre os regimes da *cic* e dolo omissivo, v. tb. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do Direito Civil. cit.*, p. 523.

das regras de validade, mas relevantes para as normas de conduta, porque contrários aos padrões de comportamento impostos pela boa-fé.

1.2. EXPANSÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA E AUTONOMIA DAS NORMAS DE CONDUTA: RELEVÂNCIA DO DANO PRÉ-CONTRATUAL EM CONTRATOS VÁLIDOS

Nas últimas décadas, presenciou-se uma acentuada expansão da boa-fé objetiva nos sistemas de tradição romano-germânica.⁷⁰ Enquanto os vícios de consentimento (normas de validade), intrinsecamente rígidos, mantiveram seus traços originais, a figura da culpa *in contrahendo* se expandiu nesses ordenamentos graças à maleabilidade ínsita às normas de conduta.⁷¹ Ao se observar esse processo de expansão, concluiu-se que “*as normas de responsabilidade têm um campo de atuação mais amplo que as de validade*”.⁷²

A experiência italiana é digna de nota a esse respeito, porque ilustra esse processo evolutivo com clareza. Com a introdução do art. 1.337 no Código Civil italiano de 1942, reconheceu-se expressamente a incidência da boa-fé objetiva na fase de tratativas. Tratou-se de inovação legislativa emblemática, sem precedente ou correspondência nos países europeus vizinhos⁷³ (embora inegavelmente influenciada pela doutrina alemã do período).⁷⁴ A partir

70 Ao se referir aos vários deveres anexos, acessórios e laterais, oriundos desse processo de ampliação da boa-fé objetiva, MOTA PINTO, citando GALVÃO TELLES (*Manual dos contratos em geral. cit.*, p. 62), faz referência ao “fenômeno da ‘inflação do conteúdo obrigatório dos contratos’ imposto principalmente pela cláusula geral da boa-fé” (*Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 339, nota 2).

71 SILVA, Eva Sónia Moreira da. *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo)*. *cit.*, pp. 104-5.

72 GALLO, Paolo. Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno. in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, tomo IV, Milano: Giuffrè, 2006, p. 509 (trad. livre); *Id.* Responsabilità precontrattuale: la fattispecie. in *Rivista di Diritto Civile*, v. I, Padova, 2004, p. 319; *Id.* *Il contratto*. Torino: Giappichelli, 2017, p. 273. Especificamente sobre as regras do dolo-vício, no direito português, GALVÃO TELLES tb. reconhece que “o conteúdo da relação pré-contratual excede largamente a matéria do dolo como vício de vontade”, porque alcança comportamento meramente culposos, não apenas dolosos (*Manual dos contratos em geral. cit.*, p. 74).

73 A título de exemplo, a regra expressa no mesmo sentido no direito português (art. 227) só veio a lume com o CCport. atual, de 1966. No direito brasileiro, a cláusula geral da boa-fé (art. 422) tb. só foi incluída no CC de 2002 e ainda sem referência expressa à fase de tratativas.

74 V. *infra*, n. 3.1.2.

dessa norma – e das demais regras de conduta inseridas no sistema italiano – concebeu-se “*um princípio geral de boa-fé [...] que alcança todo o arco do programa contratual*”.⁷⁵

Essa amplitude normativa da boa-fé suscitou a ideia de que se poderia relativizar o princípio da não interferência, a ponto de abrir uma fissura no rígido sistema das normas de validade.⁷⁶ Nesse contexto, e após um período relevante de resistência por parte da doutrina e jurisprudência italianas, a boa-fé objetiva passou a ser vista como *norma de fechamento* (*norma di chiusura*) dos espaços não regulados pelas normas de validade – mais especificamente, as condutas contrárias à boa-fé, juridicamente irrelevantes no regime dos vícios de consentimento, poderiam ser sancionadas pelas normas de responsabilidade.⁷⁷

Reconheceu-se então uma autonomia *efetivamente recíproca* entre as normas de validade e as de responsabilidade: da mesma forma que os negócios jurídicos podem ser invalidados independentemente da violação das regras de comportamento, passou-se a admitir a responsabilidade pré-contratual por quebra da boa-fé objetiva *a despeito da validade* do contrato.⁷⁸ Mantovani denomina essa aplicação do princípio da não interferência “*ao contrário*”, “*no sentido de que a validade do contrato não implica, por si só, um juízo de irrelevância – no plano ressarcitório – de uma conduta injusta e incorreta, manifestada na fase de conclusão*” do contrato.⁷⁹ Examinaremos esse processo evolutivo com mais profundidade adiante.⁸⁰ Interessa a este tópico introdutório apenas compreender que a expansão da boa-fé objetiva conduziu ao reconhecimento

75 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, pp. 7-8 e 180 (trad. livre).

76 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 10.

77 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 25; CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice civile*. 14° ed., Milano: CEDAM, 2020, p. 1.403.

78 SILVA, Eva Sônia Moreira da. *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo)*. *cit.*, p. 86; PRATA, Ana. *Responsabilidade pré-contratual*. *cit.*, p. 246; FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Contratos*. *cit.*, pp. 203-4. No direito italiano, GALLO, Paolo. *Il contratto*. *cit.*, p. 313.

79 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 17 (trad. livre).

80 V. *infra*, n. 3.1.3.

de que as normas de conduta atuam nos espaços não regulados pelas normas de validade.

Essa expansão foi especialmente relevante para alcançar aqueles comportamentos desleais que se situam à margem dos vícios de consentimento. São ilicitudes na fase de tratativas que, embora não atinjam a estrutura do negócio jurídico, violam o padrão de conduta imposto pela boa-fé e, por consequência, implicam uma manifestação de vontade não inteiramente livre e consciente da parte lesada.⁸¹ Não constituem defeitos, no sentido técnico do termo,⁸² mas perturbam a formação do conteúdo negocial. Compõem os chamados “*vícios incompletos*”, expressão cunhada por Mantovani.⁸³

A doutrina não é unânime a respeito desse processo de expansão da boa-fé. A principal voz contrária à tese na atualidade é de D’Amico. Segundo o autor, “*difícil não ver a contradição dessas proposições com aquela que também vincula a um contrato (considerado) válido eventual obrigação de indenizar a cargo de uma das partes*”. Questiona: como garantir a certeza jurídica, se a parte que age dentro dos limites das regras de validade, ainda assim é chamada a ressarcir

81 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, pp. 1-2. Como defende GALLO, a gama de hipóteses de “vício incompleto” é muito ampla (Responsabilità precontrattuale: la fattispecie. in *Rivista di Diritto Civile*, v. I, Padova, 2004, p. 509; *Id. Il contratto. cit.*, p. 273), mas tende a ser reduzida na medida em se ampliam as hipóteses de vícios de consentimento – a exemplo do reconhecimento do dolo omissivo (*Il contratto. cit.*, p. 275; *Id. Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno. cit.*, pp. 510-1; *Id. Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto. cit.*, p. 173). Concordamos com o autor, mas nos parece que a tendência atual é oposta, de maior amplitude das hipóteses de resp. pré-contratual, em razão da natureza mais maleável das normas de conduta. Em qualquer caso, mesmo que o vício incompleto seja absorvido pelo vício de vontade, isso não necessariamente elimina a incidência da norma de resp. e o acesso ao remédio indenizatório, que, como visto, é autônomo ao remédio anulatório.

82 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Validade. Nulidade. Anulabilidade. MELLO, Marcos Bernardes de; EHRHARDT JR., Marcos (atualiz.). in *Tratado de Direito Privado*. t. IV, São Paulo: RT, 2013, p. 313 “*São defeitos dos atos jurídicos as faltas de elementos, ou a presença de fatos que tornam deficientes os suportes fáticos*”; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de validade. cit.*, § 38.

83 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, *passim*. Na definição da autora: “*quelle fattispecie in cui, per non essendo presenti tutti i requisiti che integrano una delle ipotesi tipiche di vizio – e per le quali l’impugnativa è perciò esclusa –, il concreto assetto di interessi, che risulta dal contratto, appaia comunque il frutto di una decisione in qualche modo ‘deformata’ in ragione della (influenza spiegata dalla) condotta sleale e scorretta di una delle parti, nella fase che ha preceduto la conclusione del contratto*” (*Id.*, p. 187).

danos? Ainda que a parte tenha certeza da estabilidade do ato, seus efeitos serão necessariamente modificados pela via ressarcitória.⁸⁴

O autor argumenta que as normas de validade seriam responsáveis por fazer o filtro jurídico de relevância do comportamento pré-contratual: ainda que determinada conduta fosse moral ou socialmente incorreta, só teria relevância jurídica caso se enquadrasse nas hipóteses típicas das normas de validade. Do contrário, a ilicitude seria juridicamente irrelevante, “*no sentido de inidônea a manter viva uma específica responsabilidade pré-contratual, que, em todo caso, seria superada e absorvida pela execução do contrato validamente formado*”.⁸⁵

Admitir-se a responsabilidade pré-contratual em contratos válidos, afirma o autor, colocaria em risco os valores que as normas de validade pretendem tutelar: a estabilidade e certeza das relações jurídicas.⁸⁶ Entende,

84 D'AMICO, Giovanni. “*Regole di validità*” e principio di correttezza nella formazione del contratto. *cit.*, p. 248 (realce no original; trad. livre).

85 D'AMICO, Giovanni. La responsabilità precontrattuale. in ROPPO, Vincenzo (dir.). *Trattato del contratto*. v. V. Rimedi. ROPPO, Vincenzo (a cura di). Milano, 2006, pp. 1.008-9 (trad. livre); *Id.* *Buona fede in contrabendo*. *cit.*, pp. 351-4; *Id.* “*Regole di validità*” e principio di correttezza nella formazione del contratto. *cit.*, p. 100, nota 1 (v. tb. pp. 12, 101, 137). D'AMICO ilustra seu raciocínio referindo-se a um contrato de honorários advocatícios, *validamente* formado. Argumenta que, caso o advogado culposamente deixe de informar o cliente sobre sua in experiência a respeito de questões da mesma natureza ou complexidade daquelas que serão objeto da sua atuação, o cliente não poderia invocar uma resp. *in contrabendo* do patrono. A conduta “desleal” do advogado seria absorvida na valoração da prestação dos serviços advocatícios: qualquer negligência ou imperícia na condução da causa seria disciplinada pelo regime do inadimplemento (*Id.*, pp. 166-7, nota 187). Discordamos dessa posição. Assumindo que a informação omitida teria de ser informada (premissa adotada no exemplo de D'AMICO), houve violação da boa-fé objetiva na fase de tratativas. Se devidamente informado, o cliente poderia, p. ex., ter acordado pagar um valor menor de honorários ao inexperiente patrono. Ou seja, poderia ter contratado em *condições mais vantajosas*. Esse dano *in contrabendo* não se confunde – e não elimina – a resp. do advogado por eventuais *outros danos* decorrentes da execução negligente das obrigações contratuais.

86 D'AMICO, Giovanni. “*Regole di validità*” e principio di correttezza nella formazione del contratto. *cit.*, p. 253 (realce no original). *Id.*, Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è). in *Giustizia Civile*, n. 1, 2014, p. 222. O autor exemplifica a alegada incoerência referindo-se ao “princípio de irrelevância” do erro sobre motivos não determinantes. Argumenta que o sistema precisa considerar essa hipótese irrelevante da perspectiva das normas de validade e de conduta, “*perché in entrambi i casi si pongono le medesime esigenze che stanno alla base del principio*” (*Id.*, p. 223). Parece-nos que há um erro fundamental de premissa no raciocínio do autor ao confundir o âmbito operativo das normas de validade e

assim, que a dilatação do âmbito de atuação das normas de conduta para sancionar a *scorrettezza* em contratos válidos seria “*operazione, a um só tempo, perigosa e errônea*”.⁸⁷

A opinião de D’Amico, contudo, é minoritária.⁸⁸ Como visto, no extremo oposto do debate, está Mantovani.⁸⁹ A autora defende que a boa-fé objetiva, no âmbito da responsabilidade pré-contratual, desempenha o papel de *corrigir*, por meio da tutela reparatória, a conduta reprovável *in contrahendo* negligenciada pelas normas de validade. As normas de conduta teriam o papel, assim, de “compensar” a incapacidade das normas de validade, estreitas por sua própria natureza, de sancionar a deslealdade negocial.⁹⁰ Nessa linha,

de resp.. Uma vez compreendido que as normas *não* contêm as mesmas exigências (ou pressupostos), a tese de “incoerência” da *cic* em contratos válidos perde sentido. Ou seja, ainda que a indução culposa em erro não inquene a validade da avença, isso não significa *per se* que não imponha resp. civil à parte lesante.

87 D’AMICO, Giovanni. “*Regole di validità*” e principio di *correttezza* nella formazione del contratto. *cit.*, pp. 250-2. No mesmo sentido, ROVELLI, Luigi. La responsabilità precontrattuale. in BESSONE, Mario (diretto da). *Trattato di diritto privato*. v. XIII, Il contratto in genere, t. 11, Torino, 2000, p. 301 e ss. (*Apud* D’AMICO, Giovanni. Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L’isola che non c’è). in *Giustizia Civile*, n. 1, 2014, pp. 222-3, nota 73).

88 SACCO ressalta que a posição de D’AMICO é “*incurante dei segni dei tempi e della lettera del codice*” (*Il contratto*. 3° ed., t. II, Torino: UTET, 2004, p. 244); MERUZZI, Giovanni. La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta. in *Contratto e impresa*, n. 4-5, 2006, p. 953 (há um “*evidente salto logico*” na tese ao extrapolar o princípio da não interferência). A posição de D’AMICO é, de fato, minoritária no direito italiano, não só do ponto de vista doutrinário, mas tb. jurisprudencial (cf. GALLO, Paolo. *Responsabilità precontrattuale e problemi di quantificazione del danno*. *cit.*, pp. 509-10; *Id.* *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*. *cit.*, p. 319; *Id.* *Il contratto*. *cit.*, pp. 274-5). É bem verdade que a jurisprudência na Itália era contrária à *cic* em contratos válidos, mas evoluiu em favor do instituto (v. *infra*, n. 3.1.3).

89 No direito italiano, FEDERICI tb. se opõe frontalmente às ideias de D’AMICO. O autor defende que o art. 1.337 do CCit. alcança toda conduta contrária à boa-fé objetiva “*nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto*”, nos termos do próprio dispositivo, sem qualquer referência ao contrato sucessivamente (ou eventualmente) concluído (*Dolo incidente e regole di correttezza*. *cit.*, pp. 136-40). No direito português, SILVA tb. tem papel de destaque a favor da incidência da resp. pré-contratual nos contratos válidos, opondo-se diretamente aos argumentos de D’AMICO (*As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo)*. *cit.*, *passim*).

90 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, pp. 17 e 25. Contra a ideia de que as normas de conduta “compensam” as lacunas das normas de validade, por entender que atuam em planos distintos, v. SCODITTI, Enrico. *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido*. *cit.*, p. 441.

afirma: “o resultado positivo do juízo de validade do contrato – por ‘incompletude’ da *fattispecie* do vício de vontade – não implica o correspondente e quase automático juízo de irrelevância – no plano ressarcitório – das incorreções e deslealdades pré-contratuais, que contribuíram para dar vida a uma regulação de interesses prejudicial a uma das partes”.⁹¹

Mantovani reconhece que a ideia da *cic* em contratos válidos poderia gerar certa perplexidade. A conclusão válida do contrato marca o início de uma nova fase na relação obrigacional, agora disciplinada pela *lex contractus*. Assim, seria compreensível imaginar que apenas a quebra do contrato (*i.e.*, o inadimplemento das obrigações contratuais) teria relevância jurídica. Eventuais violações pregressas, no âmbito da fase pré-contratual, seriam “absorvidas” ou “neutralizadas” pela conclusão válida do contrato.⁹² Mais: a tese poderia colocar dúvidas sobre a noção de que a mesma *fattispecie* contratual poderia, a um só tempo, produzir efeitos com “força de lei” entre as partes, e ter seu conteúdo “corrigido” judicialmente por meio da reparação natural⁹³ das violações pré-contratuais. Contudo, defende, as dúvidas e perplexidades perdem razão de ser quando se compreende a relevância jurídica *autônoma* da fase pré-contratual, mesmo diante de um contrato validamente concluso.⁹⁴

Com base nas lições de Ravazzoni, a autora explica que as tratativas constituem fase juridicamente relevante no interior do *procedimento* que conduz à conclusão do contrato. O fato de a lei impor às partes a observância de determinados deveres de conduta (CCit., art. 1.337) nessa fase específica da relação obrigacional implica que a violação desses deveres possa fundar uma pretensão indenizatória que “*sobrevive à conclusão do procedimento e é independente dele*”.⁹⁵ Essa relevância jurídica *autônoma* da relação pré-contratual se conecta à ideia de que o início das tratativas dá ensejo a uma relação

91 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 288 (trad. livre). No mesmo sentido, ressaltando o campo de atuação mais amplo das normas de conduta ante as normas de validade, v. GALLO, Paolo. *Il contratto. cit.*, p. 313.

92 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 156.

93 A respeito da reparação natural da *cic* em contratos válidos, v. *infra*, n. 6.3.1.

94 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, pp. 157-8.

95 RAVAZZONI, Alberto. *La formazione del contratto*. t. I. Le fasi del procedimento. Milano: Giuffrè, 1973, p. 26 (trad. livre).

obrigacional *ex lege*, que vincula as partes aos deveres laterais incidentes no *iter* negocial.⁹⁶

Guido e Salvatore Patti também opinam no mesmo sentido. Os autores defendem que a compreensão do papel desempenhado pela cláusula geral da boa-fé, somada à redação ampla da norma italiana (CCit., art. 1.337), leva o intérprete a concluir pela necessária reprovabilidade de todo comportamento pré-contratual contrário à boa-fé, independentemente de o contrato ter se formado validamente.⁹⁷ Os autores fundam a tese na autonomia entre os planos de atuação das normas de validade e conduta. A distinção entre as sanções (invalidade e ressarcimento) impostas por cada espécie de norma constituiria *elemento esclarecedor* da possibilidade de se reprimir a conduta pré-contratual que viola exclusivamente a boa-fé objetiva (norma de responsabilidade), mas não as normas de validade.⁹⁸

Com os olhos voltados ao sistema jurídico brasileiro, aderimos à opinião favorável à tutela ressarcitória do dano pré-contratual independentemente da validade do contrato. Como veremos adiante,⁹⁹ a doutrina brasileira que se dedicou ao tema é clara em reconhecer a incidência da *cic* nessas hipóteses – embora não tenha se debruçado profundamente sobre ela. Em nossa visão,

96 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 159. Sobre a relação obrigacional *ex lege* decorrente do contato social estabelecido na fase de tratativas, v. *infra*, n. 3.2.

97 PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. cit.*, pp. 99-100. Em outra passagem, os autores afirmam que a hipótese de ilícito pré-contratual seguida de formação válida do contrato representa “*situazioni apparentemente meno gravi, ma in realtà più insidiose*” (*Id.*, p. 101). V. tb. TURCO, Claudio. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 258 (tb. favorável à necessidade de se ampliar a tipologia da *cic* para permitir “*la configurabilità anche in presenza de un contratto validamente ed efficacemente concluso*”).

98 PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. cit.*, pp. 107-109. Os autores tb. afirmam não compreender a resistência em se atribuir relevância à atividade *culposa* na fase pré-contratual (inclusive quando o contrato é validamente formado), dado o papel preponderante da culpa nas regras gerais de resp. civil. Não haveria justificativa para transportar ao regime da *cic* a lógica do dolo-vício, em que apenas a atividade *intencional* tem relevância jurídica, e, assim, restringir a tutela disponível à parte lesada na fase das tratativas apenas a esses casos (*Ibid.*). O argumento nos parece válido. Se na resp. civil em geral (negocial e delitual), o lesante responde por mera negligência, não há justificativa para, no campo da *cic* em contratos válidos, apenas o ato doloso ter relevância jurídica.

99 V. *infra.*, n. 3.1.3.

não haveria mesmo por que ser diferente. Se as regras de validade reconhecidamente *não* tutelam a boa-fé objetiva, o mero fato de o contrato ser *válido* é em tudo *irrelevante* do ponto de vista da responsabilidade pré-contratual (normas de conduta). O juízo de lealdade opera em plano distinto do juízo de validade. Não se verifica, portanto, a *contradição* suscitada por D'Amico na sanção da conduta ilícita *in contrahendo* que conduz à formação válida do contrato. Ao contrário, há antes plena *coerência* com a distinta função e perfil de atuação de cada grupo de normas.¹⁰⁰

1.3. DOLO ACIDENTAL: PROTÓTIPO DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL EM CONTRATOS VÁLIDOS

O dolo acidental é reconhecido pela maioria da doutrina italiana como o *protótipo* da responsabilidade pré-contratual em contratos válidos.¹⁰¹ A hipótese se situa justamente no *carrefour* entre as normas de validade e as de conduta.¹⁰² É “norma de fronteira”:¹⁰³ embora inserido no regime dos vícios, não implica a invalidade do negócio jurídico (remédio das normas de validade), mas a reparação de danos (remédio das normas de conduta). O instituto é

100 Aqui vale recordar a lição de TRABUCCHI sobre dolo acidental, que se aplica, em nossa visão, a qualquer ilicitude na fase de tratativas que não preenche os requisitos das normas de validade, mas perturba a formação do conteúdo do contrato: “*Se il diritto riconosce che il negozio è idoneo a produrre i suoi effetti non si dovrebbe escludere qualsiasi azione di risarcimento? Il problema posto in tali termini si potrebbe facilmente risolvere ricordando che l'obbligo di risarcimento, nel caso che qui interessa, non trova fondamento nella esecuzione del contratto che di per sé è lecita, ma nel fatto del raggio che ha influito sulla formazione dello stesso negozio. Superata anche queste difficoltà, si conclude che l'azione di danni esiste ed ha vita autonoma e indipendente (eccetto che per il diverso contenuto dell'id quod interest) dall'azione di annullamento*” (*Il dolo nella teoria dei vizi del volere. cit.*, p. 336). No mesmo sentido, SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. 3º ed., t. II, *cit.*, p. 244.

101 ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2ª ed., Milano: Giuffrè, 2011, p. 771; *Id.*, *Diritto Privato*. 5 ed. Torino: Giappichelli Ed., 2016, p. 474; SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. t. II, *cit.*, p. 243.

102 MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo.*, v. II, *cit.*, p. 1.432.

103 DALLA MASSARA, Tommaso. *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa. cit.*, p. 309; VISINTINI, Giovanna. *La reticenza nella formazione dei contratti. cit.*, p. 118.

tido, assim, como exemplo *emblemático* de que a validade do contrato não afasta a responsabilidade pré-contratual.¹⁰⁴

Segundo Mantovani, a expressa previsão legal da obrigação de indenizar nos casos de dolo acidental representaria um “compromisso” no âmbito interno da disciplina do dolo entre, de um lado, a tutela da liberdade negocial, objeto dos vícios de vontade, e, de outro, a ilicitude da conduta enganosa. Ausente o defeito, em sentido técnico – dado que o contrato é *válido* –, restaria apenas o caráter ilícito da conduta do *deceptor* a ser sancionado. A imposição do remédio ressarcitório, a rigor, não alteraria a estrutura original da figura, já que a indenização poderia seguir disciplinada pela responsabilidade aquiliana (CCit., art. 2.043), assim como no dolo invalidante.¹⁰⁵

Contudo, na visão da autora, reduzir o dolo acidental à sua natureza delitual seria tornar a norma que o disciplina expressamente (CCit., art. 1.440) “*pleonástica (e, em suma, inútil)*”, dado que, na ausência da regra específica, bastaria conduzir a hipótese à regra geral do *neminem laedere*.¹⁰⁶ Assim, seria preciso ir além. Não se poderia ignorar, no sistema jurídico *atual*, a conexão funcional entre a figura e a incidência da boa-fé objetiva na fase pré-contratual. Seria inegável, em sua opinião, a correlação entre o dolo acidental (e o correspondente remédio indenizatório) com a norma que impõe às partes um dever de conduta nas negociações. Afinal, o dolo, enquanto atividade voltada a *enganar* a parte contrária no curso das tratativas, configura conduta evidentemente contrária à boa-fé objetiva.¹⁰⁷ É dizer: “*ele representa a antítese da boa-fé objetiva*”.¹⁰⁸

104 GALLO, Paolo. *Il contratto. cit.*, p. 314; PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. cit.*, p. 112.

105 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 20.

106 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, pp. 130-1 (trad. livre). Nesse sentido, a autora acrescenta que, no regime do CCit. de 1865, que não continha disposição específica sobre o dolo acidental, a doutrina fundamentava com tranquilidade a obrigação de indenizar, em caso de dolo acidental, na regra geral da resp. aquiliana (CCit. 1865, art. 1.151) (*Ibid.*). V., p. ex., TRABUCCHI, Alberto. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere. cit.*, p. 174. Sobre a natureza jurídica do dolo acidental, v. *infra*, n. 2.4.

107 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 22.

108 BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, 1963, p. 63 (trad. livre). No mesmo sentido, GRISI, Giuseppe. *L'obbligo precontrattuale di informazione*. Milano: Jovene, 1990, p. 296. Embora o dolo invalidante tb. implique violação à boa-fé objetiva (ou seja, não é um traço distintivo do dolo acidental), a proximidade entre o dolo acidental com a

Segundo Mantovani, esses “*laços de parentesco*” entre o dolo acidental e a boa-fé objetiva na fase de tratativas já eram reconhecidos pela doutrina italiana “*mais atenta*”, que conduzia a figura ao mesmo regime da culpa *in contrahendo*.¹⁰⁹⁻¹¹⁰ Contudo, recentemente, o dolo acidental teria sido alçado ao posto de “*fattispecie paradigmatica*” da convivência entre a validade do contrato e o remédio ressarcitório.¹¹¹ Atribuiu-se à figura o papel de *paradigma* para uma série de hipóteses em que a conduta desleal de uma das partes durante as negociações dá ensejo a um contrato – embora válido – danoso à liberdade negocial da contraparte.¹¹²

cic tem maior relevância, porque auxilia na compreensão da relevância jurídica das normas de conduta (em que ambos os institutos, dolo acidental e *cic*, se situam) a despeito da formação *válida* do contrato.

109 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*. cit., pp. 22-3 e 221 (trad. livre). V., p. ex., MENGONI, Luigi. Sulla natura della responsabilità precontrattuale. in *Rev. dir. comm.* v. II, 1956, p. 365, nota 1; BENATTI, Francesco. *La responsabilità precontrattuale*. cit., *passim*; MESSINEO, Francesco. *Il contratto in genere*. t. I, Milano: Giuffrè, 1973, p. 361; QUADRI, Enrico. *La rettifica del contratto*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 90; RAVAZZONI, Alberto. *La formazione del contratto*. t. II, Le regole di comportamento. Milano: Giuffrè, 1974, p. 35 (para quem a relação entre boa-fé objetiva e dolo acidental é óbvia). Mais recentemente, SAGNA, Alberto. *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 268; PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*. cit., pp. 111; FEDERICI, Italo. *Dolo incidente e regole di correttezza*. cit., p. 35; DALLA MASSARA, Tommaso. *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa*. cit., p. 309; CASTRONOVO, Carlo. Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della ‘chance’ perduta, in *Europa e dir. priv.* 2010, p. 4, nota 5 (refere-se à relação de genero-espécie entre o dolo acidental e a *cic*).

110 No mesmo sentido, no direito português, conduzindo a figura do dolo acidental ao regime da resp. pré-contratual (CCport., art. 227), v. PINTO MONTEIRO, António. *Erro e vinculação negocial: a propósito da aplicação do bem a fim diferente do declarado*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 23; MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do Direito Civil*. cit., p. 525, nota 722; MENEZES CORDEIRO, Antonio. Dolo na conclusão do negócio. Culpa in contrahendo. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de janeiro de 1993. in *Revista O Direito*, ano 25, n. 1-2, 1993, p. 174.

111 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*. cit., p. 18.

112 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*. cit., p. 25. Em outra passagem, a autora afirma que “*la ‘sintesi’ tra i due diversi ‘momenti’ viene poi limpidamente operata dall’art. 1.440 c.c.*” (*Id.*, p. 12). No mesmo sentido, DALLA MASSARA afirma que o dolo está numa *posição privilegiada* para o recorte conceitual entre as normas de validade e de resp. (*L’impiego dell’azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa*. cit., pp. 312 e ss.); PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*. cit., p. 113; SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. cit., 3° ed., t. 2, p. 259; CASTRONOVO, Carlo. *Vaga culpa in contrahendo*. cit., p. 3.

Não parece haver divergência na doutrina italiana sobre o caráter *singular* do dolo acidental, sobretudo em razão de sua posição “geográfica” no Código Civil daquele país. Assim como no direito brasileiro, a norma se situa no interior do regime dos vícios de consentimento, mas contempla uma hipótese de perturbação da vontade que não dá ensejo ao remédio anulatório – ou seja, “*a norma nada a tem a ver com a categoria de invalidade negocial*”.¹¹³ Exprime, na verdade, uma regra de conduta, de conteúdo ressarcitório.¹¹⁴ É a única regra no regime dos vícios que prevê *expressamente* o direito à indenização em caso de contrato *validamente* concluído. Daí a unanimidade quanto ao seu caráter singular.¹¹⁵

Há, contudo, controvérsia quanto ao caráter *excepcional* da regra subjacente ao dolo acidental: o acesso ao remédio ressarcitório pela ilicitude *in contrahendo* a despeito da validade do contrato. Novamente, e em coerência com a posição exposta acima, D’Amico se coloca como o principal¹¹⁶ expoente da corrente que vê o dolo acidental como mera *exceção*.

Segundo o autor, não seria possível extrair do dolo acidental uma conclusão de caráter geral a respeito da coexistência entre a validade do contrato

113 MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 127 (trad. livre).

114 DALLA MASSARA, Tommaso. *L’impiego dell’azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa. cit.*, p. 310; *Id.* Dolo incidente: quantum risarcitorio e natura della responsabilità. in *Estratto dalla giurisprudenza italiana*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 2000, p. 3. V. tb. CASTRONOVO, Carlo. *Vaga culpa in contrahendo. cit.*, p. 4, nota 5.

115 DALLA MASSARA, Tommaso. *L’impiego dell’azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa. cit.*, p. 315; V., p. ex., MENGONI, Luigi. ‘Metus causam dans’ e ‘metus incidens’. in *Riv. dir. comm.* v. I, 1952, p. 27; TURCO, Claudio. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale. cit.*, p. 701.; PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. cit.*, p. 95 e ss.; MANTOVANI, Manuela. “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. *cit.*, p. 128; FEDERICI, Italo. *Dolo incidente e regole di correttezza. cit.*, pp. 11-2. O dolo acidental tem a mesma singularidade no direito brasileiro. É a única norma do regime de vícios que “*só obriga à satisfação em perdas e danos*” (CC, art. 146).

116 MENGONI tb. vê o art. 1.440 do CCit. como *exceção* à regra geral do dolo invalidante, impassível de aplicação analógica (‘*Metus causam dans*’ e ‘*metus incidens*’. *cit.*, pp. 8 e ss.). Apesar disso, reconhece em outro texto que, se o ilícito pré-contratual fosse admitido apenas na hipótese dolosa, “*l’art. 1.337 segnerebbe una involuzione del nostro ordinamento verso l’originaria impostazione del diritto classico [...]*”. Aponta ainda que a suficiência da simples culpa para quebra da boa-fé *in contrahendo* é confirmada por outras normas do direito italiano (CCit., art. 1.338, 1.578(2), 1821(1)) (*Id.* *Sulla natura della responsabilità precontrattuale. cit.*, p. 362).

e a culpa *in contrahendo*. O dolo acidental seria resultado de uma *ficção legislativa* (a lei trata o dolo em determinados casos como se não tivesse sido determinante na formação da vontade do *deceptus*)¹¹⁷ criada em favor da conservação dos negócios jurídicos. Como se trata de uma exceção (houve dolo invalidante, mas, excepcionalmente, o ordenamento reage como se não tivesse havido), a regra não poderia ser estendida por analogia a outras hipóteses, porque tal extensão dependeria de expressa previsão legal.¹¹⁸

Não é por acaso, afirma o autor, que o dolo acidental é a única norma na disciplina dos vícios de vontade a prever expressamente o ressarcimento de danos. Isso se explica, na visão dele, porque a reparação de danos não tem função “complementar” à anulação do contrato, mas sim substitutiva. No caso do dolo acidental, a anulação seria um remédio excessivo (excedente ao escopo da tutela): na hipótese de dolo acidental, a indenização se manifestaria como *tutela suficiente* ao *deceptus*.¹¹⁹ Na ausência da previsão legal, o *deceptus* ainda correria o risco de renunciar – mesmo que tacitamente – à indenização por meio da convalidação do negócio (CCit., art. 1.444). Daí porque, nesses casos, o legislador teria entendido necessário prever expressamente o remédio indenizatório.¹²⁰

117 D'AMICO, Giovanni. “*Regole di validità*” e *principio di correttezza nella formazione del contratto*. cit., p. 117. MANTOVANI concorda com D'AMICO que o dolo acidental é, de fato, excepcional, por excluir o remédio anulatório “*pur in presenza di un fattore turbativo della volontà, che concretamente riunisce in sé tutti i requisiti del vizio determinante del consenso, ma che il legislatore considera come se no fosse tale*” (“*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio. cit., p. 130; realce no original). V. tb. MENGONI, Luigi. ‘*Metus causam dans*’ e ‘*metus incidens*’. cit., p. 8; MINNECI, Ugo. Struttura del dolo: contegno del *deceptus* e consenso del *deceptus*. in *Rivista di diritto civile*, v. XLV, 1999, p. 396.

118 D'AMICO, Giovanni. “*Regole di validità*” e *principio di correttezza nella formazione del contratto*. cit., pp. 115-8.

119 D'AMICO, Giovanni. “*Regole di validità*” e *principio di correttezza nella formazione del contratto*. cit., p. 119. Para exemplificar por que a tutela indenizatória seria suficiente na hipótese acidental, D'AMICO ilustra caso em que o lesado teria adquirido, por 120, um bem que valia 80. Nesse caso, explica, seria mais adequado à tutela do comprador não a anulação do contrato com a restituição integral do preço, mas a concessão do direito de obter a reparação do dano equivalente à diferença de preço (ou seja, 40) (*Id.*, nota 57). Sobre a quantificação da redução do preço em caso de dolo acidental, v. *infra*, n. 8.

120 D'AMICO, Giovanni. “*Regole di validità*” e *principio di correttezza nella formazione del contratto*. cit., p. 124. Contudo, admite em nota que o não exercício da ação anulatória não exclui o acesso à tutela indenizatória em caso de dolo (*Id.*, nota 67).

Novamente, a opinião de D'Amico é isolada.¹²¹ Como explica Federici, o dolo acidental só poderia ser considerado excepcional com base na visão tradicional (*rectius*: ultrapassada)¹²² do *princípio da não interferência* das normas de conduta sobre as de validade. Se a relação entre as normas de validade e de conduta é delineada a partir da lógica jurídica distinta por trás de cada juízo (de validade e de responsabilidade) e, portanto, reconhece-se relevância jurídica ao comportamento pré-contratual desleal, *independentemente* de qualquer avaliação sobre a validade do contrato, a excepcionalidade da norma “*inevitavelmente evapora, resultando a disposição mera aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil pré-contratual*”.¹²³

Guido e Salvatore Patti também entendem injustificado atribuir ao dolo acidental caráter excepcional. Na visão deles, diante de uma perturbação da vontade distinta da subjacente ao dolo-vício, a lei apenas previu uma disciplina diferente da que regula a hipótese-vício. “*Dito de outro modo, o legislador, diante de fattispecies não coincidentes, previu regras distintas*”. Assim, não se trataria de um vício de vontade disciplinado de modo excepcional pela lei (tese de D'Amico), mas mera aplicação da norma contida no art. 1.337 do CCit, sancionando a conduta desleal na fase de tratativas que não preenche os requisitos do dolo invalidante.¹²⁴

121 Contra a opinião de D'AMICO sobre o caráter excepcional do dolo acidental à luz do direito português, v. SILVA, Eva Sónia Moreira da. *As relações entre a responsabilidade pré-contratual por informações e os vícios da vontade (erro e dolo)*. cit., p. 88.

122 Cf. o próprio FEDERICI, a impositação tradicional de que o contrato é válido e, enquanto tal, tb. justo (i.e., absorvendo qualquer perturbação antecedente), fica “*definitivamente superata*” a partir da tutela ressarcitória prevista no caso do dolo acidental (*Dolo incidente e regole di correttezza*. cit., p. 189).

123 FEDERICI, Italo. *Dolo incidente e regole di correttezza*. cit., p. 108 (trad. livre). Nesse sentido, o autor admite a possibilidade de ressarcimento do dano pré-contratual em caso de coação incidental não por aplicação analógica da hipótese dolosa, mas por incidência da boa-fé objetiva (CCit., art. 1.337), lida em conjunto com a regra geral do *neminem laedere* (CCit., art. 2.043) (*Id.*, p. 48).

124 PATTI, Guido; PATTI, Salvatore. *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*. cit., p. 117 (trad. livre). No mesmo sentido; QUADRI, Enrico. *La rettifica del contratto*. cit., p. 85 (“*norma ad hoc como quella prevista in tema di dolo incidente (art. 1.440), la cui inserzione nel codice, ben lungi dall'essere rimedio eccezionale, costituisce la specificazione di un principio generale da tempo individuato dalla dottrina*”; realce nosso); V. tb. SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. t. I, cit., p. 573; FRANZONI, Massimo. La responsabilità precontrattuale è, dunque “contrattuale”? in *Contratto e impresa*. v. 29, n. 2, 2013, p. 284.

Transpondo essa discussão para o direito brasileiro, parece-nos que, em nosso sistema, o dolo acidental também não representa exceção. De fato, embora *singular*, a figura não nos parece constituir hipótese *exclusiva* de responsabilidade em contratos válidos por perturbações na fase pré-contratual. Ao lado dela, está justamente a violação *culposa*¹²⁵ dos deveres pré-contratuais impostos pela boa-fé objetiva – hipótese que será objeto de estudo detalhado adiante. Nesse sentido, refutando o argumento de D’Amico (que seria igualmente arguível entre nós, dada a similitude entre os sistemas brasileiro e italiano nesse aspecto), não se pretende estender a regra do dolo acidental por *analogia* a outras hipóteses. Não é disso que se trata: há regra expressa a disciplinar ambas as hipóteses – no direito brasileiro, os arts. 146 e 422 do Código Civil.

Nesse sentido, o dolo acidental exerce o papel *emblemático* de jogar luz sobre a possibilidade de a parte lesada na fase pré-contratual exigir a reparação dos danos *in contrahendo* a despeito da validade do contrato – como visto, a irrelevância da validade do contrato é mero resultado da autonomia efetivamente recíproca entre as normas de validade e de conduta, que operam em planos distintos. Restringir a reparação do dano pré-contratual nos contratos válidos apenas à hipótese de dolo acidental seria esvaziar a incidência da boa-fé objetiva na fase de tratativas: uma vez que o contrato fosse concluído, eventuais descumprimentos aos deveres pré-contratuais conduta estariam automaticamente “neutralizados”. Essa interpretação nos parece *contra legem*, já que contrária ao padrão de comportamento exigido pelo legislador durante as negociações.

Note-se, contudo, que, ao contrário da doutrina italiana acima mencionada, não nos parece haver uma perfeita sobreposição (ou uma relação de

125 Dado o caráter *negocial* dos deveres de conduta oriundos da boa-fé objetiva (sobre a natureza negocial da hipótese de *cic* objeto da tese, v. *infra*, n. 3.4), entende-se que a quebra desses deveres implica, *per se*, culpa – *i.e.*, não se prescinde do requisito da culpa, apenas se *presume* que o incumprimento é culposos, cabendo ao lesante provar o contrário (v. *infra*, n. 4.2). Nesse sentido, MARTINS-COSTA afirma ser errônea a parte final do Enunciado n. 24 da I Jornada de Direito Civil (“*Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa*”; realce nosso), porque “*consabidamente, na responsabilidade contratual, a violação imputável de deveres jurídicos caracteriza a culpa contratual*” (*A boa-fé no direito privado. cit.*, § 17(5)).