

A RESPONSABILIDADE PRÉ CONTRATUAL E O SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A ideia que permeia a responsabilidade civil é a possibilidade de alguém responder por algum dano que causou a outro, por ação ou omissão. Dessa premissa, Maria Helena Diniz conceituou a responsabilidade civil como sendo:

“[...] aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou ainda, de simples imposição legal.”¹

Inconteste que o ambiente da responsabilidade civil é rico, dinâmico e, por muitas vezes, tormentoso, em especial na pesquisa sobre determinado fato, e se este fato seria causa de ato ilícito ou de um dano injusto, portanto, se passível de reparação.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka ensina que a *“responsabilidade civil é tema muito caro a todos os cidadãos, pois é uma das máximas mais antigas e importantes do Direito aquela que diz que a ninguém é dado lesar o outro [...]”*²

Quando se cogita da responsabilidade civil, é justamente porque houve um dano que é objeto da tutela jurídica, surgindo, então, a responsabilidade com a sua função primordial, ou seja, a função reparatória, buscando trazer o lesado ao estado anterior mais próximo à ocorrência do dano.

Independentemente da espécie de responsabilidade civil, se contratual, extracontratual, se pautada pelas relações de consumo ou civis, se subjetiva

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.33.

² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Danos materiais na responsabilidade civil. In: Responsabilidade civil: aspectos gerais e temas contemporâneos. 1. ed. Org. Michel Canuto de Sena. Campo Grande: Contemplar, 2020. p. 433.

ou objetiva, o fato é que o Direito não tolera o dano sem a devida reparação.

A despeito, o foco central da nossa conversa é a responsabilidade civil pré-contratual, ou seja, quando pode ocorrer a responsabilidade pela reparação antes de concluído determinado contrato. A saber: na fase das tratativas, na fase preliminar. Enzo Roppo lembra que até se chegar à conclusão de um contrato, existe uma fase prévia de negociações até que, finalmente, os interessados selam o vínculo³.

Sabe-se que os contratos firmados devem ser cumpridos, vigorando entre outros princípios o da boa-fé objetiva, autonomia privada, *pacta sunt servanda* e função social dos contratos.

Assim, em caso de descumprimento do contrato e causação de dano, incidirá responsabilidade, dever de reparar.

A pergunta, portanto, é se na fase das tratativas, das negociações preliminares, seria possível que ocorresse a frustração das expectativas de uma das partes, ou se não haveria limites à ruptura das tratativas.

Na lição de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, a resposta seria razoavelmente simples já que:

“As partes devem guardar a boa-fé, tanto na fase pré-contratual, das tratativas preliminares, como durante a execução do contrato e, ainda, depois de executado o contrato (pós-eficácia das obrigações)”⁴.

Sem prejuízo, para se cogitar da responsabilidade pré-contratual, deve-se analisar a luz da doutrina e jurisprudência também o dano, o prejuízo, a expectativa e a boa-fé objetiva.

³ ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almeida, 2009. p. 105.

⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. Instituições de direito civil: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2019. p. 410.

Sabe-se que em havendo determinado dano, a responsabilidade civil surgirá com toda a sua força, o que nos leva, mesmo que de forma breve (mas não menos importante), ao estudo das funções da responsabilidade civil, em especial a reparatória.

San Tiago Dantas já ensinava que a obrigação de reparar o dano surge pela violação de um dever jurídico anterior, originário, portanto, gerador da responsabilidade⁵.

De um período histórico cuja punição ao dever era a imposição de verdadeiro castigo, como ensina Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes, pouco a pouco, foi ocorrendo a separação entre a responsabilidade criminal e civil, deixando-se de lado a punição, para então a reparação. De sorte que: “[...] *consagrando a função recíproca que se passou a atribuir ao instituto: a reparação patrimonial do dano sofrido*”.⁶

A conclusão que se chega e na verdade já conhecida, é que, em havendo dano, surgirá então a responsabilidade civil com uma das suas grandes funções, a de reparar, independentemente de se tratar de responsabilidade pré-contratual ou contratual, e também da espécie de danos: materiais ou extrapatrimoniais.

A respeito, a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, a depender da qualidade da sua violação. Sabe-se que para a configuração da primeira, o dever violado vem de um contrato; enquanto que para a segunda, a violação tem base o preceito geral do Direito ou a própria lei.

Sergio Cavalieri Filho explica essa dicotomia:

⁵ DANTAS, San Tiago. Programa de direito civil II: os contratos. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 47

⁶ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos de direito civil: responsabilidade civil. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, 2020. p. 1-2.

“Se preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquilino ou absoluto.”⁷

Aqui me permitam pequeno parentes para demonstrar todo o respeito aqueles que a despeito da distinção estudada, são adeptos da teoria unitária ou monista. E não diria aqui se estou para uma ou para outra, posto que essa conversa não deve se enveredar para esse campo.

Voltando, de suma importância para o racional aqui trazido e sua consequente conclusão que entendamos a diferença entre responsabilidade contratual e extracontratual.

Socorro-me de Silvio Rodrigues:

[...]. Alguém atropela um homem que, no desastre, perde um braço. O agente causador desse dano fica obrigado a repará-lo, e sua responsabilidade é extracontratual. A indenização consistirá no pagamento do correspondente às despesas de tratamento da vítima, lucros cessantes até o fim da convalescença (CC, art. 949), e ainda no dever de fornecer uma pensão correspondente à diminuição de sua capacidade laborativa. Note-se que essa indenização não é a devolução do braço perdido; apenas substitui, por cima em dinheiro, aquilo que aproximadamente se calcula tenha sido o prejuízo da vítima do ato ilícito.⁸

⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

⁸ RODRIGUES, Silvio. Direito civil: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2008. p. 9.

Para os casos de responsabilidade contratual, em muitas situações, ou quase todas, a reparação também é um “[...] *substitutivo da prestação contratada*”⁹.

Ensina novamente Silvio Rodrigues:

“Quando um artista é contratado para uma série de apresentações, recusa-se a dar um ou mais dos recitais combinados, fica ele sujeito à reparar as perdas e danos experimentados pelo empresário. A indenização abrangerá o prejuízo efetivo, tais o aluguel do teatro, a publicidade feita, a impressão das entradas etc., bem como o lucro cessante, ou seja, o proveito que o empresário razoavelmente poderia ter tido. Mas a cifra arbitrada em dinheiro, que será paga pela artista inadimplente, não é a prestação prometida, mas apenas um sucedâneo dela.”¹⁰

Basicamente, dois argumentos fundamentam e justificam a distinção ora trazida:

a) para o caso de a responsabilidade estar fundamentada na culpa, não existe qualquer motivo para a distinção entre violação da obrigação, se oriunda de contrato ou de qualquer outra fonte;

b) mas, em relação às perdas e aos danos, “[...] *a que fica sujeito o contratante inadimplente, são coisas inteiramente diversas da prestação inadimplida [...]*”¹¹, ou seja, a reparação não será o equivalente à obrigação descumprida, mas sim a reparação do prejuízo pela inexecução.

A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS: PROPOSTA E ACEITAÇÃO

Para o correto enquadramento da responsabilidade pré-contratual, segundo a teoria dualista, é necessário saber se temos ou não um contrato.

⁹ Idem, ibidem

¹⁰ Idem, ibidem

¹¹ Ibidem, p. 10

Imaginemos que se positiva a resposta, a responsabilidade viria, então, de um inadimplemento contratual, analisado à luz de diversos princípios, tais como a autonomia privada, o *pacta sunt servanda* e a função social.

Por outro lado, se negativa a resposta, não sealaria em tais princípios, todavia, independentemente da existência de contrato, o princípio da boa-fé objetiva viria à baila.

Orlando Gomes leciona que *“um corte transversal no processo clássico e normal de formação de qualquer contrato de certa expressão econômica revela que sucessivos atos se praticam antes que os interessados o concluam”*¹².

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a seu turno, lecionam:

[...] o nascimento de um contrato segue um verdadeiro iter ou processo de formação, cujo início é caracterizado pelas negociações ou tratativas preliminares – denominadas de fase de pontuação – até que as partes chegam a uma proposta definitiva, seguida da imprescindível aceitação.¹³

Flávio Tartuce refere quatro fases na formação de um contrato: a) a fase de negociações preliminares (ou de pontuação); b) a fase da proposta; c) a fase do contrato preliminar; e d) a fase do contrato definitivo ou da conclusão¹⁴.

O art. 427 do CC dispõe:

“Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

¹² GOMES, Orlando. Contratos. 27. ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 56.

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: contratos. 1. ed. unificada. São Paulo: Saraiva Educação, v. 4, 2018. p. 112

¹⁴ TARTUCE, Flávio. Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2019. p. 155.

Assim, percebe-se que o contrato não é um ato isolado, mas sim um processo formado por uma sequência de atos e comportamentos humanos coordenados entre si e qualificados por normas jurídicas.

Anderson Schreiber¹⁵ ensina que em outros tempos o contexto era outro. As negociações preliminares não eram elencadas como fontes das obrigações, ou seja, eventual ruptura não caracterizaria inadimplemento, não gerando, então, qualquer espécie de responsabilidade para o negociante.

Esse entendimento como se sabe foi radicalmente alterado ao longo do último século, em especial pela doutrina de Ihering que trata da culpa in contrahendo.

Com isso, relevante para esse o referido estudo a análise do comportamento das partes na fase das tratativas, mais exatamente em relação a observação da boa-fé objetiva.

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes aduzem que a boa-fé “[...] exerce papel de fonte criadora de deveres anexos à prestação principal”¹⁶.

Nasce assim a responsabilidade civil pré-contratual, também denominada de responsabilidade por culpa *in contrahendo* ou culpa na formação dos contratos.

Assim, seja a quebra das negociações preliminares, o rompimento injustificado da legítima expectativa de contratar ou a recusa injustificada de venda ou prestação de serviços, geram responsabilidade civil pré-contratual.

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil contemporâneo. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 454-455.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações: artigos 1º ao 420. 3. ed. São Paulo: Renovar, v. I, 2015. p. 231

Por tudo o que foi exposto, a conclusão é de que o fundamento da responsabilidade civil pré-contratual é o descumprimento da boa-fé objetiva, princípio consagrado no artigo 422 do CC, e por conseguinte, dos deveres contratuais acessórios que dela decorrem.

Que reste claro que a responsabilidade pré-contratual discutida não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material.

Desta forma, quando se volta para contrato de seguro, em especial o de Responsabilidade Civil, sabidamente de reposição patrimonial, tendo a sustentar que seja a obrigação de indenizar oriunda da responsabilidade civil pré-contratual, objetiva ou subjetiva, as coberturas contratuais não seriam atingidas, seja porque diverso do risco declarado e amparado, seja porque anterior a vigência da apólice, a despeito de eventual retroatividade contratada.

Nem de longe se pretendeu esgotar o tema, ao contrário, o que se busca aqui, atendendo a característica principal desse grupo temático é instigar o estudo e o debate de ideias, sempre com muito respeito.

Obrigado Sergio, obrigado a todos.

Inaldo Bezerra

Março/2022