

**ANOTAÇÕES
INTRODUTÓRIAS
SOBRE A *CULPA IN
CONTRAHENDO*
NO ESTUDO DA
RESPONSABILIDA-
DE CIVIL NO
DIREITO ALEMÃO**
INTRODUCTORY NOTES
ON *CULPA IN
CONTRAHENDO* IN THE
STUDY OF CIVIL
LIABILITY IN
GERMAN LAW

*Paul Hugo Weberbauer*¹

Resumo

O artigo objetiva dar uma visão de conjunto sobre a *culpa in contrahendo* na doutrina alemã, através do estudo do Código Civil alemão e da doutrina correspondente. Procura o estudo traçar uma comparação entre este instituto nos direitos alemão e brasileiro, para analisar a compatibilidade de aplicação dos requisitos da responsabilidade civil decorrente dele nestes ordenamentos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Alemanha. Brasil. *Culpa in contrahendo*.

Abstract

The article aims to give an overview of the culpa in contrahendo in German doctrine through the study of the German Civil Code and corresponding doctrine. Search the study to draw a comparison between this institute in German and Brazilian law to analyze the compatibility of implementing the requirements of civil liability in these jurisdictions.

Keywords: Civil liability. German. Brazil. Culpa in contrahendo.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2002 encerrou-se a mais recente reforma do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB - Código Civil alemão), qual nas palavras de António Menezes Cordeiro pode ser considerada como uma das grandes novidades legislativas e civilísticas dos últimos cem anos (CORDEIRO, 2012).

A Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (SMG - Lei de modernização do Direito das Obrigações) veio para atualizar e adaptar uma legislação cuja redação era de 1896, ou seja, a SMG foi o resultado de um trabalho que tinha como tarefa não só analisar as principais inovações no campo do Direito nacional e nas

¹ Professor da UFPE. Doutor em Direito.

relações do dia-a-dia do cidadão alemão nos últimos cem anos, como também adequar essas situações as normas oriundas da realidade internacional a qual a Alemanha estava inserida.

Para ter uma visualização dessa tarefa, pode-se dividir a atualização da SMG em quatro grupos²: (1) incorporação das normas comunitárias e internacionais; (2) a incorporação de conceitos da doutrina e consolidados na jurisprudência; (3) na inserção de regras próprias para determinadas relações de consumo; e (4) Modificação na linguagem legislativa.

O primeiro grupo consiste na necessidade que o Direito privado alemão tinha de incorporar as normas comunitárias e internacionais, incorporação que pode ser visualizada da melhor forma por via da influência da Convenção a ONU sobre compra e venda de mercadorias de 1980 (sigla em inglês, CSIG) e as diretivas

normativas da União Europeia.

A influência da CSIG perpassa a própria SMG, pois ela já se apresenta na própria concepção da necessidade de adaptação do BGB à nova realidade internacional em que a Alemanha se inseria já no fim do século XX, podendo ser considerada uma das determinantes para o início do processo de reforma da qual a SMG foi resultado. Tanto que serviu de modelo de regulamentação a ser seguido nos assuntos referentes à compra e venda, à prestação de serviços e à prescrição nas primeiras comissões de reforma do BGB no período de 1984-1991 (DAUNER-LIEB, 2003, p.1).

Por sua vez, a influência das Diretivas Normativas da União Europeia começa no ano de 1999 com a promulgação a Diretiva 44 - Diretrizes relativas às vendas ao Consumidor (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie) da União Europeia, a qual estabelecia o prazo até 1º de janeiro de 2002 para que os Estados membros incorporassem a mesma em seus Direitos nacionais. Essa diretiva

² O artigo segue a divisão utilizada pelo o sítio em alemão www.juraforum.de/lexikon/schuldr_echtreform.

acabou determinando o prazo final para que toda a reforma até então em andamento viesse a ser encerrada e suas alterações inseridas no BGB. De 1999 a 2002 incorporou-se também as Diretivas 35/2000 - Combate a mora nas transações comerciais (*Zahlungsverzugsrichtlinie*) e a 31/2000 - Diretiva sobre comércio eletrônico (*E-commerce-Richtlinie*), no o texto final da SMG (*Idem*).

O segundo grupo, corresponde a incorporação das inovações doutrinárias consolidadas na prática jurídica alemão neste período de cem anos. Em resumo, a SMG deu base legislativa aos institutos da violação positiva do contrato (*positive Vertragsverletzung*), da culpa in contrahendo, a frustração da situação contratual (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), da garantia dependente (*Unselbständige Garantie*) e da rescisão extraordinária por motivo relevante das obrigações contínuas (*Außerordentliche Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund*).

O terceiro grupo consistindo na incorporação de re-

gulamentações específicas para determinados tipos de relação envolvendo consumo, isto é, o BGB incorporou ao seu livro de obrigações o que era regulado por leis específicas, podendo-se destacar a incorporação das condições gerais do negócio (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) e a lei de crédito ao consumidor (*Verbraucherkreditgesetz*). Grupo que pode ser considerado um dos motivos pela não existência no Direito alemão de um Código do Consumidor, uma vez que muitas regras referentes ao consumo acabaram por ser incorporado ao Direito obrigacional como um todo.

E, por fim, o quarto e último grupo consistindo na alteração de algumas terminologias existentes no BGB, mas que caíram em desuso ou assumiram outra conotação na prática, como por exemplo a troca da expressão “Reparação por não cumprimento” (*Schadenersatz wegen Nichterfüllung*) por Reparação invés do cumprimento (*Schadenersatz statt der Leistung*).

Neste contexto, o presente estudo procura oferecer uma breve introdução ao insti-

tuto da culpa in contrahendo (c.i.c.), a qual é uma das inovações na área de responsabilidade civil trazidas pela SMG de 2002 no Direito alemão, para contribuir ao debate sobre a responsabilidade civil pré-contratual.

Para deixar claro, a finalidade do presente artigo é de uma introdução sucinta desta peculiaridade do Direito Civil alemão, atendo-se à analisar os principais pontos que nele existem e suas regras mais gerais, isto significa que estão excluídas da presente análise as implicações da c.i.c. perante terceiros, assim como sua implicação perante os incapazes que contratam e também não se abordará as inúmeras especialidades que a c.i.c. no vasto campo da responsabilidade civil em obrigações específicas, temas que devido a sua complexidade fogem ao caráter introdutório e demandariam mais que um simples artigo para serem analisados devidamente.

Para atingir esse objetivo, o estudo começa com as raízes históricas e conceituais da c.i.c., para então analisar seu funcionamento no ordenamento

jurídico alemão, em especial na análise do §311 do BGB e, por fim, estabelecer seus principais requisitos de aplicação. Como se trata de um estudo introdutório, a metodologia se baseia na comparação dos diferentes artigos legislativos envolvidos, apoiado na comparação entre ambos e, quando possível, com recurso à analogia com o ordenamento jurídico brasileiro, quando esta se demonstrar oportuna.

No que tange à bibliografia, procura-se recorrer aos textos de fácil acesso na internet e por via da tradução mais adequada possível para os termos e expressões no idioma alemão, bem como fornecer a redação no idioma original para facilitar eventual pesquisa futura para os estudiosos da área.

A propósito das citações legislativas, todas as citações de artigos do BGB foram retiradas do documento em formato PDF disponível on-line em <http://delegibus.com/>, o qual não só apresenta o texto consolidado atual como também as diferentes redações que os dispositivos integrantes

do BGB sofreram nestes 116 anos de existência.

Por fim, importante ressaltar novamente que trata-se de um estudo introdutório e de forma a apresentar este instituto existente no Direito alemão aos estudiosos do Direito brasileiro, com a finalidade de oferecer os principais vetores no tema para guiar àqueles com maior interesse a aprofundarem seus estudos na doutrina alemã, pois com certeza trata-se de uma das áreas mais vivas do estudo da responsabilidade civil no Direito alemão.

2. A CULPA IN CONTRAHENDO NA DOCTRINA ALEMÃ, VISÃO GERAL

Muito diferente do que possa aparentar, o instituto da culpa in contrahendo não é uma criação recente na doutrina alemã, sua origem remonta antes mesmo da própria promulgação do BGB.

Em 1861, Rudolf von Jhering lança um estudo em que procura responder uma questão que até então o vinha incomodando: a parte que

comete um engano não seria responsável em reparar os danos causados por este engano a outra parte (JHERING, 1891, p. 2)?

Em síntese, a lição de von Jhering neste estudo pode ser resumida na análise dos três casos que ele descreve como sendo exemplos dessa questão, isto é, casos em que a concepções tradicionais de culpa e de erro não conseguem servir de base para regulamentar os custos causados pelo engano genuíno da parte.

O primeiro caso (*Idem*, p.4) trata de uma encomenda de 100 quilogramas de determinada mercadoria, porém na hora de enviar o pedido ao vendedor, o comprador escreve 100 gramas. Ao verificar que o peso da encomenda tem somente 100 gramas, o comprador recusa o recebimento. Ou, mais elaborado, um determinado correspondente de determina casa mercantil recebe a incumbência pelo Diretor de encomendar determinada mercadoria, mas engana-se na hora de escrever o nome da mesma, encomendando a mercadoria errada. Em ambos os casos, os con-

tratos são nulos por não haver consenso sobre o objeto, porém quem arca com os custos de transporte e embalagem?

O segundo caso (*Idem*, p.5) trata do pedido de um amigo para outro, de realizar uma encomenda de 1/4 (um quarto) da caixa de determinado cigarro, na cidade para onde o amigo está viajando. Ocorre porém que esse amigo que viaja e vai ajudar o outro realizando a encomenda, incorre em engano e invés de 1/4 (um quarto) acaba encomendando 4 (quatro) caixas do determinado cigarro. Diante disso, ocorre recusa de recebimento da mercadoria. Neste contexto, quem arcaria com os custos de envio e embalagem do vendedor de cigarros? O amigo que errou ao encomendar a quantidade errada ou o que recusou o recebimento da mercadoria?

O terceiro caso (*Idem*, p.6-7), trata-se da venda em nome próprio de determinados papéis públicos por via de um despacho telegráfico pela casa mercante X de Colônia para o banco Z em Frankfurt. Ocorre que durante a transmissão do telegrama invés de estar es-

crito venda (*Verkauf*) acaba se lendo compra (*Kauf*), e o banco Z acaba invés de vender, comprando os determinados papéis em nome próprio, gerando um prejuízo de trinta mil francos pela mudança na cotação dos papéis. Nesse caso, poderia o Banco Z exigir reparação da casa mercante X?

Nos três casos, esclarece von Jhering que não houve um contrato, pois não houve consenso quanto a quantidade da mercadoria, porém, ao mesmo tempo, não havia os requisitos necessários de culpa para configurar uma responsabilidade extracontratual, afastando assim a *actio Legis Aquilae* (ação aquiliana), enquanto que uma eventual ação contra o amigo que fez a encomenda em engano não estaria sujeito ao remédio específico por ausência de dolo (a *Actio Doli*)³.

³ Tratava-se de uma ação criada pelo jurista Aquilio Gallo em que o pretor anulava os efeitos do negócio jurídico já executado e tinha objetivo em compelir o réu que agiu com dolo a devolver a coisa ou indenizar a vítima pelos danos cau-

Diante destas constatações, von Jhering chega a conclusão de que neles reside uma forma ainda não estudada de culpa nas relações obrigacionais, essa nova modalidade de culpa denominado de culpa in contrahendo. Ou como o mesmo explica:

Eu busquei me conscientizar da diferença da noção de culpa que estes três casos me transmitiam dos demais casos. Era claro para mim que um erro de escrita, uma notícia transmitida de forma equivocada ou um despacho equivocado dificilmente demandariam uma reparação de dano. Alguém, que por desleixo comete um equívoco ao fornecer uma notícia importante, seja ela sobre as novas cotações ou uma decisão política influente, deva responder pelas consequências de sua culpa - para mim não trouxe nenhuma novidade ou a menor sensação de dúvida, diferente dos três casos que mencionei anteriormente, em que meu senti-

mento inclinava pela responsabilização também.

Mas onde reside a diferença de fato entre esses casos? Nos últimos a culpa ocorre no momento em que existe a intenção em se adentrar numa relação contratual, uma das partes é acometida de dano no momento em que acorda o contrato com o outro proponente e por motivos externos ao contrato formado. Com isso acredito ter ganho o campo em que a nossa culpa surge, a saber a culpa pela formação do Contrato: a culpa in contrahendo (JHERING, 1891, p.7)⁴.

⁴ Tradução livre de: "Ich suchte zu dem Zweck, mir das Eigenthümliche der bisher mitgetheilten drei Fälle der culpa im Gegensatz zu sonstigen Fällen derselben zum Bewusstsein zu bringen. Dass ein Schreibfehler, ein falsch bestellte Botschaft oder Depesche im aussercontractlichen Verkehr nicht schlechthin eine Verbindlichkeit zum Schadensersatz erzeuge, war klar. Jemand, der aus Gefälligkeit die neusten Course oder irgend eine auf letztere influirende wichtige politische Nachricht mittheilt und sich dabei versieht, für die Folgen seiner culpa verantwortlich zu machen - dafür erhob sich auch nicht die leiseste Regung in mir, während sich

sados, conforme José Carlos Moreira Alves (2007, p.184-185)

Destarte, já no século XIX existia na doutrina alemã a constatação de que existiam casos do dia-a-dia que não se enquadravam nas previsões e regulamentos romanos, e foi sobre essa ideia de culpa in contrahendo que se desenvolveu o instituto incorporado ao BGB pela SMG, naturalmente que sua concepção hoje não se resume a concepção escrita por von Jhering.

Atualmente, a concepção de culpa in contrahendo se expressa numa forma mais ampla como bem evidencia seu sinônimo em alemão: a culpa na negociação contratual

umgekehrt in den obigen drei Fällen mein Gefühl ebenso entschieden für die Haftbarkeit aussprach. Worin liegt der Unterschied in der factischen Gestaltung der Fällen? Bei letzterem wird die culpa begangen bei Gelegenheit eines intendierten Contractsverhältnisses, der eine Theil ist dadurch in Schaden gerathen, dass er einen ihm von andern proponierten und dem äussern Hergang nach zu Stande gekommenen Vertrag ausführte. Damit hatte ich eine feste Abgrenzung des Gebiets unserer culpa gewonnen, nämlich die der culpa bei Abschluss von Contracten: culpa in contrahendo”.

(Verschulden bei Vertragsverhandlungen).

A culpa in contrahendo (c.i.c.) se apresenta como um dos mais importantes institutos do Direito Civil alemão. Os ensinamentos de Rudolf von Jhering sobre a c.i.c. se desenvolveram com o passar do tempo no ensino e na prática jurídica. A c.i.c. se assenta na crença de que é a partir do início do contrato e dos próprios contatos pré-negociais entre as partes existem deveres de diligência e consideração entre as partes, quais são influenciadas pelas situações normais de fato e que sua infração por culpa podem gerar o dever de reparar o dano causado. A fundamentação jurídica desta modalidade de deveres de conduta, quais se inserem às partes envolvidas numa obrigação em formação (§311 (2)), remontam ao princípio fundamental de que entre as partes existe uma relação de confiança, a qual aquele que lesiona a outra parte frustra. Este é o motivo de se considerar essa modalidade de responsabilidade como fator de reconhecimento

da existência de uma relação de confiança no campo das relações negociais jurídicas (MUSIELAK, 2005, p.256.)⁵.

Assim, a culpa in contrahendo pode ser definida como uma ferramenta de origem na

⁵ Tradução livre de: “Die culpa in contrahendo (c.i.c.) stellt ein wichtiges Rechtsinstitut des deutschen Zivilrechts dar. Die von Rudolf von Jhering begründete Lehre von der c.i.c. ist im Laufe der Zeit von der Rechtslehre und Rechtsprechung weiterentwickelt worden. Die c.i.c. beruht auf dem Gedanken, dass bereits die tatsächliche Anbahnung von Vertragsbeziehungen und der sie vorbereitende geschäftliche Kontakt zwischen den Beteiligten Sorgfalts- und Rücksichtspflichten schaffen, die gegenüber dem Normalfall erhöht sind und deren schuldhaft Verletzung schadensersatzpflichtig machen kann. Die Rechtfertigung für derartige Verhaltenspflichten, die einem zwischen den Beteiligten bestehende Schuldverhältnis zuzuordnen sind (§311 Abs.2), lässt sich auf den allgemeinen Grundsatz zurückführen, dass der Geschädigte dem Schädiger berechtigtes Vertrauen entgegenbrachte, das dieser enttäuscht hat. Als Grund für die Haftung ist also die Schaffung eines Vertrauensstatbestandes im rechtsgeschäftlichen Bereich anzusehen”.

jurisprudência que alarga a aplicação das disposições referentes à responsabilidade civil contratual, para aqueles casos em que não a responsabilidade delitual se encontra omissa - exemplo maior disso são os contratos que não admitem exculpação (ZITSCHER, 1999 p.107.).

3. O §311 DO BGB

Na esfera legislativa, o estudo concentra sua análise no dispositivo pelo qual a SMG incorporou a c.i.c. no BGB, que é o parte 2 e 3 do §311, considerado como a âncora legal do instituto na nova face do Direito das Obrigações alemão.

A título de curiosidade histórica e para visualizar melhor o impacto promovido no Direito das Obrigações por via da SMG, o §311 BGB passou nessa sua existência centenária por três redações distintas: a original de 1896, a de 1970 e a atual de 2002⁶.

⁶ As diferentes redações do BGB como um todo estão disponíveis na internet, sendo utilizada a encontra-

Em sua redação original de 1896, lia-se: “§311. Um contrato, pelo qual uma parte se compromete a transferir todo ou parte de seus bens , ou encarrega-los de usufruto, demanda certificação notarial ou judicial⁷”. Há de se notar o requisito formal necessário da certificação por tabelião ou juiz para o estabelecimento de um contrato.

Na redação de 1970, o legislador amenizou o requisito formal removendo a certificação judicial e mantendo somente a necessidade de certificação notarial, desde então a redação era: “§311. Um contrato, pelo qual uma parte compromete a transferir todos ou parte de seus bens, ou encarrega-los de usufruto, necessita de certificação notarial⁸”.

da em formato PDF em <http://delegibus.com/2008,2.pdf>

⁷ Tradução do autor de “§ 311. Ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung”.

⁸ Tradução livre pelo autor de: “§311. Ein Vertrag, durch den sich

Aqui importante alertar que não se deve associar esse requisito até então estabelecido no §311 BGB pré-SMG com as regulamentações existentes no Direito brasileiro referente a aquisição da propriedade pelo Registro do Título (art.1245 do Código Civil brasileiro de 2002). O §311BGB estabelece uma regra geral para todas as obrigações derivadas de contratos, tanto que se insere no título com nome de “Obrigações oriundas de Contratos” (Schuldverhältnisse aus Verträgen), não se limitando somente a propriedade ou obrigações derivadas especificamente de Direitos Reais.

Neste período de 1896 a 2002, mesmo havendo uma atualização em 1970, existiu uma uniformidade na redação deste dispositivo, basicamente regulamentava um requisito formal para as obrigações contratuais. Porém, com a SMG

der eine Theil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, bedarf der notariellen Beurkundung”.

de 2002 o dispositivo sofreu uma alteração radical em sua redação:

§311. Negócios jurídicos e obrigações similares a negócios jurídicos. (1) Para criar uma obrigação por um negócio jurídico, assim como para modificar-lhe seu conteúdo, necessita-se de um contrato entre as partes envolvidas, na medida que a lei não prescreva de forma diferente.

(2) Uma obrigação com deveres conforme o §241 parte 2 também se constitui a partir

1. do início das negociações contratuais,

2. do início de um contrato no qual uma parte, tendo em vista uma potencial relação contratual, confere a outra parte a possibilidade de interferir em seus direitos, interesses legais ou outros, ou confia os mesmos a ela;

3. de contatos negociais similares.

(3) Uma obrigação com deveres submetidos ao §241(2) também pode vir a existir em relação a terceiros quais não figuram como parte no contrato. Essa obrigação existe, em particular, quando o tercei-

ro, por manifestar ser depositário de um alto grau de confiança, influência de forma substancial na negociações pré-contratuais ou por se inserir no contrato⁹.

⁹ Tradução livre pelo autor de: “§ 311. Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse. (1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3. ähnliche geschäftliche Kontakte. (3) [1] Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. [2] Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen

A nova redação confere uma melhor forma de regulamentar as obrigações derivadas de contrato, especialmente ao inserir regras complementares referentes a responsabilidade civil contratual por via da positivação da c.i.c. na parte 2 e 3 §311 BGB.

Mas além de positivar a c.i.c., a nova redação estabelece duas realidades legislativas para este instituto: a primeira decorrente do vínculo com o §241 BGB e a segunda ao assentar sua aplicação também em relação aos terceiros na obrigação contratual.

Ao vincular a c.i.c. a parte 2 do §241 BGB, o legislador incorporou o entendimento doutrinário de que este instituto é aplicável não só as obrigações contratuais, mas sim a um campo específico de obrigações especiais que derivam de qualquer obrigação jurídica. Trata-se de um instituto da Teoria geral das obrigações e não da Teoria geral dos contratos.

oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst.

A inserção da Culpa nas negociações contratuais no Direito das obrigações deve também ser observada aqui. Por isso me limito a somente fazer uma breve análise de seu contexto com a teoria geral dos contratos: Toda “culpa” em uma negociação contratual estabelece deveres, cuja infração determinam a busca por um culpado. Esses deveres regulamentam, o que se pode ou não fazer durante as negociações contratuais (vide o agora §241 II) – (MEDICUS, 2010, p.185.)¹⁰.

Ou seja, a redação da parte 2 do §311 BGB enseja nu-

¹⁰ Tradução livre pelo autor de: “Die Einordnung des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen ins Schuldrecht soll auch hier beachtet werden. Deshalb geht es mir an dieser Stelle nur darum, kurz den Zusammenhang zum allgemeinen Vertragsrecht aufzuzeigen: Jedes “Verschulden” bei Vertragsverhandlungen setzt Pflichten voraus, deren Verletzung dann erst de Anlass zu der Frage nach einem Verschulden gibt. Diese Pflichten regeln, was man bei Vertrasverhandlungen tun und unterlassen muss (vgl. jetzt §241 II)”.

ma interpretação extensiva da c.i.c., já que seu âmbito de incidência não é necessariamente o campo da obrigação contratual, mas sim um campo específico de obrigações derivadas do processo de formação das obrigações contratuais. Numa analogia ao Direito Brasileiro, poderia-se, mesmo que de modo temerário, afirmar que este instituto é serve de instrumento regulador dos deveres acessórios oriundos da boa-fé objetiva no campo obrigacional.

O outro ponto a destacar na análise do §311BGB é também a positivação da aplicação da c.i.c. à terceiros na obrigação contratual, isto significa, em brevíssimo resumo, que até mesmo os terceiros que se envolvam não só na própria obrigação contratual, como também no próprio processo de negociação/formação do contrato estão sujeitos aos deveres derivados impostos por este instituto.

Por curiosidade, a vinculação do terceiro conforme a previsão da parte 3 do §311 BGB pode ser exemplificada: (1) na existência de um nível

profundo de confiança pessoal entre o terceiro e os envolvidos nas negociações; (2) nas relações entre gerente e acionistas em S.A.; e (3) nos casos de “quase-vendedores”, como o vendedor de carros em concessionárias, o qual na realidade é um intermediário entre o comprador e a fábrica de automóveis (PALLANDT, 2009 p.481).

Encerrando a breve análise sobre o principal dispositivo legal da c.i.c., pode-se afirmar que o §311 BGB é o dispositivo que confere forma legislativa ao instituto, mas não encerra sua incidência na sistemática legislativa, já que a dinâmica deste instituto percorre praticamente todos os campos da responsabilidade civil em que surgem problemas envolvendo essa categoria especial de deveres.

4. OS REQUISITOS DE APLICAÇÃO DA C.I.C.: AS EINZELNE PFLICHTEN

O último ponto a ser abordado neste pequeno estudo introdutório à c.i.c. são seus requisitos de aplicação,

com mais destaque a figura dos Einzelne Pflichten (deveres individualizados) que compõem os Verhaltenspflichten (deveres de conduta) nas negociações contratuais

De plano é importante salientar que a c.i.c. não é fundamento per si para pleitear o cumprimento de uma obrigação, isto é, ela existe para evitar a frustração da relação de confiança entre os partes em negociação, mas ela não é fundamento per si para um pleito de não cumprimento da obrigação.

Porem é evidente que estes deveres não podem ser por si só objeto de pleito de não-cumprimento. Pois o estas existem para impedir que se frustre a relação de confiança entre as partes; em especial, por exemplo, a prestação de determinadas informações em tempo hábil e de forma integral.. Tipicamente, a parte não informada não pode demandar a obrigação sob fundamento de não cumprimento, pois no caso a parte desinformada não saberia nem se a informação era relevante para a negociação.

Apesar de, em regra, os deveres primários serem praticamente não demandáveis (demandáveis são os danos oriundos de lesão de uma obrigação), estes acabam que por estabelecer um Código de Conduta para negociações contratuais (MEDICUS, 2010, p. 186)¹¹.

De forma mais simples, em regra, o fundamento legal para a ação de reparação de danos oriundos de responsabilidade civil contratual será a

¹¹ Tradução livre pelo autor: “Zwar kann aus diesen Pflichten wenigstens überwiegend nicht auf Erfüllung geklagt werden. Denn diese sollen meist verhindern, dass ein Vertrauen des Verhandlungspartners enttäuscht wird; insbesondere müssen z.B. bestimmte Informationen rechtzeitig und vollständig gegeben werden. Typisch ist also der nicht aufgeklärte Partner, und der kann schon deshalb nicht auf Erfüllung klagen, weil er gar nicht weiss, dass er die Information nötig hat. Obwohl also regelmässig die Primärpflichten praktisch unklagbar sind (geklagt werden kann nur bei schuldhafter Verletzung auf Schadenersatz), ergeben diese insgesamt doch so etwas wie einen Kodex des richtigen Verhaltens bei Vertragsverhandlungen”.

regra geral do §280 BGB, dispositivo que regulamenta a reparação de dano em geral, cominado com a previsão do §311 BGB quando existir a incidência da c.i.c. - nunca tão somente o §311BGB sozinho, pois este não configura como sendo uma obrigação de cumprimento obrigacional primária (MUSIELAK, 2005, p.257).

Na esteira desta sistemática, a doutrina alemã aponta como sendo requisitos para a incidência da c.i.c os seguintes fatores:

a existência de uma negociação jurídica conforme o §311 II e III BGB;

a violação de um dever;

a culpa de um dos envolvidos; e

o acontecimento de um dano a outra parte por causa dessa violação de dever¹²

Destaque-se que esses requisitos são somente os mais gerais existentes, uma vez que conforme a natureza do dano

provocado e do dever violado, podem incidir requisitos específicos, os quais a análise fogem do presente estudo.

O que se pode considerar mais importante neste estudo dos requisitos da c.i.c. são na verdade os deveres individualizados (*Einzelne Pflichten*) que compõe a concepção dos Deveres de conduta (*Verhaltenspflichten*).

Os deveres de conduta são, geralmente, divididos em três grupos (*Fallgruppen*), que são: (1) Dever de proteção e solidariedade para com a vida, a saúde e da propriedade do outro; (2) Dever de informação, sugestão e esclarecimento; e (3) Deveres de prevenção de dano decorrente do término das negociações.

O primeiro grupo determina que consistem deveres de conduta entre as partes o resguardo da integridade física e patrimonial dos envolvidos na negociação, tendo como exemplo mais comum a dani-ficação do veículo pelo potencial comprador durante um *testdrive* (MUSIELAK, 2005, p.258).

Esses deveres de conduta se assemelham em muito com

¹² A presente lista de requisitos foi elaborada com base nas informações do [sítio http://www.juraforum.de/lexikon/culpa-in-contrahendo](http://www.juraforum.de/lexikon/culpa-in-contrahendo)

os deveres de proteção (Schutzpflichten) existentes na responsabilidade civil extracontratual, sendo sua adoção mais uma forma de alargar a responsabilidade via c.i.c. para eventuais omissões no campo da responsabilidade delitual, a ponto de que sua utilização só ocorre se a deficiência não ser suprida pelos próprios institutos da responsabilidade extracontratual (delitual) – (MEDICUS, 2010, p.186).

O segundo grupo de deveres de conduta se referem à prestação de informação, sugestão e esclarecimento, ou também denominado de deveres para prevenção de celebração de contratos prejudiciais.

O destaque inicial, é que nenhum desses deveres obriga a uma parte oferecer informação total ou completa dos riscos e conseqüências do negócio jurídico em que se insere, portanto não se deve confundir essas obrigações referentes a prestar informações básicas e essenciais, com eventual direito de consultoria sobre o contrato a ser firmado (MUSIELAK, 2005, p.258).

O outro destaque é o estudo da delimitação entre a

fraude (Täuschung - §123 BGB), a responsabilidade por defeitos (§§433ss. do BGB) e a simples informação equivocada, considerados pela doutrina como sendo os três problemas principais envolvendo este grupo de deveres de conduta negociais (MEDICUS, 2010, p.187).

E por fim, o último grupo associado aos deveres de conduta na negociação são os referentes a prevenção de danos por terminação das negociações contratuais, cuja finalidade é prevenir prejuízos para as partes envolvidas nas negociações que acabam fracassando sem motivação razoável. Em termos de c.i.c. é a garantia de que todos os custos e eventuais prejuízos (danos) que uma parte incorreu por motivação daquela negociação serão restituídos pela parte que frustrou a mesma.

Ressalte-se que a responsabilidade derivada da c.i.c. com fundamento neste grupo de deveres de conduta possui uma limitação importante: ela não pode sobrepujar os requisitos formais que a lei eventualmente prescreva para determinada relação contratual. Isto

significa que se a lei determina uma forma para as negociações e sua condução, a responsabilidade derivada da c.i.c. não substituí ou altera essa formalidade. Como explica Hans-Joachim Musielak, a responsabilidade derivada da aplicação da c.i.c. não pode servir de instrumento de coação indireto para forçar a outra parte a concluir o contrato, pois isso chocaria com a função prescrita por lei de determinadas formas escritas (*Formvorschriften die einer Warnfunktion dienen*) – (MUSIELAK, 2005, p.261-262).

Evidentemente, esses estudos referentes aos deveres de conduta oriundos do instituto da c.i.c. tem maiores implicações e maiores ramificações, restando aqui somente delimitados os principais destaques sobre o tema.

5. CONCLUSÃO

A principal conclusão do presente artigo é a de que o instituto da culpa in contrahendo no Direito alemão é um campo fecundo de debates e uma demonstração clara de que a responsabilidade civil

contratual é um dos temas mais fascinantes na teoria geral das obrigações, trata-se de um instituto nascido no estudo acadêmicos do Direito e em contínuo desenvolvimento mesmo depois de mais de um século das lições que serviram para sua base, que hoje integra o sistema legislativo civil alemão.

Também conclui-se que não se deve associar este instituto com eventuais análogos no Direito brasileiro, destacando-se aqui a concepção do princípio da boa-fé objetiva, nem tampouco reduzir a c.i.c. como sendo uma simples idéia de responsabilidade pré-contratual, sem realizar as devidas e pertinentes delimitações que tal associação demanda.

A c.i.c. é resultado da concepção no Direito alemão de que entre o campo de regulamentação da responsabilidade civil extracontratual e o campo da responsabilidade civil contratual, existe uma área de incidência peculiar que não se confunde nem com um campo, nem com outro campo.

Trata-se da constatação de que existe uma categoria a parte no Direito das Obrigações que se orientam não no objeto da obrigação e nem na própria natureza da obrigação, mas sim na conduta das partes.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- CORDEIRO, António Menezes. “A modernização do Direito das Obrigações”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Portugal, disponível on-line em www.oa.pt/conteudos/artigos/detalhe_argito.aspx?idc=31559&idsc=13744&ida=13767, acessado em 7 de outubro de 2012.
- DAUNER-LIEB, Barbara. *Einführung. In: Deutsche Anwaltsauskunft . BGB - neuste fassung*, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 2003.
- JHERING, Rudof von. *Culpa in contrahendo oder schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten verträgen*, Max Planck Digitale Bibliothek, 1891, Disponível em <http://dlib-zs.mpiet.mpg.de/pdf/2084719/04/1861/20847190418610005.pdf>
- MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, 10 ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2010
- MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs BGB*, 9 ed., München, C.H.Beck, 2005.
- PALLANDT, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch*, 68 ed., München, C.H.Beck, 2009.
- ZITSCHER, Harriet. *Introdução ao direito civil alemão e inglês*, Belo Horizonte, Del Rey, 1999.