

# A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL E A INTERVENÇÃO DO PODER PÚBLICO NA AUTONOMIA PRIVADA<sup>1</sup>

Leonardo David Quitanilha de Oliveira \*

**Sumário:** 1. Introdução: delimitação do tema; 2. Breves notas do direito comparado; 3. A responsabilidade civil pré-contratual no ordenamento jurídico brasileiro; 4. A responsabilidade civil pré-contratual e o princípio da boa-fé objetiva; 4.1. A função interpretativa da boa-fé objetiva aplicada à responsabilidade pré-contratual; 4.2. A função corretiva da boa-fé objetiva aplicada à responsabilidade pré-contratual; 4.3. A função corretiva da boa-fé objetiva aplicada à responsabilidade pré-contratual; 5. Da necessidade de um discurso constitucional ponderativo Solidarietà vs Autonomia privada; 6. *Standards* jurídicos; 7. Natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual; 8. Conclusão; 9. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução: delimitação do tema

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, no ano de 2013, em sede de recurso especial, manteve condenação de sociedade empresária por conduta praticada na fase de tratativas pré-contratuais. O caso retratava a situação na qual uma determinada pessoa jurídica se interessou em anúncio publicitário veiculado pelo Grupo BMW Brasil para se tornar revendedora autorizada de veículos da marca. Iniciadas as tratativas negociais, diversos elementos fáticos indicavam a futura formalização do contrato, tais como: envio de correspondência do diretor-presidente do Grupo, resultado positivo de avaliação promovida por empresa de consultoria, convocação e participação da candidata em reuniões de revendedores e depósito prévio de dinheiro em prol da empresa de consultoria. Entretanto, de forma abrupta e injustificada, a distribuidora de veículos rompeu as negociações, limitando-se a agradecer a candidata pelo interesse demonstrado pela marca, sem, contudo, indenizá-la pelos prejuízos materiais. A ex-candidata à revendedora ingressou com ação indenizatória em razão

<sup>1</sup> Este artigo foi escrito durante o curso de especialização em Civil e Processo Civil na Faculdade de Direito de Campos. Sou grato a Marcelle Figueiredo e a Vitor de Azevedo Almeida Júnior pela leitura do original e pela valiosa contribuição com críticas e sugestões.

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro

da injustificada ruptura das tratativas pré-contratuais e o caso chegou ao Superior Tribunal pelo Recurso Especial n. 1.051.065.

A distribuidora de veículos, na qualidade de recorrente, alegou que inexistiria falar em responsabilidade civil, eis que a candidata apenas tinha expectativa de direito, já que o contrato de concessão de comercialização de veículos sequer chegou a ser celebrado e as negociações preliminares não possuíam caráter vinculativo. O rompimento das tratativas corresponderia, assim, a mero exercício de direito decorrente da liberdade de contratar. O STJ, no entanto, afastou tais argumentos e reconheceu no caso a responsabilidade da distribuidora, sob fundamento de que o rompimento ilegítimo das tratativas afronta a boa-fé objetiva e o dano dele decorrente gera dever de indenizar.<sup>2</sup>

Não é a primeira vez que o STJ enfrentou o tema. Cada vez mais, casos semelhantes chegam aos diversos tribunais do país.

A responsabilidade civil pré-contratual ou, segundo nomenclatura doutrinária, responsabilidade por culpa *in contrahendo* é aquela decorrente de um comportamento lesivo do negociante antes da formalização do contrato. Noutras palavras, deriva da imputação de um ato omissivo ou comissivo da parte negociante na fase de negociações preliminares, de proposta não formalizada ou de puntação<sup>3</sup>, também denominada de tratativas, conversações, debates prévios, entendimentos ou antecrato.<sup>4</sup>

A fase de negociações preliminares não se confunde com contrato preliminar, porquanto neste último há contrato que veicula obrigação de fazer, a saber, a celebração de contrato definitivo (arts. 462 a 466 do Código Civil Brasileiro - CCB). Nas tratativas inexistente contrato. As partes se limitam a discutir, ponderar, refletir, elaborar cálculos, redigir minuta, a fim de se alcançar uma proposta final e definitiva de superveniente e potencial contrato – que poderá ou não se concretizar.<sup>5</sup>

Os debates prévios são, igualmente, inconfundíveis com proposta (sinônimo de policitação ou oblação), na medida em que ela “obriga o proponente” (art. 427 do CCB). Já as manifestações inseridas no contexto das tratativas contratuais não vinculam seus partícipes, muito embora possam excepcionalmente gerar consequências jurídicas na seara da responsabilidade civil.

O presente trabalho busca a abordagem da responsabilidade civil pré-contratual. Primeiro, através da sua análise sob o prisma do direito estrangeiro. Após, será considerado o seu respaldo no ordenamento jurídico brasileiro e como ocorreu

<sup>2</sup> REsp 1051065/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013

<sup>3</sup> O termo puntação tem origem italiana (puntuazione) e foi difundido no Brasil por obra de Darcy Bessone de Vieira Andrade, *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*, São Paulo: Saraiva, 1949. Apud TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. V. 3, 7ª ed.. São Paulo: Método, 2012, p. 130.

<sup>4</sup> Preferimos restringir o conteúdo de estudo das tratativas àquelas situações potencialmente condutoras de um negócio jurídico (contrato ou declaração unilateral de vontade). A observação é útil tendo em vista que alguns julgados justificam decisões indenizatórias decorrentes de atos existenciais, como aqueles advindos de relações do direito de família, na responsabilidade pré-contratual. O tema, em que pese ser polêmico, não será tratado neste artigo. Exemplo elucidativo: rompimento abrupto de noivado. (TJ/RJ, 0009923-82.1999.8.19.0001 (2001.001.17643) – Apelação – Des. Humberto de Mendonça Manes – Julgamento: 17/10/2001 – 5ª Câmara Cível)

<sup>5</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume IV: contratos: teoria geral*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90.

o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da matéria no país. Abre-se tópico específico para tratar da boa-fé objetiva e das suas implicações na responsabilidade civil por atos praticados nas tratativas negociais, para, em seguida, ser acrescido ao debate, em outro tópico, o estudo da repercussão da constitucionalização do direito civil no assunto. Por fim, em razão da necessidade de se definir o regime jurídico incidente sobre responsabilidade civil pré-contratual, discorre-se a respeito de sua natureza jurídica.

## 2. Breves notas do direito comparado

RUDOLPH VON JHERING, em obra publicada no final do século XIX<sup>6</sup>, defendeu a tese de que nas preliminares contratuais as partes negociantes poderiam incorrer em infrações aptas a gerar responsabilidade civil. A doutrina alemã da culpa *in contrahendo* incorporou-se aos diplomas normativos de diversos países integrantes do sistema do *Civil Law*, tais como o Código Civil Alemão de 1896 (BGB), o Código Civil Português de 1966, a Lei Alemã de Modernização do Direito das Obrigações de 2001<sup>7</sup> e o Código Civil Italiano de 1942.<sup>8</sup>

Diversamente, os países do *Common Law* rechaçam a ideia de que as negociações prévias poderiam gerar dever de conduta a ponto de se cogitar em responsabilidade civil. O Direito Civil nestes países é instrumento que visa à proteção mais intensa da autonomia de vontade e da segurança jurídica se comparado ao sistema do *Civil Law*. A atuação do Estado-juiz nas relações privadas possui nesses países caráter ainda mais excepcional e apenas se justifica na vontade dos particulares. Isto é, somente quando há reunião de vontade para a vinculação de obrigações entre particulares e um deles, vinculado pela sua própria manifestação volitiva, descumpra tais obrigações em prejuízo do outro, existe fundamento para atuação do Estado-juiz no sentido de tutelar a força obrigatória do pacto, a fim de não consagrar um ambiente de insegurança jurídica inibitório das relações contratuais.<sup>9</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro, segundo se discorrerá adiante, em que pese à ausência de regra expressa que preveja a responsabilidade civil pré-contratual, caminha junto do *Civil Law*, o que não significa que a preocupação com a autonomia privada seja deixada de lado. Embora a proteção não figure tão intensa como no *Common Law*, a liberdade contratual é tutelada no Brasil. Contudo, não de forma absoluta, mas como valor função, a sofrer em certas hipóteses ponderação com valores igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico. É o que passará a ser esmiuçado.

<sup>6</sup> VON JHERING, Rudolf; DEMELIUS, Gustav. *Culpa in contrahendo: oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*. Friedrich Mauke, 1860.

<sup>7</sup> VICENTE, Dário Moura. *A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002*. Revista CEJ, Brasília, n. 25, p. 34-41, abr./jun. 2004, p. 35.

<sup>8</sup> MOURA, Renata Helena Paganotto. *Responsabilidade Pré-contratual, contratual e pós-contratual*. In: *Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista* – v. 6 (2008) – Porto Alegre: IOB 2008, p. 61.

<sup>9</sup> Para Dário Moura Vicente, “a preocupação dominante no Direito Civil” nos países que adotam a *Common Law* “consiste em assegurar as condições essenciais ao funcionamento da economia de mercado: liberdade contratual e força vinculativa dos contratos. Por isso, a responsabilidade pré-contratual, que inevitavelmente envolve certa limitação da autonomia privada, tem menor acolhimento” (*Op. cit.*, p. 36).

## 3. A responsabilidade civil pré-contratual no ordenamento jurídico brasileiro

O CCB de 2002, diferente de alguns diplomas normativos estrangeiros, é lacunoso quanto à responsabilidade pré-contratual. Com o objetivo de sanar a omissão, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 6.960/2002.<sup>10</sup> A aprovação do Projeto seria bem-vinda. Todavia, a atual lacuna legislativa não é empecilho para o reconhecimento de razões jurídicas legitimadoras da responsabilidade advinda da fase pré-contratual.

A jurisprudência e a doutrina pátrias desenvolverem o tema com base em preceitos normativos diluídos no ordenamento para que fossem impostos deveres de conduta aos contratantes já na fase das tratativas. Mesmo antes do advento do atual diploma civilista, ainda sob a égide do Código de 1916, igualmente lacunoso, a tese passou a ganhar ampla aceitação na doutrina após publicação da obra intitulada “Responsabilidade pré-contratual” de ANTÔNIO CHAVES, publicada em 1959<sup>11</sup>. PONTES DE MIRANDA defendia a responsabilidade pré-contratual como expressão do dever de os homens se portarem com honestidade e lealdade nos tratos preliminares.<sup>12</sup> Na jurisprudência do STJ, a matéria foi trabalhada pelo Ministro RUY ROSADO em julgado já do ano de 1995.<sup>13</sup>

Se o Código Civil revogado não impediu a aceitação da viabilidade jurídica da imputação de responsabilidade por condutas praticadas na fase de pontuação, a tese ganhou terreno ainda mais fértil com a vigência do Código Civil de 2002 e com a ascensão dos novos princípios contratuais e do fenômeno da Constitucionalização do Direito Civil.

## 4. A responsabilidade civil pré-contratual e o princípio da boa-fé objetiva

Os princípios contratuais clássicos da autonomia privada, da relatividade e da obrigatoriedade contratual, tidos como nortes absolutos no direito civil em uma acepção liberal-oitocentista e inspiradora do Código Civil de 1916<sup>14</sup>, cederam espaço

<sup>10</sup> Redação do art. 422 do CCB, segundo o Projeto de Lei n. 6.960/2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios da probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”.

<sup>11</sup> DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual – No novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53.

<sup>12</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. t. XXXVIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p. 320.

<sup>13</sup> A matéria de fundo dizia respeito à possibilidade de se reconhecer força vinculante a um memorando de entendimento firmado entre o Banco do Brasil e autoridades financeiras do país, como o Ministro da Fazenda, para que fossem suspensos por noventa dias cobranças de créditos de titularidade da instituição financeira pública, desde que os devedores demonstrassem o ânimo de quitar a dívida. Com base nesse memorando, devedor do Banco pretendia suspender leilão judicial. O Ministro Ruy Rosado compreendeu, com esteio na doutrina de Jhering, que o memorando de entendimento gerava legítima expectativa nos devedores do Banco do Brasil a ser tutelada pelo Estado, em respeito à lealdade e à boa-fé objetiva. (STJ. RMS 6183/MG. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. DJ 18.12.1995, p. 44573).

<sup>14</sup> Para Paulo Luiz Netto Lobo, a ideologia liberal e oitocentista inspiradora do Código anterior era incompatível com a ideologia constitucionalmente estabelecida desde o advento da Carta de 1934, quando se inicia o Estado social brasileiro. Assim, a aplicação de princípios sociais dos contratos deveu-se ao

para princípios emergentes da boa-fé objetiva, da função social do contrato e do equilíbrio contratual.<sup>15</sup>

O princípio da boa-fé objetiva contemplado nos arts 113, 187 e 422 do CCB, bem como no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, impõe às partes a observância de um padrão ético socialmente exigível. É o princípio comumente apontado pela doutrina como fundamento jurídico para a responsabilidade civil pré-contratual. O art. 422 do Código Civil, neste sentido, impõe ao contratante a obrigação de “guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. O dispositivo não inclui expressamente a fase de tratativa na abrangência do preceito vinculativo da boa-fé e da probidade, como pretende o Projeto de Lei n. 6.960/2002. Contudo, a inclusão decorre da necessidade de se atribuir coerência ao sistema, pois, do contrário, as partes ficariam “submetidas a exigências ético-jurídicas divergentes” em “duas fases do *inter* contratual funcionalmente ligadas entre si”.<sup>16</sup> Esse entendimento consolidou-se nos enunciados 25 e 170 das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal – CJF<sup>17</sup>.

Tendo em vista que a fonte justificadora da responsabilidade pré-contratual é a boa-fé objetiva, a terminologia “culpa *in contrahendo*” adotada por JHERING e comumente utilizada pela doutrina e pela jurisprudência não se revela hoje técnica. A culpa nos remete à boa-fé subjetiva. No final do século XIX, a responsabilidade civil centrava-se na culpa como seu principal elemento fundante. Contudo, o protagonismo da culpa migrou para o dano e a imputação do dano nem sempre terá por fundamento a culpa. Com a evolução do Direito Civil, emergiu a compreensão de que há outras causas imputativas eleitas pela lei para conduzir à responsabilidade, tais como “o risco, a repartição dos custos das externalidades provenientes do desenvolvimento de uma atividade econômica, ou, ainda, uma outra escolha política que, em maior ou menor medida, pressupõe um sopesar de valores entre os interesses de proteção dos potenciais lesados e os incentivos ou a repressão à determinada conduta ou atividade”.<sup>18</sup> Entretanto, por vezes será utilizada a expressão responsabilidade por culpa *in contrahendo*, não por razão técnica, mas por sua consagração no meio jurídico.

Partindo-se, assim, das premissas de que a responsabilidade pré-contratual independe de culpa e de que ela emana do princípio da boa-fé objetiva, todo o conteúdo extraído do princípio será aplicado na relação ainda não contratualizada travada entre os negociantes na fase de tratativas. A boa-fé objetiva teria, assim, uma tríplice

---

esforço argumentativo da doutrina voltada à constitucionalização do direito civil. (*Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil*. Revista Jurídica UNIRONDON/Faculdades Integradas Cândido Rondon. n. 03. p. 11-22. Cuiabá: UNIRONDON, 2001, p. 21)

<sup>15</sup> MATTIETTO, Leonardo. O princípio do equilíbrio contratual. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 64, 2009, p. 183.

<sup>16</sup> VICENTE, Dário Moura. *Op. cit.*, p. 37.

<sup>17</sup> 25 – Art. 422: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.

Art. 422: A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

<sup>18</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro*. Tuiuti: Ciência e Cultura, n. 30, FCJ 04, p. 107-119, Curitiba, mai. 2002, p. 114.

função: interpretativa, corretiva e integrativa<sup>19</sup>. Os casos concretos serão socorridos pela boa-fé objetiva não necessariamente em unívoca função, mas as funções atuarão isolada ou conjuntamente (com variados graus de incidência), a depender do contorno específico da situação da vida em análise.

#### 4.1. A função interpretativa da boa-fé objetiva aplicada à responsabilidade pré-contratual

A primeira função, extraída do art. 113 do CCB, conduz ao esforço do intérprete de prestigiar na sua atuação hermenêutica o princípio da confiança, ou seja, a extração do conteúdo dos negócios que melhor se adequa à tutela da legítima expectativa.<sup>20</sup> Essa função não fundamentará por si mesma uma responsabilidade civil, porque é mero guia interpretativo.

#### 4.2. A função corretiva da boa-fé objetiva aplicada à responsabilidade pré-contratual

A função corretiva limita o exercício de direitos. O abuso do direito e a teoria dos atos próprios são manifestações da função corretiva da boa-fé objetiva.

O abuso de direito é expressamente previsto no art. 187 do Código Civil o qual atribui caráter ilícito a condutas formalmente legais, mas em manifesta contrariedade aos limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé e pelos bons costumes.<sup>21</sup> Vale frisar que o Código não exige a presença do elemento subjetivo para a configuração de conduta abusiva. A abusividade prescinde de interesse de prejudicar, porque se está no terreno na boa-fé objetiva, bastando o “uso anormal ou antifuncional do direito”.<sup>22</sup> Neste sentido, o enunciado 37 das Jornadas de Direito Civil preceitua que “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.<sup>23</sup>

O abuso é de passível ocorrência na fase pré-contratual. O exemplo amplamente

<sup>19</sup> MATTIETTO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 183.

<sup>20</sup> Enunciado 26/CJF - Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.

Enunciado 27/CJF - Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.

<sup>21</sup> Para Sérgio Cavaliere Filho, “o fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal” (*Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 160).

<sup>22</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 160.

<sup>23</sup> O elemento subjetivo apenas será imprescindível quando o abuso de direito estiver lastreado na extrapolação dos limites impostos pelos bons costumes. O enunciado 413 da V Jornada de Direito Civil reza: “Os bons costumes previstos no art. 187 do CCB possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época, e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva”.

citado pela doutrina é o do rompimento abrupto de tratativas. O caso julgado pelo STJ no REsp 1.051.065 mencionado no introito deste trabalho ilustra a hipótese. O que lhe chama a atenção é o seu antagonismo com a premissa, relativamente correta, de que as conversações prévias não vinculam os negociantes. É legítimo como regra a qualquer deles romper as tratativas. Aos particulares se assegura a liberdade contratual que decorre do princípio da legalidade em sentido amplo (art. 5º, inciso II, da Constituição da República). As partes negociantes, antes da reunião de vontades com vistas à materialização do vínculo jurídico-contratual, têm mera expectativa de direito não tutelável pelo Estado-juiz.

Todavia, o direito de não contratar pode ser exercido pelo seu titular de forma abusiva, apta a caracterizar ilicitude. A consequência jurídica será o nascimento do dever de reparar o dano (arts. 187 e 927 do CCB). A tutela judicial, na conjectura, não será, portanto, executiva *lato sensu* ou mandamental, porque o aparecimento de obrigação de fazer (contratar) importaria em violação da liberdade contratual. Será condenatória, eis que se buscará tão-somente a satisfação de obrigação de reparar ou compensar eventuais danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) e/ou morais.

DÁRIO MANUEL DE MOURA VICENTE narra situação fictícia, reiteradamente mencionada pela doutrina, de empresário que convida um colega do Recife para negociarem um contrato em Porto Alegre. O convidado viaja de avião para o sul do país, aluga um automóvel e se instala em hotel, tudo às suas expensas. Ao chegar ao escritório, o anfitrião injustificadamente o comunica que contratou com terceiro duas semanas antes. O civilista português indaga retoricamente se poderia o empresário pernambucano exigir o reembolso das despesas que realizou.<sup>24</sup> A resposta é afirmativa. O empresário gaúcho gerou no seu colega legítima expectativa de negociação que sequer se iniciou por conduta manifestamente abusiva.

Igualmente importante no estudo da responsabilidade civil pré-contratual, a teoria dos atos próprios decorre também da função corretiva da boa-fé objetiva. A teoria dos atos próprios, na verdade, ora assume feição limitadora, ora, integradora de direito, a depender dos resultados impostos pelos seus desdobramentos, os quais poderão adquirir viés restritivo do exercício de uma prerrogativa do titular ou ainda assumir feição integrativa quando o comportamento do titular for nascedouro de prerrogativa da outra parte.<sup>25</sup>

A teoria dos atos próprios foi desenvolvida com o objetivo de frear a autonomia de vontade cujo exercício seja passível de violação a legítimas expectativas de terceiros geradas por comportamento concludente do titular de direito ou impor a este último condutas que visem à proteção dessas expectativas.

<sup>24</sup> VICENTE, Dário Moura. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>25</sup> Parte da doutrina aponta a teoria dos atos próprios como manifestação da função da boa-fé objetiva limitadora de conduta. Neste sentido: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Boa-fé na relação de consumo. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p. 20 a 27, abr./jun. 1995, p. 26-27; em sentido oposto, inserindo a teoria como exteriorização da função de integração da boa-fé objetiva: TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 101. Contudo, os desdobramentos da teoria por vezes assumirão a missão limitadora ou inibitória do exercício de direito, como ocorre com a *venire contra factum proprium*. Por vezes - e mesmo concomitantemente à função limitadora - o desdobramento da teoria adquirirá cariz de integração do negócio jurídico. Na *surrectio*, por exemplo, nasce uma prerrogativa em favor de uma parte em razão da conduta omissiva ou comissiva da outra capaz de gerar legítima expectativa.

A aceitação doutrinária da teoria como corolário da boa-fé objetiva foi ratificada em enunciado 412 da V Jornada de Direito Civil que, com base no art. 187 do CCB, preceitua que “as diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva”. São, destarte, quatro desdobramentos da teoria cuja abordagem ainda que perfunctória se revela importante.

O *tu quoque*<sup>26</sup> impede a contradição de uma conduta ilícita. Verifica-se, em outras palavras, quando um sujeito viola lei ou contrato e pretende exigir o comportamento lícito da outra parte em circunstâncias análogas àquela em que ele mesmo deixou de cumprir. LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO ensina que o *tu quoque* objetiva “a vedação de dois pesos e duas medidas”. A vedação de contrato não cumprido é figura que melhor o representa (art. 476 do CCB).<sup>27</sup>

*Venire contra factum proprium* é a vedação de postura contraditória (ainda que formalmente lícita) com o próprio comportamento anterior que gerou em outra parte uma legítima expectativa, com vistas à proteção da confiança e da lealdade das partes.<sup>28-29</sup>

A *supressio* é a perda de uma prerrogativa pela inércia do seu titular. É mecanismo extraído da boa-fé que objetiva “desfazer a acomodação do comportamento omissivo do sujeito”<sup>30</sup>. Já a *surrectio* é o surgimento da prerrogativa em razão do decurso do tempo. Normalmente *supressio* e *surrectio* são “faces da mesma moeda”<sup>31</sup>, tendo em vista que comumente a perda de uma posição jurídica de um sujeito faz nascer em outro uma prerrogativa.

A teoria dos atos próprios, em especial a *venire contra factum proprium*, é sobremaneira útil na abordagem sobre a responsabilidade civil pré-contratual. Determinadas condutas praticadas durante as tratativas negociais podem gerar mais do que uma mera expectativa não tutelável pelo direito. A depender das circunstâncias, geram no outro negociante uma legítima expectativa da qual o direito não fica alheio. A frustração da confiança pode caracterizar, destarte, violação da boa-fé objetiva e abuso do direito. O direito não atuará para impor a contratação compulsória. Todavia, os danos pelo comportamento contraditório são passíveis de indenização, mesmo durante a fase pré-contratual.

O exemplo clássico vem do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Durante muitos anos, determinada empresa alimentícia comprava dos agricultores locais

<sup>26</sup> Significa literalmente “e tu também”, em alusão à celebre frase de Júlio César a Brutus. (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras Parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*. In: THESIS São Paulo, ano IV, v. 8, p. 39-70, 2º semestre, 2007, p. 54).

<sup>27</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>28</sup> Enunciado n. 362/CJF – “Art. 422: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.”

<sup>29</sup> Anderson Shreiber, em monografia sobre o tema, leciona que a proibição de comportamento contraditório requer a presença de quatro elementos: a) conduta inicial consubstanciada no fato próprio; b) legítima confiança gerada em outrem na conservação do sentido objetivo da conduta inicial; c) comportamento contraditório à conduta inicial; e d) dano. (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 124)

<sup>30</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. *Op. cit.*, p. 60.

<sup>31</sup> SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos*. Série Leituras Jurídicas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 38.

safrinha da colheita de tomate e doava sementes necessárias para novo plantio. Em determinado ano, a empresa, mesmo tendo doado as sementes, deixou de concluir o negócio, causando graves prejuízos aos agricultores. Alguns deles ingressaram com ações judiciais para pleitear indenização pela privação do aumento patrimonial que teriam auferido naquele ano (lucros cessantes). O Tribunal em 1991 acolheu a tese dos agricultores, sob fundamento de que a responsabilidade pré-contratual adviria da frustração da legítima expectativa tutelada pelos princípios da confiança e da boa-fé.<sup>32</sup>

#### 4.3. A função integrativa da boa-fé objetiva aplicada à responsabilidade pré-contratual

Por fim, a função integrativa da boa-fé nos remete aos deveres anexos, também chamados de laterais, acessórios, secundários ou instrumentais. Eles estão ligados à ideia de eticidade e correção que merecem deferência pelas partes contratantes não apenas na fase contratual, mas igualmente na pré-contratual.<sup>33</sup>

A doutrina aponta como anexos, dentre outros, os deveres de cuidado, segurança, informação, prestação de contas, sigilo, colaboração e cooperação.

A boa-fé objetiva, por exemplo, ao impor fidelidade nas relações pré-contratuais, veda que alguém se valha economicamente sem autorização de segredos tecnológicos industriais adquiridos durante negociações preliminares frustradas. Um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é ilustrativo. Determinada sociedade empresária se utilizou indevidamente de informações tecnológicas obtidas licitamente em fase de tratativas negociais. As negociações, que objetivavam a aquisição de acervo físico e tecnológico de outra pessoa jurídica, criaram ambiente propício ao acesso a segredos industriais. O contrato não se concretizou. Contudo, a lealdade e a eticidade originárias da boa-fé geraram dever de abstenção em relação às informações adquiridas nas tratativas. A sociedade, por outro lado, apropriou-se dessas informações em proveito de sua produção industrial, fato comprovado em perícia. Em razão da violação de dever anexo de abstenção, a sentença, mantida pelo Tribunal em sede de apelação, condenou-a ao pagamento de indenização por perdas e danos.<sup>34</sup>

DÁRIO MANUEL DE MOURA VICENTE exemplifica também a aplicação dos deveres acessórios nas tratativas negociais ao narrar a hipótese de um comerciante de arte que adquire de uma senhora idosa por R\$ 1.000,00 (mil reais) obra de arte valiosa e logo em seguida revende a mesma obra por R\$100.000,00 (cem mil reais). Há evidente descumprimento dos deveres de lealdade e de informação por parte do comerciante

<sup>32</sup> Apelação Cível Nº 591028725, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06/06/1991

<sup>33</sup> Dois enunciados das Jornadas de Direito Civil evidenciam o reconhecimento doutrinário da vinculação das partes aos deveres anexos:

Enunciado nº 24 - Art. 422: 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; Enunciado nº 168 - Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação.

<sup>34</sup> Apelação Cível. 0092349-06.1989.8.19.0001 (2002.001.25013); Relator Desembargador Roberto de Abreu e Silva - Julgamento: 03/06/2003 - Terceira Câmara Cível.

que, valendo-se do desconhecimento da pessoa idosa, conduziu-a a negócio ruinoso.<sup>35</sup>

Assim, a boa-fé objetiva representou a superação da distinção de *dolus malus* e *dolus bonus* que importava na aceitabilidade de omissões ou meias verdades com intuito de conduzir a um negócio mais vantajoso.

Vale salientar que o Código de Defesa do Consumidor contém expressa previsão do dever de informação (art. 6º, inciso III).<sup>36</sup> O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, com esteio justamente nas regras de proteção consumerista e no princípio da boa-fé – em especial por força de sua função integrativa –, determinou que instituição de ensino mantivesse o mesmo valor de mensalidade até o final do curso de nível superior para alunos que receberam no momento da matrícula informação por prepostos da universidade de que as prestações seriam fixas durante todo o período acadêmico. O desembargador-relator consignou em seu voto que o dever de informar “não é apenas um simples controle sobre a enganiosidade ou abusividade da informação: é fonte de obrigações civis, com base na responsabilidade pré-contratual (teoria da culpa *in contrahendo*)”.<sup>37</sup>

#### 5. Da necessidade de um discurso constitucional ponderativo. Solidariedade vs Autonomia privada

A Constitucionalização do direito é locução plurissignificativa e pode indicar um ordenamento jurídico com Constituição dotada de supremacia, a incorporação no texto constitucional de matérias afetas a outros ramos da ciência jurídica e, por fim, fenômeno indicativo do “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”.

<sup>35</sup> VICENTE, Dário Moura. *Op. cit.*, p. 35. O caso exemplificativo narrado pelo renomado professor português encontra solução expressa no Código Civil Brasileiro de 2002. O princípio do equilíbrio contratual inspira o instituto da lesão, previsto no art. 157 do Código, cuja natureza é de vício de consentimento e, como tal, importa em anulação do negócio jurídico. Todavia, objetivando prestigiar o princípio da manutenção ou continuidade dos negócios jurídicos, o § 2º do referido artigo prevê a possibilidade de revisão contratual, a fim de se estabelecer o equilíbrio. Deve-se, sempre que possível, procurar nesta última solução a correção do desequilíbrio, ao invés do desfazimento do negócio. Neste sentido caminha o enunciado 149 das Jornadas de Direito Civil/CJF: “Art. 157: Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2º, do Código Civil de 2002.”

Percebe-se – válido salientar – que o instituto busca, em especial quando a onerosidade excessiva é resultado da in experiência contratual, inibir omissões sobre informações relevantes em desfavor da parte vulnerável na relação pré-contratual. Ou seja, o preceito impõe um dever de conduta nas tratativas negociais.

<sup>36</sup> Paulo Luiz Neto Lobo, ao comentar a ausência de expressa menção da abrangência da boa-fé objetiva aos comportamentos *in contrahendo* no Código Civil de 2002, leciona que “o CDC avançou mais decisivamente nessa direção, ao incluir na oferta toda a informação ou publicidade suficientemente precisa (art. 30), ao impor o dever ao fornecedor de assegurar ao consumidor cognoscibilidade e compreensibilidade prévias do conteúdo do contrato (art. 46) [e] ao tornar vinculantes os escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48) (...)” (Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil. *Revista Jurídica UNIRONDON/Faculdades Integradas Cândido Rondon*, n. 03, p. 11-22. Cuiabá: UNIRONDON, 2001, p. 20).

<sup>37</sup> Apelação 0000272-82.2002.8.19.0207 (2004.001.10347), DES. MALDONADO DE CARVALHO - Julgamento: 08/06/2004 - NONA CAMARA CIVEL

Deste último sentido se extrai a ideia de que a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional estão condicionados à observância dos princípios e das regras constitucionais.<sup>38</sup>

Essa concepção mitiga o binômio direito público/direito privado e reforça a ideia de que o ordenamento jurídico não representa conjunto de apartados ramos da ciência jurídica, mas, contrariamente, forma um todo unitário, cujo elemento uniformizador é a Constituição.<sup>39</sup>

O direito civil não é alheio ao fenômeno da constitucionalização do direito, restando corriqueira a utilização nos meios acadêmicos da expressão Direito Civil Constitucional.<sup>40</sup>

O princípio da boa-fé objetiva, do qual decorre a responsabilidade civil pré-contratual, encontra na Constituição sua fundamentação, como será explanado. Por conseguinte, o operador do direito deve, sempre que estiver diante de um fenômeno da vida potencialmente atrativo à incidência da boa-fé, buscar compatibilizar sua aplicação aos demais valores tutelados pelo texto constitucional, lançando mão de um raciocínio ponderativo.<sup>41</sup>

Especialmente em relação ao tema deste artigo, eventual interesse decorrente de conduta pré-contratual, a fim de ser merecedora de juízo de tutela, deve necessariamente sofrer um filtro constitucional.<sup>42</sup> Para tanto, a responsabilidade daí advinda precisa de respaldo legitimador de um discurso avaliativo envolvendo os diversos princípios e regras constitucionais em jogo.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 27-65, jul./dez. 2004, p. 38-39.

<sup>39</sup> Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, ao tratar da Constitucionalização do Direito, “a uniformidade do ordenamento jurídico consiste exatamente em utilizar todo o potencial do sistema jurídico em um renovado positivismo, que não se exaure na pura e simples obediência à letra da lei, mas que, acatando substancialmente as escolhas políticas do legislador constituinte, estende os valores constitucionais a toda legislação”. (*A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>*. Acesso em 27 de maio de 2013, p. 8)

<sup>40</sup> “Direito civil constitucional é o direito civil como um todo, já que não há como dividir nenhuma parte do direito civil que fique imune à incidência dos valores e princípios constitucionais. Logo, não só os institutos que receberam previsão constitucional compõem o direito civil constitucional, mas a inteira disciplina civilística, nesse juízo renovado” (MATTIETTO, Leonardo. *O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos*. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\_direito/ntcont.doc>. Acesso em 27 de maio de 2013, p. 5).

<sup>41</sup> “A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.” (BARROSO, Luis Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luis Roberto (coord.). *A nova interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 345-6).

<sup>42</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações existenciais. In: Revista trimestral de direito civil, v. 25, Rio de Janeiro, jan./mar. 2006, p. 69.

<sup>43</sup> “A presente configuração do ordenamento demanda que os princípios, conceitos e institutos jurídicos – inclusive a autonomia exercida nas relações interprivadas – adêquiem-se aos ditames concretizados na

Explico. A boa-fé objetiva insere-se em um contexto de revisão da autonomia de vontade a qual emergiu no direito como dogma incorporado às codificações do século XIX como mecanismo de contenção do arbítrio do estado absolutista. Vale, entretanto, uma observação. Os princípios liberais do contrato, como doutrina PAULO LUIZ NETTO LÔBO, “afirmaram a liberdade individual e contribuíram para o controle dos poderes públicos, mas foram insuficientes para controlar os abusos dos poderes privados”.<sup>44</sup>

De fato, a ampla liberdade atribuída aos particulares revelou-se, em razão do seu exercício abusivo, insuficiente para a tutela da pessoa. E o direito civil migrou de uma visão tradicionalmente patrimonialista para uma “tendência de repersonalização”<sup>45</sup> pautada na tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição).

A dignidade da pessoa humana, núcleo essencial dos direitos fundamentais e fundamento da República, não se satisfaz com a garantia da liberdade privada, porque, nos ensinamentos da MARIA CELINA DE BODIN, ao lado da liberdade, são também elementos da dignidade a integridade psicofísica, a igualdade substancial e a solidariedade.<sup>46</sup> A boa-fé, por sua vez, ao criar deveres anexos ligados a um padrão ético de comportamento e ao restringir o exercício amplo de direitos, com fim de se proteger a confiança que fez nascer legítimas expectativas, significa uma imposição estatal aos particulares de observância de um dever fundado na solidariedade. Por isso, diversos civilistas, dentre os quais, ANDERSON SCHREIBER, apontam a solidariedade do art. 3º, inciso I, da Constituição como “fundamento normativo mais elevado” da boa-fé objetiva.<sup>47</sup>

Na mesma linha, NELSON ROSENVALD visualiza na solidariedade uma superação da visão estática de obrigação segundo a qual entre credor e devedor forma-se uma relação de mera subordinação voltada para o adimplemento obrigacional, porquanto a solidariedade incorporará na relação a imperativa observância de deveres de “cooperação dos indivíduos” voltados para a “satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e do devedor”.<sup>48</sup> É por este motivo que na V Jornada de Direito Civil do

Constituição, não sendo considerada abstratamente, mas sofrendo sempre um juízo de merecimento de tutela” (SOUZA, Allan Rocha de. CASTRO, Raul Murad Ribeiro. *Direitos autorais: entre o patrimonial e o existencial*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4039.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2013, p. 8008).

<sup>44</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil*. In: Revista Jurídica UNIRONDON/Faculdades Integradas Cândido Rondon. n. 03. Cuiabá: UNIRONDON, 2001, p. 21.

<sup>45</sup> “É certo que as relações civis têm um forte cunho patrimonializante, bastando recordar que seus principais institutos são a propriedade e o contrato (modo de circulação da propriedade). Todavia, a prevalência do patrimônio, como valor individual a ser tutelado nos códigos, submergiu a pessoa humana, que passou a figurar como polo de relação jurídica, como sujeito abstraído de sua dimensão real”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 103).

<sup>46</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

<sup>47</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 269-270.

<sup>48</sup> “A obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo – uma série de atos relacionados entre si –, que desde o início se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interessa na prestação. Hodiernamente,

CJF consolidou-se a tese de que o abuso do direito – que pode ser configurado nas condutas violadoras da boa-fé objetiva – tem por base constitucional o princípio da solidariedade.<sup>49</sup> Toda essa lógica se projeta para a fase pré-contratual.

A imposição de observância de deveres de cooperação, ao seu turno, restringirá, em diferentes graus de intensidade, a autonomia privada e, mais especificamente, a liberdade contratual. Todavia, a superação jurídica da concepção hegemônica da autonomia não importa em diminuição da relevância que a liberdade assume como elemento chave de proteção da pessoa humana, como se a vontade privada estivesse sob um prisma constitucional em degrau protetivo mais baixo se comparado à solidariedade.

A liberdade individual é um dos pilares do Estado Democrático e integra, da mesma forma que a solidariedade, o conteúdo da dignidade da pessoa humana. A autonomia, a qual se extrai da liberdade individual, é, nas palavras de LUIS ROBERTO BARROSO, elemento da dignidade da pessoa humana e fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa.<sup>50</sup>

A Constituição da República, à vista disso, dá especial atenção à liberdade individual (arts. 1º, inciso IV; 3º, inciso I; 5º, *caput* e incisos II, IV, VI, XIII, XVII, XVIII, XX, LIV; 8º, *caput* e incisos; 170, *caput*, inciso IV e parágrafo único; 209, *caput*; 226, § 7º; etc). Diante desta proteção constitucional, a excessiva publicização das relações privadas, com a desarrazoada imposição aos negociantes de soluções de viés heterônomo, além de ferir a autonomia privada, pode acarretar perigosa insegurança jurídica e fomentar ambiente inibitório às negociações contratuais. Tanto segurança como a autonomia privada, por sua vez, são bens jurídicos imprescindíveis à livre circulação de riquezas entre particulares, o que se traduz na essência do capitalismo como sistema econômico adotado pela Constituição.

Dai exsurge a preocupação de se evitar a banalização da responsabilidade pré-contratual. De forma alguma a imputação de responsabilidade por conduta pré-contratual deve ser entendida como regra geral, pois é justamente o oposto. Não basta a presença de dano, pois mesmo o exercício regular de um direito o pode gerar<sup>51</sup> – os riscos fazem parte da vida. Ao contrário, a ausência de vínculo jurídico decorrente da autonomia de vontade e o princípio da legalidade, expresso no art. 5º, inciso II, da Constituição, segundo o qual, salvo nas hipóteses em que a lei não impuser uma obrigação de fazer ou não fazer, os particulares são livres para direcionarem

não mais prevalece o *status* formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica. Para além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor existe o bem comum da relação obrigacional, voltado para o adimplemento, da forma mais satisfativa ao credor e menos onerosa ao devedor. O bem comum na relação obrigacional traduz a solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e devedor” (ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-Fé*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 204).

<sup>49</sup> Enunciado n. 414/CJF – “Art. 187: A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito.”

<sup>50</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. Trad. Humberto Laport de Mello. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 81.

<sup>51</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 163.

suas próprias escolhas, conduzem à excepcionalidade da responsabilidade civil dos que participam dos entendimentos preliminares, ainda que eventualmente causem danos.<sup>52</sup>

Feliz, portanto, a redação do art. 187 do CCB, que trata do abuso do direito – fundamento, como alhures mencionado, da responsabilidade pré-contratual – ao qualificar como ato ilícito a conduta que “manifestamente” exceder os limites impostos pelo fim econômico ou social do direito, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A expressão “excede manifestamente” visa a impedir o “excessivo subjetivismo do juiz”, nas palavras de SÉRGIO CAVALIERI. Assim, “caberá ao julgador apontar, em cada caso, os fatos que tornam evidente o abuso do direito, com o quê se evitará a temida arbitrariedade ou o cerceamento do legítimo exercício do direito”.<sup>53</sup>

Para sumarizar, a responsabilidade pré-contratual possui seu fundamento na Constituição (princípio da solidariedade), mas importa em mitigação da autonomia privada, que da mesma maneira possui justificativa constitucional. O princípio da unidade, segundo o qual todas as normas constitucionais detêm igual hierarquia, impõe a ponderação, diante do caso concreto, dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados e em rotas de colisão. A falta no Código de critérios apriorísticos para a aplicação da responsabilidade pré-contratual confere significativa margem ponderativa ao juiz. Essa lacuna normativa, entretanto, não é convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial.<sup>54</sup>

Mas como a regra é a não vinculação dos negociantes aos atos praticados durante as tratativas contratuais, a imputação de responsabilidade pré-contratual, exatamente pelo seu caráter excepcional, impõe ao magistrado um forte ônus argumentativo, no sentido de explicitar quais os elementos fáticos presentes na específica hipótese da vida que justificam o ponto fora da curva. Apenas essa argumentação legitimará a responsabilidade pré-contratual, pois inibirá o voluntarismo e soluções *ad hoc* e possibilitará “um controle da racionalidade do discurso jurídico”.<sup>55</sup>

A tarefa nem sempre é fácil. Há, claro, situações em que a responsabilidade pré-contratual é inafastável, diante da flagrante abusividade ou da evidente violação da boa-fé do negociante na fase das tratativas. O caso acima narrado da idosa que vendeu obra de arte valiosa a preço módico para experiente comerciante de artes retrata uma situação manifesta sobre a qual a imputação da responsabilidade civil ao comerciante será medida inevitável.

Existem, contudo, situações inseridas em uma zona nebulosa da qual emerge dúvida objetiva sobre a incidência ou não da responsabilidade pré-contratual. Definir se mero envio domiciliar, sem prévio requerimento, de cartão de crédito bloqueado por instituição financeira, mesmo quando não há negatização do nome do consumidor, configura ou não conduta pré-contratual geradora de dever indenizatório por danos morais era, até o STJ pacificar o tema, tarefa mais dificultosa (julgado será ainda explanado). Ao contrário do primeiro caso, a solução jurídica não é tão flagrante. O caso concreto atrai a incidência de princípios ou regras hierarquicamente equivalentes e em colisão.

<sup>52</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 46.

<sup>53</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 163.

<sup>54</sup> BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 349-350.

<sup>55</sup> BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 356.

Em questões de soluções difíceis (*hard cases*), é imprescindível que o operador do direito lance mão de raciocínio ponderativo, a fim de “selecionar as normas e os fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa”, de forma a serem preservados na medida do possível, ainda que mediante mecanismo de concessões recíprocas, os diversos valores contrapostos.<sup>56</sup>

Em casos de potencial imputação de responsabilidade civil pré-contratual, a autonomia de vontade, de um lado, e o dever de solidariedade social, de outro, entram em rota de colisão a apontar para a configuração de um caso difícil. Todavia, mesmo que a dificuldade pare em um primeiro momento, o estado de *hard case* não é perene. É porque os semelhantes casos da vida tendem a se repetir. Vagarosamente a doutrina e principalmente a jurisprudência, à medida que se debruçam sobre os casos concretos reais ou hipotéticos, criam soluções padrões e erigem critérios norteadores de novas soluções. Desta forma, “uma vez que em um caso real se reproduzam as circunstâncias fáticas imaginadas pela doutrina ou se repitam hipóteses já verificadas anteriormente, o juiz terá à sua disposição modelos de solução pré-prontos”.<sup>57</sup>

Assim, os casos antes considerados difíceis vão gradualmente adquirindo cariz mais fácil. No próximo capítulo, portanto, serão apresentados alguns parâmetros para aplicação da responsabilidade pré-contratual que servem de auxílio ao profissional jurídico na tarefa de identificação de situações atrativas do instituto.

## 6. Standards jurídicos

A doutrina e a jurisprudência trabalham com alguns critérios para responsabilizar os contratantes por atos cometidos na fase de pontuação. Um deles é a vulnerabilidade do lesionado. Em uma relação consumerista típica, por exemplo, não deve ser dispensado tratamento semelhante àquele dispensado em outra relação marcada pela paridade econômica, jurídica e informacional dos envolvidos.

O STJ, à guisa de ilustração, considera abusiva a prática comercial de envio, sem prévia solicitação, de cartões de crédito ao domicílio do consumidor. O ministro relator do recurso afirmou que o reconhecimento, com base no princípio da boa-fé objetiva, da abusividade da conduta das administradoras de cartão de crédito visa à tutela dos interesses dos consumidores no período pré-contratual. A preocupação com a proteção de vulneráveis ficou bastante evidente na parte final do voto, ao se consignar que “a situação vivenciada pelos consumidores, especialmente pessoas humildes ou idosas” pode gerar desnecessária angústia.<sup>58</sup>

Em sentido oposto, a jurisprudência tende a assumir posição de deferência à manifestação de vontades exteriorizadas nas relações paritárias, principalmente naquelas entre empresários. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, negou pedido indenizatório formulado por sociedade empresária de porte que construiu *shopping center* por a construtora não ter implementado salas de cinema

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. cit.*, p. 376.

<sup>57</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A nova interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61.

<sup>58</sup> REsp 1199117/SP, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/03/2013

no estabelecimento da parte autora. O fundamento do acórdão é o de que havia mero protocolo de intenções entre “as partes paritárias, em igualdade de condições jurídicas e econômicas, não havendo que se falar em hipossuficiência ou necessidade protetiva de qualquer delas por parte do Judiciário”. O relator do acórdão ressaltou que, “embora o princípio ‘pacta sunt servanda’ não seja absoluto”, “partes iguais pressupõe obediência maior à autonomia da vontade, o que não ocorreria, por exemplo, em face de contratos de adesão em relações consumeristas”.<sup>59</sup>

De fato, não se pode negar, em especial nas relações paritárias, a relevância àqueles instrumentos pré-contratuais que, por determinação em cláusula expressa ou por força do costume comercial, não vinculam as partes à contratação, mas, ao revés, estabelecem somente as condições das negociações. Os acordos de confidencialidade, acordos para realização de *due diligence*, carta de intenções, memorandos de entendimentos e *heads of agreement* assumem importância no mundo empresarial, principalmente no comércio internacional, e é dever do direito assegurar um ambiente de segurança jurídica e de respeito à autonomia privada. Nessas hipóteses, a responsabilidade pré-contratual é excepcionalíssima.<sup>60</sup>

Outro critério para aferir se uma conduta pré-contratual é capaz de gerar legítimas expectativas aptas a conduzir à responsabilidade civil é o número de atos praticados pelas partes que caminham em direção à formalização do contrato. A solidariedade, de onde provém a boa-fé, não é estática. Longe disso, sua intensidade é variável. Quanto mais próximo as partes estão da celebração do contrato, maior o dever recíproco de solidariedade. A jurisprudência, então, tende mitigar o poder de escolha das partes. Quanto mais distante do ajuste, maior a tendência de se prestigiar a autonomia de vontade.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Apelação 9102256-58.2006.8.26.0000; Relator(a): Soares Levada; Comarca: Santos; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 12/09/2011; Data de registro: 15/09/2011.

<sup>60</sup> Diário Manuel de Moura Vicente comunga com este entendimento. Para ele não determina a responsabilidade pré-contratual “o não cumprimento de obrigações voluntariamente assumidas pelas partes quanto aos preliminares e à conclusão dos contratos, por exemplo, mediante acordos de negociação, acordos de princípio ou cartas de intenção, pelos quais as partes se vinculam a iniciar ou a prosseguir negociações com vista à conclusão futura de um contrato, ou de acordos de confidencialidade, mediante os quais uma ou ambas as partes se obrigam a não divulgar informações obtidas no decurso das negociações. O descumprimento de acordos desse tipo – os quais têm hoje particular relevância no comércio internacional – dá lugar a uma forma de responsabilidade cujos pressupostos e conteúdo são em larga medida determinados pela vontade das partes; razão por que ela não se confunde com a responsabilidade por violação de deveres legais como os extraídos do art. 422 do Código Civil brasileiro.” (*Op. cit.*, p. 37)

<sup>61</sup> Dois julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro são esclarecedores. No primeiro, a Corte desacolheu pedido de indenização por danos materiais e morais formulado por pessoa jurídica contra proprietária de imóvel não residencial em razão de suposta quebra abrupta das tratativas. No caso, a proprietária veiculara anúncio de locação comercial. A autora exteriorizou seu interesse na contratação e resiliu contrato anterior de locação assim que deu início aos preparativos para mudança. Todavia, deixou de pegar ficha de proposta de locação e de fornecer em prazo razoável a documentação exigida pela proprietária. Esta última, por conta da inércia da pretensa locatária, locou o bem para terceiro. O acórdão do Tribunal chancelou a conduta da proprietária, na medida em que a mera sinalização de interesse no contrato não teve o condão de gerar legítima expectativa. A escassez de elementos fáticos atraiu a aplicação da regra geral, segundo a qual as tratativas negociais não vinculam. Provável que a solução teria sido diferente se a interessada na locação tivesse buscado junto à administradora do imóvel a ficha de proposta e fornecido a documentação exigida em prazo razoável (TJ/RJ, 0009602-47.2004.8.19.0203 (2009.001.29620) – Apelação – Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo -

Isso evidencia que o vínculo erigido entre os particulares não é estático – e não surge repentinamente quando do contrato definitivo –, mas é gradativo. A formação contratual é, não raras vezes, paulatina. Por esta razão, muitos doutrinadores defendem a tese de que a responsabilidade civil pré-contratual é contratual, pois mesmo antes do contrato derradeiro, já existe vínculo entre as partes capaz de desqualificar eventual responsabilidade como aquiliana. O tema, por ser demais controvertido, merece explanação à parte no tópico que se segue.

## 7. Natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual

A admissibilidade da responsabilidade civil pré-contratual é bastante mansa na doutrina. Noutra passo, não se pode afirmar que assim o seja seu enquadramento jurídico. Sua natureza jurídica é ponto controvertido. As diversas orientações doutrinárias podem ser classificadas para fins didáticos em três correntes: (a) contratual; (b) *sui generis*; e (c) extracontratual (ou aquiliana).

Consoante acima explicado, a responsabilidade por atos praticados nas tratativas contratuais significa em certa medida superação do modelo estático e tradicional de formação dos contratos consubstanciado no binômio proposta-aceitação, em favor de uma visão processualizada.<sup>62</sup> Se com esteio na concepção clássica, apenas com o pacto, fruto da reunião exteriorizada de vontades dos indivíduos (proposta + aceitação), nascem normas vinculativas com eficácia subjetiva interpartes, em uma visão contratual processualizada, ao seu passo, é defensável que entre os negociantes, ainda em fase antecessora à formação do negócio, já exista uma relação jurídica. Sob esse *prima*, parte considerável da doutrina entende que a responsabilidade civil pré-contratual é contratual<sup>63</sup>, porque os deveres impostos às partes nas tratativas contratuais resultam de um dever específico de boa-fé.<sup>64</sup> CARLYLE POPP argumenta que a responsabilidade advinda da fase pontuação não é aquiliana, uma vez que a relação jurídica é preexistente ao ilícito e, por conseguinte, os deveres dos negociantes decorrem não de uma

Julgamento: 03/09/2009 - 16ª Câmara Cível)

No outro julgado, também envolvendo ruptura das negociações preliminares, contudo voltadas para contrato de compra e venda de imóvel, o mesmo Tribunal reconheceu o direito à indenização. Na hipótese, o interessado entrou em entendimento com o proprietário para a aquisição do bem. O pretenso vendedor, entretanto, rompeu as negociações após uma sucessão de atos que indicavam a venda. Já havia anuído com a contratação. Inclusive disponibilizou e assinou toda a documentação necessária para o financiamento hipotecário perante instituição financeira. Tudo conduzia ao ajustamento. Mas na data combinada para comparecimento ao cartório a fim de assinar a escritura de compra e venda, o dono do bem repentina e imotivadamente se arrependeu. (TJ/RJ, 0042919-34.2002.8.19.0000 (2002.001.18860) – Apelação - DES. Humberto de Mendonça Manes - Julgamento: 17/09/2002 - 5ª Câmara Cível)

<sup>62</sup> LARENZ, Karlz. *Derecho de obligaciones*. t.I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 279.

<sup>63</sup> Filiam-se a esta corrente contratual da responsabilidade pré-contratual, dentre outros, Carlyle Popp, Antônio Junqueira de Azevedo, Flávio Tartuce, Luigi Mengoni, Salvatore Romano, Francesco Bennati, Adriano De Supis e Francesco Galgano. (TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 132).

<sup>64</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum*. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 23.

imposição genérica do ordenamento jurídico, mas do conteúdo das tratativas e das condutas das partes.<sup>65</sup>

Para a segunda corrente doutrinária, a responsabilidade civil pré-contratual é um *tertium genus* que não se enquadra nem na responsabilidade contratual, porque ainda não há contrato, tampouco na responsabilidade extracontratual, porque já existe uma relação jurídica entre os negociantes. Assim, estar-se-ia em uma área de indeterminação a ensejar a aplicação de um regime jurídico híbrido.<sup>66</sup>

Não são esses, todavia, os entendimentos prevaletentes na doutrina. Para corrente majoritária<sup>67</sup>, a responsabilidade originária de condutas dos negociantes durante os acordos preparatórios é extracontratual. E parece que esse seja o melhor enquadramento jurídico do objeto analisado.

A importância da definição da natureza de dado fenômeno jurídico reside na definição do regime normativo a ele incidente. Logo, até em razão da dificuldade de se enquadrar a responsabilidade pré-contratual em uma ou outra categoria de responsabilidade civil, melhor seria se a própria lei definisse os seus contornos jurídicos. Todavia, o Código Civil de 2002 é omissivo.<sup>68</sup>

Resta, portanto, à doutrina e jurisprudência a árdua tarefa de situar a responsabilidade civil decorrente das negociações pré-contratuais dentro do ordenamento. E há relevância não apenas acadêmica na definição. O Código Civil de 2002 deu tratamento dual à responsabilidade civil, de forma que manteve, na mesma linha do Código revogado, divisão de regimes voltados para cada espécie de responsabilidade. Seguem algumas diferenças entre os regimes adotadas pelo ordenamento e apontadas por RODRIGO XAVIER LEONARDO:<sup>69</sup>

a) o prazo prescricional para exercício da pretensão fundada na responsabilidade civil extracontratual é de três anos (art. 206, § 3º), ao passo que o da pretensão decorrente do inadimplemento contratual é, como regra, decenal (art. 205);

b) a responsabilidade civil contratual depende da constituição em mora do devedor. Assim, os juros de mora passam a fluir da notificação ou da citação (art. 405). Já a mora da responsabilidade civil extracontratual nasce no momento da prática do ato delituoso (art. 398). Por esta razão, “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”<sup>70</sup>;

<sup>65</sup> POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 149.

<sup>66</sup> “Toda a dificuldade da tarefa resulta de situarem-se as hipóteses de culpa na formação dos contratos em espécie de zona cinzenta entre as que dão lugar à responsabilidade contratual e à extracontratual. O regime aplicável à responsabilidade pelos danos desse modo causados a terceiros não pode, por conseguinte, ser linearmente extraído das regras atinentes a qualquer das duas modalidades fundamentais do dever de indenizar”. (VICENTE, Dário Moura. *Op. cit.*, p. 39).

<sup>67</sup> Dentre outros: Cristiano Zanetti, Saleilles, Faggella, Mário Júlio de Almeida Costa, Antônio Chaves, Carlos Alberto Bittar, Caio Mário da Silva Pereira e Maria Helena Diniz (TARTUCE, Flávio. *Op. cit.*, p. 132).

<sup>68</sup> VICENTE, Dário Moura. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>69</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 116-117.

<sup>70</sup> Enunciado n. 45 da Súmula do STJ

c) o ônus da responsabilidade civil delitual é, em regra, mais amplo, eis que engloba prova do ato lesivo, do dano, do nexo de causalidade e da culpa. Na responsabilidade contratual, cabe ao autor, em regra, somente comprovar a relação contratual e o inadimplemento, porque a culpa é presumida<sup>71</sup>. Essa diferenciação, embora apontada em diversas obras doutrinárias sobre a reponsabilidade pré-contratual, é, ao nosso ver, impertinente, pois esse tipo de responsabilidade tem respaldo na boa-fé objetiva e, de tal modo, não se exige configuração de culpa; e

d) em caso de conflito aparente de leis no espaço, o direito internacional privado elege, para o caso de responsabilidade civil contratual, a lei do lugar da residência do proponente (art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e para a responsabilidade extracontratual, a lei do local do dano (art. 9º, *caput*).

Assim, diante da diversidade de regime, faz-se imperiosa a definição da responsabilidade das tratativas como contratual ou extracontratual, inobstante nenhum enquadramento se revele inteiramente correto. Afinal, a responsabilidade civil extracontratual é exemplo doutrinário para críticas à superação da dicotomia clássica dos tipos de responsabilidade quanto à fonte de sua obrigação.<sup>72</sup> Justamente por conta dessas críticas, a tese da natureza *sui generis* se revela sedutora.

Todavia, dizer que a natureza é *sui generis* significa não enquadrar a responsabilidade civil em qualquer das duas categorias regulamentadas pela lei civil, o que vai de encontro à sistemática adotada pelo Código Civil de 2002 – em que pese censuras *de lege ferenda* de parte da doutrina<sup>73</sup>. E mais, cria-se um terceiro regime de responsabilidade, a despeito da ausência de previsão legal. Essa solução híbrida, por outro viés, deixa de prestigiar a segurança jurídica. A definição das regras aplicáveis ficaria ao vento do casuísmo. Melhor que se enquadre a responsabilidade pré-contratual ou como aquiliana ou como contratual, embora nenhuma escolha seja imune a críticas, porquanto se está diante de verdadeira zona gris.

Antes de enquadrar a responsabilidade pré-contratual, é fundamental diferenciar responsabilidade contratual da extracontratual. Para os que defendem a corrente contratual, já se formaria nas tratativas contratuais uma relação jurídica entre os negociantes, de ordem que seria possível vislumbrar deveres específicos de um para com outro.

O ponto nodal é saber se é suficiente para identificar uma responsabilidade contratual a mera existência de um vínculo prévio entre as partes. A resposta é

<sup>71</sup> VICENTE, Dário Moura. *Op. cit.*, p. 38.

<sup>72</sup> A imputação do dever de indenizar em razão de fatos ocorridos em períodos que antecedem a constituição da relação obrigacional – por meio da chamada culpa in contrahendo, segundo expressão tributável a Jhering –, aparece como um dos primeiros sinais de insuficiência da clássica diferenciação entre a responsabilidade civil contratual e extra-contratual. (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 113)

<sup>73</sup> “Os adeptos da teoria unitária, ou monista, criticam essa dicotomia, por entenderem que pouco importam os aspectos sobre os quais se apresente a responsabilidade civil no cenário jurídico, já que os seus efeitos são uniformes. Contudo, nos códigos dos países em geral, inclusive no Brasil, tem sido acolhida a tese dualista ou clássica”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 38)

negativa. Para a responsabilidade ser contratual é necessário mais do que um mero vínculo prévio entre as partes, mas a “quebra de um vínculo constituído a partir do poder de autonomia privada”.<sup>74</sup> É porque o dever jurídico pode emergir da lei ou da vontade dos indivíduos consolidada em um negócio jurídico. A transgressão da lei – por se tratar de violação a uma norma legal – é um ilícito extracontratual, mesmo que exista previamente um vínculo entre lesionador e lesionado. A transgressão do negócio jurídico – contrato ou declaração unilateral de vontade –, por sua vez, é ilícito contratual, porque a violação se dá a uma norma negocial.<sup>75-76</sup>

Neste sentido, FERNANDO NORONHA define como “responsabilidade civil contratual a obrigação de reparar danos resultantes do inadimplemento, da má execução ou do atraso no cumprimento de obrigações negociais (isto é, nascidas de contratos e de negócios jurídicos unilaterais)”; e responsabilidade extracontratual como “a obrigação de reparar danos resultantes da violação de outros direitos alheios, sejam absolutos (como os direitos da personalidade, os reais e os sobre bens imateriais) sejam simples direitos de crédito constituídos entre outras pessoas, sejam até outras situações dignas de tutela jurídica.”<sup>77</sup> Assim, a distinção-chave para a definição do tipo de responsabilidade civil não é a preexistência ou não de relação jurídica entre sujeitos, mas, nas lições de SÉRGIO CAVALIERI, está “na sede” do dever jurídico preexistente. “Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato”. Já a responsabilidade extracontratual estará presente “se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei e na ordem jurídica”.<sup>78</sup>

Na responsabilidade pré-contratual não há contrato apto a gerar deveres entre as partes advindos das normas constituídas sob a égide da autonomia de vontade. Parte-se na verdade de um reconhecimento pelo direito, isto é, pelo Poder Público, de que acordos preparatórios ao contrato devem ser juridicamente valorados, uma vez que são fontes potenciais de danos indenizáveis. Eventual responsabilidade decorrerá justamente do “dever geral de *neminem laedere*, ou seja, de não causar prejuízos aos particulares.”<sup>79</sup> Assim, a responsabilidade pré-contratual é, nas palavras de MARIA HELENA DINIZ, “fundada no princípio de que os interessados na celebração de um contrato deverão comportar-se de boa-fé e nos arts. 186 e 927 do CCB que dispõe que todo aquele que, por ação ou omissão, culposa ou dolosa, causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”.<sup>80</sup>

Nessa linha de raciocínio, com a devida vênia, melhor a definição da natureza jurídica da responsabilidade por condutas do período anterior ao contrato como extracontratual.<sup>81</sup>

<sup>74</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>75</sup> Aliás, mais técnico falar em responsabilidade negocial, e não em contratual.

<sup>76</sup> NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. In: Revista Sequencia. Estudos Jurídicos e Políticos. UFSC. Santa Catarina. v. 19, n. 37, p. 21-37, 1998, p. 21

<sup>77</sup> NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>78</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p. 37-38.

<sup>79</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>80</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 46.

<sup>81</sup> Transcrevo, por ser elucidativo, ensinamento de Fernando Noronha: “Ora, se as responsabilidades

## 8. Conclusão

Como se almejou sublinhar neste trabalho, a doutrina da culpa *in contrahendo* não está contemplada expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário do que ocorre em outros países. Contudo, a viabilidade jurídica de responsabilidade civil pré-contratual é consolidada na doutrina e na jurisprudência pátrias. Ela está respaldada no princípio da boa-fé objetiva e encontra base constitucional na solidariedade. Todo o conteúdo do princípio da boa-fé será aplicado na relação ainda não contratualizada entre os negociantes.

A constitucionalização do direito civil influencia decisivamente o estudo da responsabilidade civil pré-contratual. Faz-se imperiosa uma leitura constitucional do tema. O princípio constitucional da solidariedade se insere em um contexto de revisão da autonomia de vontade. Porém, não há hierarquia entre solidariedade e autonomia, pois ambos são princípios com justificativa constitucional e integram a substância da dignidade da pessoa humana. Diante do caso concreto potencialmente atrativo da responsabilidade civil pré-contratual, portanto, exige-se do juiz que lance mão de um raciocínio ponderativo.

A tarefa é, por vezes, difícil. Mas a doutrina e, principalmente, a jurisprudência, à medida que enfrentam casos concretos, criam soluções padrões e assentam critérios facilitadores do trabalho ponderativo. Podem ser citados dois desses critérios: (a) vulnerabilidade do negociante x paridade da relação negocial; e (b) proximidade da concretização do negócio jurídico, aferida pela análise da quantidade de atos praticados pelas partes que caminham em direção à sua celebração.

A natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual, ao seu turno, é ponto divergente. Sua definição, por outro lado, é de suma importância, a fim de se estabelecer o regime jurídico aplicável ao caso concreto. Para corrente majoritária, à qual nos filiamos, a responsabilidade originária de condutas dos negociantes durante os acordos preparatórios é extracontratual, delitual ou aquiliana, pois é respaldada no reconhecimento de que atos preparatórios ao contrato devem ser valorados pelo direito, tendo em vista que são fontes potenciais de danos indenizáveis. Eventual responsabilidade advém do dever geral de não causar prejuízos a outrem.

## 9. Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A Boa-fé na relação de consumo*. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p. 20 a 27, abr./jun. 1995.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-*

civil e negocial não são compartimentos estanques e se a segunda é mero direito especial, tendo como fundamento a autonomia deixada às partes, então o regime desta será aplicável apenas no âmbito que couber na esfera dessa autonomia. Por isso é que será a responsabilidade civil geral que vai regular os danos acontecidos na fase das negociações preliminares (responsabilidade pré-contratual), mais os que possam acontecer após integral cumprimento das obrigações assumidas (responsabilidade pós-contratual), e ainda aqueles acontecidos durante a relação contratual, mas que fiquem fora do âmbito da autonomia privada (hipótese que se poderia chamar de responsabilidade supra-contratual)" (NORONHA, Fernando. *Op. cit.*, p. 33).

*contratual no direito comum*. In: Revista de Direito do Consumidor, n. 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A nova interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 28, n. 60, p. 27-65, jul./dez. 2004.

*A dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial*. tradução Humberto Laport de Mello. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (coord.). *A nova interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual – No novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume IV: contratos: teoria geral*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. t.I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro*. Tuiuti: Ciência e Cultura, n. 30, FCJ 04, p. 107-119, Curitiba, mai. 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

- \_\_\_\_\_. *Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil*. Revista Jurídica UNIRONDON/Faculdades Integradas Cândido Rondon. n. 03. p. 11-22. Cuiabá: UNIRONDON, 2001.
- MATTIETTO, Leonardo. *O princípio do equilíbrio contratual*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 64, 2009, p. 183-191.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos*. Disponível em < [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/ntcont.doc](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ntcont.doc)>. Acesso em 27 de maio de 2013.
- MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Apontamentos sobre o Papel da Vontade nas Situações Existenciais*. In: Revista trimestral de direito civil, v. 25, Rio de Janeiro, jan./mar. 2006.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos a pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em 27 de maio de 2013.
- MOURA, Renata Helena Paganotto. *Responsabilidade Pré-contratual, contratual e pós-contratual*. In: Revista do Curso de Direito da Faculdade Campo Limpo Paulista – v. 6, Porto Alegre: IOB, 2008, p. 58-64.
- NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. In: Revista Sequencia. Estudos Jurídicos e Políticos. UFSC. Santa Catarina. v. 19, n. 37, p. 21-37, 1998.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Figuras Parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium*. In: THESIS São Paulo, ano IV, v. 8, p. 39-70, 2º semestre, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito privado*. t. XXXVIII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.
- POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2002.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade Humana e Boa-Fé*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos*. Série Leituras Jurídicas. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- SOUZA, Allan Rocha de. CASTRO, Raul Murad Ribeiro. *Direitos autorais: entre o patrimonial e o existencial*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4039.pdf>> Acesso em 30 de maio de 2013.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. V. 3, 7ª ed.. São Paulo: Método, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, nº 7, jul-set. 2007.
- VICENTE, Dário Moura. *A responsabilidade pré-contratual no Código Civil Brasileiro de 2002*. Revista CEJ, Brasília, n. 25, p. 34-41, abr./jun. 2004.