

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

DÓRIS AMARAL KÜMMEL

A disciplina jurídica do rompimento injustificado de negociações pré-contratuais no direito
brasileiro e no direito alemão

Porto Alegre

2013

DÓRIS AMARAL KÜMMEL

A disciplina jurídica do rompimento injustificado de negociações pré-contratuais no direito brasileiro e no direito alemão

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da Profa. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel no curso de Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Porto Alegre

2013

DÓRIS AMARAL KÜMMEL

A disciplina jurídica do rompimento injustificado de negociações pré-contratuais no direito brasileiro e no direito alemão

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da Profa. Dra. Lisiane Feiten Wingert Ody como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel no curso de Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Aprovado em 5 de julho de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody

Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva

À memória de meu pai.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, Professora Lisiane Ody, pela *confiança*. Por ter me apresentado ao tema deste trabalho, agradeço à Professora Véra Fradera. Por ter despertado o interesse sério pelo Direito Privado, agradeço à Professora Judith Martins-Costa. Na pessoa delas, agradeço a todos os professores com quem tive a honra de aprender lições de Direito e de vida nesta Faculdade.

A pesquisa no tema das negociações contratuais não teria tanto brilho se não fosse a oportunidade de acompanhar com grande frequência a formação e o desenvolver de toda sorte de contratos, primeiro na equipe do escritório Lippert Advogados e depois na equipe do Franceschini Advogados, às quais agradeço pela convivência altamente produtiva.

Agradeço a todos os meus colegas das turmas de 2009, meus veteranos e calouros, que compartilharam estes anos de vida acadêmica em momentos de muita alegria e muita dificuldade. Agradeço também aos colegas com quem participei da Gestão do Centro Acadêmico em 2010, da coordenação do Núcleo de Extensão em Direito, Economia e Políticas Públicas – NEDEP, e da Assessoria Jurídica Hernani Estrella – AJHE.

Agradeço em especial aos colegas que sempre me incentivaram, e aos que não se importaram de, mesmo sobre as diferenças, construir uma amizade sincera: Bruno Becker, Morgan Adami, Rafael Xavier, Guilherme Seibert, Francine Salerno e Flora Valls, aos quais agradeço pelo companheirismo.

Agradeço ao corpo de servidores administrativos, em especial à Graça, à Ana e à Yara, pela dedicação ao bom andamento da nossa Faculdade.

Agradeço a toda a minha família pelo amor e pelo cuidado, e à minha mãe, em particular, pelo exemplo incomparável de sabedoria e de virtude: tu a todas sobrepujas. À minha irmã e ao meu irmão, agradeço pela parceria.

Agradeço a Deus, em quem todo o resto subsiste.

RESUMO

O presente trabalho analisa o problema do rompimento injustificado de negociações pré-contratuais dentro do ordenamento jurídico brasileiro e do ordenamento jurídico alemão. É analisada a relevância das tratativas para a formação do contrato e a forma como se enquadram na teoria do fato jurídico, para verificar como e quais efeitos podem produzir. Conclui-se que os atos de negociação podem incluir-se na categoria dos atos-fatos, não sendo a vontade o elemento relevante na determinação dos seus efeitos. É feita distinção entre as fases negociatória e decisória de formação do contrato. O rompimento injustificado de tratativas é analisado como hipótese de responsabilidade pré-contratual na perspectiva das fontes de obrigações, com destaque aos motivos que tornam injusto o rompimento de tratativas. Quanto a este aspecto notou-se que tanto no direito brasileiro como no direito alemão seu núcleo consiste na proteção à confiança, embora os dois ordenamentos classifiquem essa responsabilidade de forma diferente dentro da categoria das fontes de obrigações.

Palavras-chave: negociações – responsabilidade pré-contratual – tutela da confiança – boa-fé objetiva

ZUSAMMENFASSUNG

Das Ziel dieser Arbeit ist es, das Problem der Abbruch ohne triftigen Grund der Vertragsverhandlungen in der brasilianischen und der deutschen Rechtsordnung zu analysieren. Es analysiert die Bedeutung der Verhandlungen für den Abschluss des Vertrages und wie sie sich in der Theorie der juristischen Tatsachen anpassen. Es schließt daraus, dass die Verhandlungen kann in die Materialakten zählen, und dass der Wille der Parteien ist keine relevanten Faktor bei der Bestimmung ihrer Auswirkungen. Es wird unterschieden zwischen den Vertragsverhandlungen und Vertragsanbahnung Phasen gemacht. Abbruch ohne triftige Grund werden dann als ein Fall von vorvertragliche Haftung im Hinblick auf die Verpflichtungsquellen analysiert werden, Hervorhebung der Gründe, dass es ungerechtfertigte, den Abbruch der Verhandlungen zu machen. Das zu sehen wie und welche Auswirkungen der Verhandlungen produzieren können. Hinsichtlich der Verantwortung für das Scheitern der Verhandlungen unberechtigt, wurde festgestellt, dass sowohl die brasilianische Recht wie im deutschen Recht in seinem Kern Schutz Vertrauen besteht, obwohl die beiden Gerichtsbarkeiten klassifizieren diese Verantwortung anders in die Kategorie der Quellen.

Schlüsselwörter: Vertragsverhandlungen – culpa in contrahendo – Vertrauensschutz – Treu und Glauben

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS	22
2.1	PROPOSTA E ACEITAÇÃO	23
2.2	CONTRATOS PRELIMINARES	25
2.3	NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS	37
3	O ROMPIMENTO INJUSTIFICADO DE TRATATIVAS ENTRE AS FONTES DE OBRIGAÇÕES	43
3.1	A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	50
3.2	A BOA-FÉ OBJETIVA	54
3.3	OUTRAS TEORIAS	59
4	CONCLUSÃO	63
	REFERÊNCIAS	66
	BIBLIOGRAFIA	67

1 INTRODUÇÃO

O rompimento injustificado de negociações pré-contratuais¹, antes de ser um problema jurídico, é um conflito social que, inicialmente, não apresenta sinais homogêneos que possam caracterizá-lo dentro das teorias e categorias jurídicas que se conhece. Ao importar o problema para o direito abrem-se, como é característico nos problemas jurídicos, “diversas alternativas possíveis, [...] um espectro de teorias, às vezes até mesmo incompatíveis, que guardam sua unidade no ponto problemático de sua partida.” (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 108).

O problema do rompimento injustificado de tratativas é a ocorrência de um dano decorrente de uma situação atípica, para a qual, à época da formulação inicial do problema – sob a insígnia da *culpa in contrahendo*–, não havia solução. A reparação daquele dano não encontrava fundamento claro, e clara não poderia ser, então a responsabilização dele decorrente.

Formulada sob a denominação de *culpa in contrahendo*, a teoria sobre a pretensão indenizatória fundamentada em danos decorrentes de vícios sobre requisitos do contrato, presentes por ocasião de sua conclusão, nasceu da estreiteza dos remédios delituais romanos e pela insuficiência da disciplina voluntarista do contrato.

Foi a publicação do artigo intitulado *Culpa in Contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, no início dos anos 1860 – quando Rudolph von Jhering, seu autor, já detinha notoriedade entre os juristas alemães – que deu nova feição ao problema dos contratos nulos ou não chegados à perfeição, mais precisamente, à questão de saber se aquele que age em erro – e, com isso, prejudicando a integridade do contrato firmado – responde perante a contraparte pelo dano que, por sua culpa, lhe causou.

Ao buscar uma solução prática para esse problema, Jhering voltou a atenção para a fase que antecede a conclusão do contrato, sua fase de formação e, com isso, abriu margens para o estudo das situações pré-contratuais. Para Jhering (p. 32) se fez clara a necessidade de um agir diligente nessa fase ao contrato:

“Quem contrata sai deste modo do círculo de deveres puramente negativo do tráfico extracontratual e entra no positivo da esfera contratual, sai do campo da mera *culpa in*

¹ Não se descuida de que o contrato é espécie que, ao lado dos negócios jurídicos unilaterais, está debaixo do conceito, geral e abstrato, de negócio jurídico. Afasta-se, entretanto, o emprego do termo pré-negociais, pelo fato de o problema do trabalho focar uma interação entre partes, aspecto que falta, naturalmente, ao negócio jurídico unilateral.

faciendo para o da *culpa in non faciendo*, da *diligentia* positiva, e a primeira e mais geral obrigação que assim assume é a seguinte: aplicar a necessária *diligentia* logo no próprio contratar. Não são apenas as relações contratuais *formadas*, mas antes logo as que estão *em formação* que têm de estar sob a proteção das regras sobre a *culpa*.”

Sobre esta culpa não se poderia falar, em princípio, de aplicação dos princípios sobre culpa contratual, e tampouco tais casos se enquadrariam nos princípios da culpa extracontratual, da *actio legis Aquiliae* (JHERING, 2008, p. 2), uma vez que os contratos, nos casos abordados, não haviam chegado a se formar. Jhering obteve a delimitação sólida do domínio da culpa que estava a formular quando percebeu, em comum com outros casos – nos quais a necessidade de uma ação era reconhecida pela teoria, mas sem fundamentação bastante – que se estava tratar de uma culpa sobre relações contratuais tencionadas, culpa que se manifestava no momento da conclusão do contrato, ou seja, uma *culpa in contrahendo*.

A tese se tornou robusta a partir da tentativa de ampliação das hipóteses de dois casos encontrados nas fontes romanas – o de venda de bem *extra commercium* e o de transmissão de herança inexistente–, e em que fora afirmada a obrigação de indenização, sendo que o alienante tanto de um quanto de outro, por ignorar os respectivos vícios, não teria agido com a devida diligência. O resumo de Jhering para a própria teoria é que (2008, p. 41): “O imperativo de *diligentia* contratual vale, tal como para relações contratuais formadas, também para relações contratuais em formação, uma sua violação fundamenta aqui, como ali, a ação contratual de indemnização”.

Para ele, o momento a partir do qual os indivíduos se obrigariam a comportar-se com esta diligência é o momento em que ingressam no “tráfego contratual”, que corresponde então ao início da possibilidade de responderem por *culpa*, e não apenas por *dolo*, o que se reservava para o “tráfego extracontratual” (JHERING, 2008, p. 32-33).

A teoria tem o mérito de ter aberto o caminho para a problematização do rompimento injustificado de tratativas, pela qualificação que fez da *culpa* que ocorre *in contrahendo*, com a adstrição do proponente e do destinatário de uma proposta contratual à diligência *in contrahendo*, e com a formulação inicial da ideia de interesse contratual negativo como forma de definição da indenização nos casos em que analisou.

Na busca pela disciplina jurídica adequada ao rompimento injustificado de tratativas, deve-se fazer um percurso semelhante ao de Jhering: comparar os remédios disponíveis e verificar se, na insuficiência destes, há algum outro que se possa empregar. Apresenta-se então as feições que o problema da deste trabalho assumem.

Em um contexto em que as negociações assumem relevo, como se dá quando se visualiza um contrato complexo, com um programa vasto de obrigações entre as partes, o fato de uma das partes se dirigir à outra, com quem negocia, para romper aquilo que vinham desenvolvendo, para abandonar o *iter* em que vinham caminhando, deixa soltos todos os elementos que já se houvera providenciado para aquele contrato.

Tudo o que cada um trazia para prestar ou para poder prestar no contrato intentado – documentos, diligências, certidões, licenças, financiamentos, contratos com terceiros, horas de consultores, de advogados, de empregados, etc. – perde aquela destinação específica e, com isso, geralmente, a utilidade e o valor que teria. Todos esses atos visam produzir os efeitos obrigacionais por meio do contrato e não fora ou antes dele; se esse não chega a existir, não se forma validamente ou não é apto a produzir efeitos, salvo a incidência de alguma norma que determine diferente, aquela perda ocorre exclusiva e separadamente para cada parte: *the loss lies where it falls*.

Quando começam a negociar, propicia-se entre os indivíduos uma proximidade que, se se quiser manter, deve se constituir em um ambiente de confiança, em que possam interagir e se comunicar de modo a poder, querendo, chegar a um consenso. A boa comunicação negocial depende de que ambas as partes compartilhem o mesmo entendimento sobre o significado de seus atos. A referência para esse significado não pode ser exclusivamente o que uma ou a outra entende.

Essa proximidade, para além de ser um contato meramente social, é considerada uma possibilidade de interferência de uma parte na esfera jurídica da outra, assim entendido o conjunto de seus direitos e bens, e, por isso, é um contato com relevância jurídica. A confiança, traduzida no entendimento sobre os atos do outro como significantes de um ou outro posicionamento sobre a situação que está se desenvolvendo, também é um fato dotado de importância jurídica, pois, se deriva de uma interpretação considerada pelo direito como possível, normal ou correta sobre o agir do outro, pode essa confiança consolidar, para aquele ato, o significado atribuído, impedindo que seja posteriormente contradito.²

Uma forma empregada pelo direito para tentar garantir que não ocorra uma interpretação errônea sobre os atos das partes, é estabelecer referências objetivas ou acessivelmente objetiváveis que iluminem o entendimento sobre estes atos. Tais referências podem ser elaboradas através daquilo que é comum que se faça em situações semelhantes,

² A vedação a certos comportamentos contraditórios será analisada juntamente com a proteção desta confiança, na subseção 3.1

que seriam os usos para dada situação; no caso, os usos negociais, das trocas comerciais, do comércio jurídico, do tráfego jurídico-negocial³.

Estas noções – de contato social, de tratativas, de consentimento, de reciprocidade, de confiança, de usos do tráfego, de padrão de diligência, de lealdade, de informação relevante –, por necessitarem de complementação pelos elementos do caso concreto, demandam o estabelecimento de critérios claros para sua concreção.⁴

O problema, até aqui visto somente como interno às partes nas negociações pré-contratuais, é também externo a elas, pela implicação que tem com a segurança jurídica. O problema da falta de previsibilidade do que pode ou não ser considerado injusto no rompimento de tratativas e, por isso, sancionável, cria certa insegurança, que afeta a possibilidade de o indivíduo agir livremente. Isso porque a liberdade individual dificilmente pode ser exercida sem determinabilidade e calculabilidade do direito. “Determinabilidade significa a capacidade de conhecer os sentidos alternativos da norma, e calculabilidade, a capacidade de controlar os sentidos alternativos das decisões normativas.” (ÁVILA, 2011, p. 150). O direito fornece aos indivíduos a segurança inerente à liberdade através “das práticas doutrinária e jurisprudencial, que, paulatinamente, vai qualificando algumas opções de sentido como sendo as mais corretas ou as mais fortemente suportadas pelo ordenamento”, o que limita o espectro em que se situam as consequências normativas alternativas, (ÁVILA, 2011, p. 171).

A cognoscibilidade que o indivíduo tem sobre o direito através da determinabilidade e da calculabilidade serve para que não haja distorção entre o efeito visado e o ato praticado. A fase pré-contratual se desenvolve entre dois atos tomados livremente: o de começar a negociar e o de cessar a negociação, seja porque, apreciando-se positivamente a negociação, decidiu-se contratar, seja porque, avaliando-a negativamente, decidiu-se pela não vinculação. Naquele caso, almejam-se os efeitos contratuais, neste, almeja-se efeito nenhum ou afasta-se o efeito que não se almeja.

³ Os usos do tráfego não criam deveres, salvo se estiverem contidos, com tal função, em uma norma. Servem, geralmente, somente como critério de avaliação e interpretação da adequação de certas condutas (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 232). Também Couto e Silva (2006, p. 37).

⁴ Na exposição de motivos do Código Civil de 2002 se lê que, quando à concretização, “[o] que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a meros valores formais e abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com freqüente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, proibidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático. A “exigência de concreção” surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais ‘in fieri’.” (BRASIL, 2005)

“A liberdade envolve, assim, autonomia, e esta última opõe-se a uma vida de escolhas forçadas ou sem escolhas” (ÁVILA, 2011, p. 214), de modo que, se a legislação ou a jurisprudência limitarão a autonomia do indivíduo, devem fazê-lo de forma clara, a fim de que remanesça a escolha daquele sobre praticar ou não um ato – ou uma série deles – à vista de seus efeitos. No problema deste trabalho, a indeterminação sobre a qualidade do ato de interrupção das tratativas pode dar ao problema soluções muito distintas – tão distintas quanto *contrato* e *delito* na divisão tradicional das fontes de obrigações.

O problema do tratamento jurídico do rompimento de negociações contratuais é justamente esse: identificar quais normas são adequadas para a regulação dos elementos fáticos que as tratativas apresentam e, no caso de verificação de incompletude ou insuficiência do ordenamento para regular tais situações, de que forma ele pode ser integrado por outras respostas. A questão pode ser assim formulada:

“Como deveria ser caracterizada uma situação que pode apresentar alguns traços delituais e outros contratuais, mas que não satisfaz inteiramente os critérios usuais nem para a responsabilidade delitual e nem para a contratual? Especificamente, como deveria ser analisada uma situação em que um relacionamento está planejado mas não chega a ser realizado como, *e.g.*, aquele em que uma parte, com o conhecimento da outra, muda significativamente a sua posição durante negociações contratuais extensas e, em consequência, sofre uma perda considerável quando as negociações, ao final, se rompem?”⁵ (VON MEHREN, 2003a, p. 4)

Trata-se de perquirir entre duas formas de limitação à autonomia, aquela que decorre diretamente do *naeminem laedere* e a que decorre da autonomia privada, suprimindo a falta de cobertura que dão à situação pré-contratual com elementos que estendem a sua aplicação, investigação que deve considerar também a existência de uma regra que impeça a cumulação das duas limitações, em termos de responsabilidade. Entretanto, alguns sistemas legais, pela impossibilidade ou pelo entendimento de que fosse desnecessária a inserção de novas fontes de obrigações ou de alterações nas já existentes, buscaram sempre reconduzir o problema às duas categorias já existentes.

A autonomia privada é recebida na ordem jurídica de forma mais ou menos ampla, na medida em que divide espaço com outros valores e com o conteúdo ético que, em uma dada

⁵ Tradução nossa. No original: “How should a situation be characterized that can be viewed as presenting some delictual and some contractual traits but which does not fully satisfy the usual criteria for either delictual or contractual liability? In particular, how should one analyze a situation where a planned relationship is actively contemplated but fails of fruition as, *e.g.*, where one party, with knowledge of the other, significantly changes his position during extended contract negotiations and, in consequence, suffers a considerable loss when the negotiations ultimately break down?”

época, importa juridicamente tutelar.⁶ Investigando por esta perspectiva, vê-se que as teorias modernas do contrato e do negócio jurídico nasceram em um seio individualista, que valorizava sobremaneira a vontade dos indivíduos (COUTO E SILVA, 2006, p. 32), sendo essa também a tônica dos códigos oitocentistas.

A autonomia da vontade, com o trabalhar de diversas teorias que a abrandaram⁷, foi reconduzida aos limites do ordenamento, como refere Pontes de Miranda (1962, p. 39): “Não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode *querer* dentro desses limites.” Dentro destes limites, uma das formas de os indivíduos alcançarem efeitos que almejam é através dos negócios jurídicos, nos quais, ensina Pontes de Miranda (1962, p. 6) “cada um obtém que outrem tenha dever e obrigação de satisfazer a vontade a quem quer o ato de outrem”. A maneira como se chega a obter tal dever e obrigação de outrem não prescinde, absolutamente, de seu consentimento:

“No que a manifestação de vontade, inclusive por ato que não seja simples expressão do querer, não ofende interesses de outrem, ou interesses gerais, tem o ser humano, a pessoa, liberdade de fazer, de não fazer, de falar e de não falar. Onde atinge interesse alheio, a que cause dano, é preciso ou que o *alter* concorde com o que se passa ou se vai passar, ou tem o atuante de indenizar. Já aí está o limite ao auto-regramento da vontade.” (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 6)

O significado destes limites não é, como pode parecer se tomada em conta somente a perspectiva da redução da autonomia privada, totalmente negativo. Como antes mencionado, limites claros possibilitam que as pessoas “projetem as suas expectativas e a sua confiança nesse dado impessoal que é o da prevalência generalizada de condutas conformes a preceitos conhecidos.” (ARAÚJO, 2007, P.360)⁸. Os preceitos conhecidos que tem prevalência na fase

⁶ Ao esclarecer o papel da boa-fé objetiva como limite ao exercício de direitos subjetivos, desligando essa limitação da perspectiva subjetivista que tinham, Judith Martins-Costa (1999, p. 456) diz que a tendência, hoje verificável, busca especificar os casos de aplicação da boa-fé objetiva, “tornando o princípio menos fluido e de acentuado caráter técnico”, como fruto da necessidade de “isolar a boa-fé como norma técnica dotada de aplicação”, o que adviria “da constatação segundo a qual, se vista apenas como norma de reenvio a padrões éticos, tanto faria o apelo à boa-fé, como ao abuso de direito, quanto a um vago juízo de equidade, a uma cláusula geral de exceção de dolo ou conceitos similares, pois, em todos os casos, se estaria apenas ampliando a extensão dos poderes do juiz e não se permitindo um juízo com base em certo conteúdo substancial e específico.”

⁷ A preferência à vontade manifestada é disso um exemplo. Nesse sentido, “a evolução da responsabilidade pré-contratual parece refletir os fundamentos do direito dos contratos. Se a liberdade contratual continua a ser o princípio dominante, a autonomia sofre, no entanto, os danos à medida em que a intenção declarada às vezes é preferível à vontade real”. Tradução nossa. No original: “l'évolution de la responsabilité précontractuelle paraît ainsi refléter celle des fondements du droit des contrats. Si la liberté contractuelle demeure le principe dominant, l'autonomie de la volonté subit, en revanche, des atteintes dans la mesure où la volonté déclarée est parfois préférée à la volonté réelle.” (SCHIMT-SZALEWSKI, 1990, p. 566)

⁸ No mesmo sentido, Carneiro da Frada (2007, p. 415): “O modo humano de conduta postula a subordinação a um pensamento estratégico de vida. Uma contraditoriedade do comportamento opõe-se-lhe frontalmente,

pré-contratual e no tráfego extranegocial em geral não são somente os preceitos jurídicos, mas também outros que com eles interagem:

“Status e várias manifestações de conformação social, princípios éticos, moral comercial e sentimento religioso tem, assim, considerável importância para áreas da vida que podem recair no campo de influência do contrato e da legislação. Elas suplementam e, ocasionalmente, substituem a ordenação que se faz através de contrato e planejamento. De fato, formas de ordenação social que não são sancionadas pela lei se mantem e operam efetivamente, mesmo onde elas são inconsistentes com a legalidade de uma situação. [...] Quando agentes de negócios operam relações de troca com relativamente pouca atenção para um planejamento detalhado ou para as sanções legais, eles dependem, em um grau significativo, de pressuposições comuns que, de maneira considerável, se formaram, e estão expressas, nas leis sobre contratos.” (VON MEHREN, 2003a, p. 11)⁹

A interferência desses aspectos morais no comportamento dos indivíduos na fase pré-contratual foge ao escopo deste trabalho, sendo a referência feita apenas com intuito de situar a situação pré-contratual que aqui interessa. Além destes limites externos, legais ou morais, ao exercício da liberdade contratual, um limite importante decorre da possibilidade de se atingir interesse alheio. Para que da interação entre os interesses, entre essas liberdades, não nasçam interferências indevidas, prejuízos ou danos, importa que aqueles que interagem usem de sua liberdade com cuidado, com diligência.

“O auto-regramento da vontade, a chamada autonomia da vontade, é que permite que a pessoa, conhecendo o que se produzirá com o seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum*, que a vincule.” (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 39). Embora não se tire a verdade desse entendimento, ele deve não deve ser recebido incondicionalmente, pois, à medida em que a vida social e econômica se tornou mais complexa e inter-relacionada, a ideia de um indivíduo livre e auto-responsável, assim como a tarefa de entender e interpretar as consequências dos atos de alguém e de responsabilizá-la a partir disso se tornou muito mais

representa, no próprio domínio estritamente pessoal do sujeito, pelo menos quando desamparada de razões suficientes, uma ‘injustificação’ ou uma ‘não racionalidade’. Mais longe porém, ela pode frustrar a coordenação de condutas ensaiadas por outros, por isso que a confiança na estabilidade e na coerência alheias constituem também critérios de decisão para os outros. Daí a sua tutela pelo Direito.”

⁹ Tradução nossa. No original: “Status, and various manifestations of social pressure, ethical principles, commercial morality, and religious feeling thus have considerable importance for areas of life that can fall within the purview of contract and plan. They thus supplement and, on occasion, replace ordering through contract and plan. Indeed, forms of social ordering that are not sanctioned legally maintain themselves and operate effectively even where they are inconsistent with the legalities of a situation. [...] When business organizations ‘successfully operate exchange relationships with relatively ... little attention to detailed planning or to legal sanctions’ they depend to a significant degree upon shared assumptions that have in considerable measure been shaped by, and expressed, in the law of contracts.”

difícil¹⁰ (VON MEHREN, 2003b, p. 66). Não se deve pensar, com isso, que a vontade tenha sido relegada a segundo plano:

“Ela continua a ocupar lugar de relevo dentro da ordem jurídica privada, mas, a seu lado, a dogmática moderna admite a jurisdição de certos interesses, em cujo núcleo não se manifesta o aspecto volitivo. Da vontade e desses interesses juridicamente valorizados dever-se-ão deduzir regras que formam a dogmática atual.” (COUTO E SILVA, 2006, p. 31)

Cabe, nesse sentido, verificar se a vontade, na fase pré-contratual, é o que juridiciza os interesses das partes que negociam. A partir daí, cabe situar o ato de ruptura das negociações entre as categorias tradicionais das fontes obrigacionais, investigando principalmente seus limites, sem deixar de considerar que o que leva os sistemas legais a eleger um ou outro tratamento não é apenas o fato de a situação possuir mais elementos configuradores de um ou de outro, mas também a tendência de que:

“menos insistência em tratar situações que implicam tanto disciplina contratual como delitual como puramente contratuais ou puramente delituais conduziria a uma maior tendência de usar as regras contratuais e delituais de modo flexível e, ao mesmo tempo, a superar a impressão de que, ao se aplicar regras fora do padrão para situações atípicas, obrigar-se-ia a aplicá-las da mesma forma às situações típicas”¹¹ (VON MEHREN, 2003a, p. 5)

Explica-se assim porque teorias que não se reconduzem àquelas duas categorias tem papel relevante na disciplina da fase pré-contratual. Uma solução que contemple a distinção entre os interesses em que o aspecto volitivo entra em consideração e aqueles em que se prescinde da vontade para a atribuição de efeitos jurídicos é importante na medida em que, na formação dos contratos, é justamente essa distinção que separa as negociações, que não vinculam contratualmente, das outras etapas, que o fazem. Dessa separação resulta a:

“funcionalidade da ‘formalização’ decorrente das normas relativas à formação do contrato. A clara delimitação do âmbito da liberdade de contratar (estabelecendo a fronteira da livre desistência de um processo negocial) promove a liberdade de negociação e desonera os participantes no tráfego jurídico de incômodas e

¹⁰ A caracterização dos deveres pré-contratuais de cuidado como avoluntarísticos dá exemplo disso, em distinção aos deveres de prestação, que decorreriam da vontade. Martins-Costa (1999, p. 438) afirma que “nos casos de inidoneidade da regulamentação consensual para exaurir a disciplina da relação obrigacional entre as partes”, os deveres de proteção “podem situar-se autonomamente em relação à prestação principal, sendo ditos ‘avoluntarísticos’”.

¹¹ “Presumably, less insistence on treating situations that implicate both contractual and delictual policies as either purely contractual or purely delictual would lead to greater willingness to use contractual and delictual rules flexibly and, at the same time, overcome the feeling that if one applies nonstandart rules to an atypical situation, one must apply them to typical situations as well.”

disfuncionais cautelas ou prudências para evitar vinculações que não pretendem, acabando assim por favorecer a eficiência daquela negociação. Como também garante, aliás, a própria funcionalidade do contrato. É intuitivo que quanto mais fácil for para alguém incorrer numa vinculação, mais banalizadas elas tendem a torna-se e mais frouxa terá então de ser a reação do Direito à sua infração.” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 782)

Em diversos ordenamentos jurídicos, na fase pré-contratual, essas “cautelas ou prudências” – que deixa-se em aberto a dúvida sobre serem “disfuncionais” ou não – constituem um dever de diligência, primeiramente reconhecido pelo direito como extensão da diligência requerida dos sujeitos em uma relação contratual – como se viu no posicionamento de Jhering.

Entretanto, a proximidade pré-contratual não serve somente à conclusão de um contrato – *eventual* em relação às negociações. Antes, ainda que sobrevenha a não conclusão de um contrato, a invalidade ou a nulidade do mesmo, o contato pré-negocial é uma interação na qual se exige a mesma diligência que se exigiria tivesse um contrato se perfectibilizado. Isso porque, acredita-se, uma maior diligência ao negociar impediria em grande parte que se firmassem contratos nulos e inválidos e, em menor grau, que se iniciassem negociações que não chegassem a resultar em contratos. A origem do reconhecimento desse dever de diligência, se atribui ao direito alemão, como visto na lição de Jhering. Cabe verificar como ele vem sendo estudado no direito brasileiro em relação ao problema da ruptura injustificada de negociações.

No direito brasileiro, o estudo do tema deste trabalho passou a ter maior expressão a partir da segunda metade do século XX. Data de 1959 a primeira monografia sobre o tema. Trata-se do “Responsabilidade pré-contratual”, em que Antônio Chaves, catedrático da Universidade de São Paulo, analisou “os possíveis efeitos da recusa em contratar e da ruptura arbitrária das negociações em curso” (1959, p. 13). Analisando a doutrina estrangeira, concluiu pela aceitação da responsabilidade pré-contratual sobre as hipóteses tratadas, inclinando-se para a sua natureza decorrente da orientação do *naeminem laedere*, mas permanecendo sem uma solução para a qualificação jurídica dos atos de negociações.

Também foi no final da década de cinquenta que se pode conhecer os §§ 4.242 e 4.243 do Tomo XXXVIII do Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda. Embora curtos, é nestes dois trechos da obra que estão as valiosas considerações de Pontes sobre o tema. Também para ele a responsabilidade por *culpa in contrahendo*, em todas as suas hipóteses, nasceria da infração de um dever de conduta honesta, não tendo caráter obrigacional a relação jurídica correspondente a esse dever, por faltar uma obrigação de prestar. Pontes dá grande

relevo ao papel da confiança nas negociações, pelo que assevera que “os deveres de comunicação, de explicação e de conservação nascem da necessidade de confiança, no tráfico.” (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 322) Pode-se tomar como marco para a análise que se faz neste trabalho a formulação que fez:

“O que em verdade se passa é que todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam relações jurídicas de confiança, e não só relações morais. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que se vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato.” (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 321):

No início da década de 60, Clóvis do Couto e Silva apresentou à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul sua tese de livre-docência intitulada “A obrigação como processo”, no qual, contemplando a relação obrigacional como uma estrutura de processos, afirma que “o ‘processo’ da obrigação liga-se diretamente com as fontes (como nascem os deveres) e com o desenvolvimento do vínculo.” (COUTO E SILVA, 2006, p. 64). É ao tratar das fontes que Clóvis introduz na sua obra a noção de contato social – categoria emprestada da sociologia – para explicar o fenômeno da responsabilidade pré-contratual e outras relações contratuais de fato, como a doutrina alemã já fizera. A forma como o contato social ingressaria no mundo jurídico ainda era questionável, em especial porque os atos decorrentes do contato social somente se adequariam à categoria de atos-fatos.

Já na década de 70, não foi exatamente um texto de caráter doutrinário que mereceu destaque no estudo da fase pré-contratual, mas a decisão de um caso que, pela peculiaridade de suas circunstâncias, acabou direcionando inclusive as normas que viriam a ser positivadas no que toca aos contratos preliminares. Trata-se do “Caso Disco” (BRASIL, 1979), que foi reconhecido por estabelecer a delimitação fática e a conformação jurídica dos pré-contratos, o que acabou sendo de grande relevância para a percepção do momento de formação do vínculo contratual e sua distinção em relação à fase de negociações. Em matéria de responsabilidade pré-contratual, cercam-se dúvidas a respeito de sua “aplicabilidade prática” – sua relevância para a prática jurídica. Em que pese diversos autores referirem-se ao fato de os tribunais não serem acionados em casos de dano pela ruptura injustificada de tratativas, isso não diz, necessariamente, com a aplicabilidade dos trabalhos doutrinários a respeito. A aplicabilidade de uma tese jurídica não deve ser medida unicamente pela *quantidade* de processos nas

cortes¹², mas pela real necessidade de uma solução em harmonia com as fontes e com os demais elementos do sistema em que a questão se insere.

No final da década de 80, Clóvis do Couto e Silva, em conferência na Faculdade de Direito e Ciências Políticas St. Maur (Paris XII), proferiu a palestra “*Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé*”, na qual reforçou a concepção de contato social como fonte de obrigações na fase pré-contratual.

No final da década de 90, a obra “Da boa-fé no direito privado”, proveniente da acurada escrita de Judith Martins-Costa, tem toda a sua parte final dedicada à responsabilidade pré-contratual. Pela tese, a boa-fé objetiva teria, entre outras, a função de criação de deveres, inclusive na fase pré-contratual, cujo descumprimento ensejaria a obrigação de indenizar.

Já no início dos anos 2000, a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro consolidou a disciplina dos contratos preliminares¹³, a incidência da boa-fé nas relações

¹² Ainda que o rompimento ou o abandono de tratativas ocorra com grande frequência, os casos judiciais a este respeito não são comuns. Uma consulta à base de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, retorna apenas 17 (dezessete) resultados. Uma nota semelhante é feita especialmente por autores franceses, para os quais a pequena quantidade de casos pode ser “um sinal de que aqueles que costumam contratar aceitam como um dogma a liberdade de não continuar em negociações, mesmo quando elas estão bem avançadas...” (DURRY, *apud* VON MEHREN, 2003, p. 70). Para Jacques Gustin (1988, p. 250), “Le jeu normal de la concurrence suppose e effet qu’ils inscrivent dans leurs frais généraux les dépenses résultant des négociations qui n’ont pas abouti. De fait, au regard de la fréquence du phénomène les actions en justice paraissent exceptionnelles.” Primeiro monografista brasileiro sobre o tema, Antônio Chaves venceu a inércia jurídica em que pairava o tema, certo de que “Sob o ponto de vista teórico, o fato de termos que espancar dúvidas, vacilações e mesmo flagrantes enganos patenteia a necessidade de um exame mais aprofundado. Sob o ponto de vista prático, é justamente a raridade das ocorrências que se apresentam ao exame dos tribunais, em contraste com a abundância de fatos notórios que está a evidenciar que, possivelmente, uma melhor elucidação propiciará subsídios a fim de que diminua o número dos prejudicados pelo afastamento abusivo das negociações.” (CHAVES, 1959, p.14). Judith Martins-Costa se ocupou de dúvida semelhante ao verificar a possibilidade de aplicação da boa-fé objetiva a outros casos, pelos fundamentos colhidos naqueles selecionados como leading cases da responsabilidade pré-negocial: “A questão agora a solver é a de saber se constituem, ou não, julgados isolados destinados a assim permanecer, ou se têm efetivo amparo doutrinário e, até mesmo, em certos setores, fundamento legislativo.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 507) Em sua resposta, antecipou corretamente que tais casos não restariam isolados, pois “[p]renunciem eles os caminhos da boa-fé na fase pré-negocial, abrindo janelas à compreensão e ao contínuo desenvolvimento do instituto.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 515) O que se verifica é que os casos de indenização pelo rompimento de tratativas não acompanharam a expansão dos casos solvidos pela boa-fé objetiva, talvez porque as questões que neles se colocam ainda não tenham sido suficientemente respondidas pelo direito, talvez em virtude de uma “fuga do poder judiciário”. Junqueira de Azevedo já fazia com perplexidade esta ponderação: “Essa fuga não é um problema do Judiciário, ele vai decidir o que é da missão dele, que é conflito real, o caso difícil, que exige ponderação. Mas o juiz é um julgador e, quando não há necessidade desse julgador, não é preciso o juiz. Nesse sentido, há uma fuga do juiz. Aponto não só a Lei da Arbitragem, que é evidente, mas as instituições como a Bolsa de Mercadorias e Futuros, como a CVM — Comissão de Valores Mobiliários — a OAB, Conselho de Medicina e várias outras instituições cujos problemas não deságuam no Judiciário. Fiquei perplexo quando tive de tratar de um assunto acadêmico — uma tese sobre a Bolsa de Mercadorias e Futuros — e verifiquei que todos os dias há milhões e milhões de reais que se transferem entre pessoas que negociam na Bolsa de Mercadorias e Futuros. Nenhum caso da Bolsa de Mercadorias e Futuros está no Poder Judiciário! As pessoas estão fugindo da estrutura do Judiciário, própria do paradigma anterior.” (AZEVEDO, 1999)

contratuais¹⁴ e o reconhecimento de “uma fonte autônoma de obrigações que não orbita em torno na noção de ato voluntário e que, ao mesmo tempo, é um *tertium genus* em relação à distinção entre obrigações resultantes de declarações de vontade e obrigações resultantes de responsabilidade civil.” (MICHELON, 2007, p. 19)¹⁵. No direito alemão, dentro da atualização do direito obrigacional (*Schuldrechtsmodernisierung*) procedida em 2002, ocorreu a codificação da *culpa in contrahendo*.

Essas são as principais obras e fontes de direito nas quais o presente trabalho se firmou, especialmente pela sua repercussão e seu caráter seminal para os demais autores e estudiosos. Algumas referências a autores estrangeiros foram feitas sem intuito de configurar estritamente análise de direito comparado, mas situam-se dentro do “bartolismo” com que Clóvis do Couto e Silva caracterizou alguns estudos de direito brasileiro.¹⁶

Colocadas as balizas teóricas em que se apoia, o presente trabalho se divide em duas partes. A primeira (Seção 2) busca delimitar, a partir da separação de fases de formação do contrato, o que são as negociações e qual a sua classificação na categoria de atos jurídicos. Busca-se saber em qual momento se forma o vínculo contratual.

Na segunda parte (Seção 3) o trabalho buscará aprofundar os principais critérios de injustificação do rompimento de tratativas, através da análise das normas que se aplicam às negociações da fase pré-contratual, situando a obrigação de reparação do dano pré-contratual entre as categorias das fontes obrigacionais.

Para não tornar-se sobremodo extenso, o presente trabalho concentrará o estudo na perspectiva de contratos complexos, de formação não instantânea e paritários, excluindo assim a análise do tema nas áreas de direito do consumidor e do trabalho. Ainda que se trate de um problema pré-*negocial* não se analisarão as hipóteses de responsabilidade pré-*negocial* nos casos de negócios unilaterais, dado ser praticamente inconcebível uma fase de

¹³ A disciplina dos contratos preliminares é importante como elemento de contraste para a disciplina das negociações pré-contratuais, e é abordada na subseção 2.2 do trabalho.

¹⁴ A incidência da boa-fé objetiva nas relações contratuais vinha sendo utilizada como parâmetro para sua extensão à fase de negociações, criando, ali, deveres autônomos. Com a consolidação legislativa do princípio, sua aplicação à fase pré-contratual, por extensão ou analogia, passou a ser admitida com maior firmeza, como se analisa na subseção 3.2.

¹⁵ A consagração de uma ‘nova’ fonte de obrigações é corolário da crise da classificação tradicional, o que se observou na parte inicial da seção 3.

¹⁶ “dans le droit brésilien, il y a un certain ‘bartolisme’, c’est-à-dire, il est commun d’examiner la doctrine d’autres pays dans le but d’établir une meilleure définition du suet de notre analyse” (COUTO E SILVA, 1988, p. 6)

negociações neste tipo de negócio¹⁷. É dada ênfase, assim, ao rompimento de *tratativas*, conduzidas por pelo menos duas partes¹⁸.

¹⁷ Fernando Noronha (2003, p. 456) é quem se ocupa desta distinção, contra doutrina majoritária, cabendo, entretanto, referi-lo: “Esta responsabilidade costuma ser chamada apenas de *pré-contratual* e, na verdade, nos negócios jurídicos unilaterais não existem (ou dificilmente são concebíveis) negociações preliminares. No entanto se nós, contra a doutrina quase unânime, fizemos opção pelas designações obrigações negociais, responsabilidade negocial e responsabilidade civil em sentido estrito, não se justificaria que agora falássemos em responsabilidade pré-contratual, quando ela pode surgir relacionada com negócios jurídicos unilaterais, ainda que tal seja muito difícil de acontecer.”

¹⁸ Partes, aqui, com a noção de polos, de centros de interesses contrapostos, de bilateralidade, sem a conotação de que não se poderia aventar de tratativas entre mais partes.

2 A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

O contrato é, por definição correntemente aceita “o negócio jurídico bilateral ou plurilateral¹⁹ que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam” (GOMES, p.11). Para Pontes de Miranda (1962, p.7) “O negócio jurídico bilateral, notadamente o contrato, resulta da entrada no mundo jurídico de vontade acorde dos figurantes, com a irradiação dos efeitos próprios.” Para Fernando Noronha o contrato, em acepção ampla, é instrumento que serve aos indivíduos para, sujeitos às regras e procedimentos do ordenamento jurídico, tomarem decisões sobre a utilização e alocação de seu patrimônio, às suas custas e sob sua responsabilidade, por meio de troca (NORONHA, 2003, p. 13).

Dentro da classificação dos atos jurídicos, o contrato é negócio jurídico bilateral, categoria que, por sua vez, é espécie de ato jurídico, e se apresenta como “a categoria mais importante de fato jurídico, precisamente porque dentre as suas espécies estão os contratos, inegavelmente, o instrumento jurídico de maior relevância, pela sua utilidade, para a satisfação dos interesses humanos no tráfico social.” (MELLO, 1998, p. 178)

O que determina a obrigatoriedade dos contratos é o consentimento, “como manifestação jurídica e recíproca de promessas válidas, livremente consentidas.” (RIZZARDO, 2006, p. 18) “Para a conclusão do contrato é preciso o *intercâmbio* das duas declarações precedido, freqüentemente, de negociações preliminares.” (GOMES, 1993, p. 49). A essas duas declarações se atribui a característica de sucessividade, embora ambos os atos possam ocorrer simultânea ou muito proximamente, e dá-se o nome de proposta (ou oferta) e aceitação. As negociações preliminares antecedem a fase em que se manifestam proposta e aceitação e com elas não se confundem, tampouco com a troca de propostas e contra-propostas. A distinção não é meramente temporal, mas diz respeito à natureza jurídica dos atos de negociação e de proposta e aceitação, como a seu tempo se analisará, nas subseções que seguem.

Um claro entendimento sobre as etapas da fase de formação dos contratos é fundamental para a análise dos efeitos que as tratativas e o seu rompimento são aptos a produzir, como destaca Judith Martins-Costa:

¹⁹ Não se ignora que haja negócios jurídicos bilaterais que não sejam contratos, como o são os acordos, e nem que há contratos que não são negócios jurídicos bilaterais, como os contratos plurilaterais, destacadamente o de constituição de sociedade, e, conquanto não é impossível que haja tratativas antes da formalização destes últimos, não se os exclui do presente estudo, razão pela qual utiliza-se o termo negociações pré-contratuais, abrangendo-os, portanto.

“É à fase formativa que cabe atentar, pois aí se põe a questão de saber se a mera troca de acordos parciais, de minutas, de consentimentos ainda não definitivos, de propostas ainda não aceitas, de pactos de preferência, de cartas de intenção, de *pourparlers*, etc. é suficiente, ou não, para formar o contrato, isto é, até que ponto esses atos são dotados de eficácia negocial típica, ou de mera eficácia obrigacional, ou de nenhuma eficácia jurídica. É importante, também, atentar à fase formativa, porque os fatos indutores da responsabilidade pré-negocial estão situados justamente na fase que antecede a celebração do contrato.” (1999, p. 483)

Doravante procede-se à análise das etapas que compõe a fase pré-contratual, para destacar seus traços característicos e, principalmente, delimitar o espaço das negociações pré-contratuais.

2.1 PROPOSTA E ACEITAÇÃO

Segundo ensina Clóvis do Couto e Silva (2006, p. 35), “o contrato não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos”. Apresentando a alternância que oferta e aceitação possam ter, Pontes de Miranda indica que:

“à oferta sucede a aceitação pura e simples, que bilateraliza o negócio jurídico e vincula os figurantes, ou a recusa, ou a aceitação modificativa que não é propriamente aceitação, mas sim nova manifestação de vontade. (...) Nesse jogo de ténis de ofertas, tem-se de chegar ao ponto final: ou uma delas é aceita, totalmente, e pois não há pensar-se em nova oferta; ou há a recusa (nada feito).” (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 26)

Essa alternância pode abrir espaço para que se faça um acordo sobre parte do que foi proposto, deixando certos pontos que não considerem conveniente ou oportuno fixar negocialmente para posterior acordo. Para a parte da proposta que foi acordada cabe dizer que houve negócio jurídico bilateral; quanto ao restante, há tentativas, que não entram no mundo jurídico por meio daquele negócio mínimo, nem o integram, ainda de acordo com Pontes de Miranda (1962, p. 27).

Para que sejam aptas à formação de um contrato, essas declarações devem expressar uma vontade completa, que atinja a totalidade do acordo pretendido. Isso decorre da natureza jurídica que se lhes atribui de negócio jurídico unilateral receptício, chamados também de declaração receptícia. Seu traço característico é o de somente produzirem efeitos “no momento que chegam ao conhecimento da pessoa a quem se dirigem.” (GOMES, 1993, p.

59). Quando não há, estritamente, aceitação ou recusa pelo destinatário da declaração receptícia (oblato), é possível que agram-se negociações entre as partes, que terão, aí sim, o caráter de negociações preliminares.

Judith Martins-Costa assim reforça a delimitação da fase de proposta e aceitação:

“É por todos sabidos que a proposta, ou oferta, e a aceitação constituem negócios jurídicos unilaterais receptícios. A proposta, para assim se qualificar, deve ser firme, séria e completa, indicando todos os elementos essenciais para a formação do negócio, bem delimitando o objeto, o preço, se for o caso, as condições do futuro negócio. Para que o contrato, negócio jurídico bilateral, exista, vale dizer, seja formado, é necessário que ambos os negócios jurídicos unilaterais se soldem, bilateralizando-se.” (MARTINS COSTA, 1999, p. 481)

Os elementos essenciais a que se refere são o objeto, o preço e o consenso, os *essentialia negotii*, elementos mínimos sem os quais não é possível haver contrato. Na falta de algum ou mais de um destes, não é possível que seja formado um contrato.

Na disciplina do Código Civil Brasileiro vigente (Lei nº 10.406/2002), a formação do contrato através de oferta e aceitação está contida nos artigos 427 a 435, que determinam os fatores que conferem eficácia obrigatória às declarações de proposta e aceitação, bem como a forma de sua manifestação, que pode ser expressa, tácita ou mesmo pelo silêncio circunstanciado, podendo a aceitação se dar também na forma de atos de apropriação, de execução ou de utilização (GOMES, 1993, p. 68).

Na disciplina do Código Civil Alemão (*das Bürgerlichen Gesetzbuches*, referido doravante apenas como BGB), a formação dos contratos está disciplinada nos §§145 a 153 de forma muito semelhante ao previsto no Código Civil Brasileiro.

Em ambos, considera-se obrigatória a proposta a partir do momento em que é recebida pelo destinatário, sendo este o momento limítrofe para a sua revogação. A menção à possibilidade de revogação é importante para este estudo na medida em que a ruptura de negociações precisa ser dela distinguida. Um elemento que permeia ambas as categorias é que, assim como no rompimento de tratativas, na falta de aceitação, contrato não há. De uma e de outra forma, o investimento que eventualmente faça aquele que acredita na conclusão do negócio, se não for feita destrição entre as duas hipóteses, pode acabar recebendo tratamento semelhante. Sobre o comportamento de quem, sem aceitar a proposta, começa a prestar o que deveria se se tivesse formado o contrato, já Jhering veementemente negava que pudesse ensejar uma indenização:

“Quem é suficientemente imprudente para, com base numa proposta, em vez de a aceitar, actuar desde logo, tomar disposições para a execução do contrato, seguidamente contratar com terceiros, etc., está por si próprio *in culpa*, pois tinha de contar com a possibilidade de revogação da proposta até o momento de sua aceitação. Apenas com *este* momento é que está legitimado a actuar com base no contrato, seja real seja aparentemente concluído, apenas com ele é que, se as disposições que tomou com esse fim são frustradas por uma revogação da proposta, tempestiva (é certo) mas que não foi recebida a tempo, poderá transferir à contraparte, que o levou a realizar os seus actos, os respectivos resultados desvantajosos.” (JHERING, 2008, p. 33)

A ideia de Jhering neste ponto continua atual. A obrigatoriedade da proposta cessa, entre outras hipóteses, se, antes dela ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente. A retratação (revogação da proposta) é a retirada, do mundo jurídico, de declaração negocial apta à formação do contrato mediante mera aceitação, o que não ocorre com as negociações preliminares. O proponente que, após aceitação, não cumpre o que propôs, responde contratualmente, pois aí já há contrato.

2.2 CONTRATOS PRELIMINARES

A nota característica dos contratos preliminares é “ter sua causa na preparação de um contrato definitivo, sendo, portanto, seu efeito específico a criação da obrigação de contraí-lo.” (GOMES, 1993, p. 61). A vinculação do pré-contrato ao contrato definitivo é tão estrita que, “separar o pré-contrato do contrato definitivo seria impor corte inexistente no desenvolvimento do vínculo obrigacional, desnaturando a declaração de vontade nele inserta e que lhe fixa a categoria jurídica.” (COUTO E SILVA, 2006, p. 126)

Sobre a distinção entre o contrato preliminar (ou pré-contrato) e as negociações pré-contratuais, Clóvis do Couto e Silva ensina que essa separação é suficiente para tornar irrelevante os esforços de conferir autonomia ao pré-contrato em relação ao contrato definitivo. Essa referência é feita porque muitos estudiosos buscavam dar ao pré-contrato natureza jurídica diversa da de contrato, o que, segundo a lição do professor, não é possível:

“No pré-contrato os figurantes obrigam-se a emitir declaração de vontade, fazer o negócio jurídico a que ele se refere. Não fora o objetivo do pré-contrato a emissão de vontade e o ato de cumprimento, teria a categoria de ato-fato. Uma vez que as partes se obrigaram a contratar, a prestação, adimplemento, a *solutio*, enfim, constitui negócio jurídico.” (COUTO E SILVA, 2006, p. 126)”

Sobre a natureza da obrigação de contrair contrato, ainda na lição de Clóvis: “Cuida-se aí de uma obrigação de fazer, de realizar o negócio jurídico, e a obrigação é de emitir vontade

de declará-la. Por este motivo, não se pode considerar co-declarada²⁰ no pré-contrato.” (COUTO E SILVA, 2006, p. 53)

Diferente desta obrigação que se assume no contrato preliminar é a obrigação que decorre dos chamados acordos provisórios ou preparatórios. Essa figura se distingue daquela por dois motivos. Primeiro, pela característica de eventualidade da celebração do contrato, enquanto no contrato preliminar ela é certa. Segundo, porque tais acordos não são eles próprios contratos; os contratos preliminares, entretanto, tem esta natureza. Orlando Gomes destaca três funções dos acordos preliminares:

“a: assegurar aos que os estipulam, liberdade para ulteriores negociações; b: permitir a fixação irrevogável de cláusula do eventual contrato que decidam [eventualmente] tornar perfeito e acabado; c: ensejar a interrupção e a inoperância das negociações preliminares, ao fazer da finalização do contrato mera eventualidade.” (GOMES, 1993, p. 62)

Também há que se destacar, na formação dos contratos, a assunção de algumas obrigações que produzem vínculo estritamente contratual. Assim o são os acordos em que se pactuam as obrigações de confidencialidade, exclusividade ou não-concorrência, que tem caráter autônomo em relação às negociações, sendo amplamente utilizados para viabilizar o início ou a manutenção delas.

Feitas estas distinções, cabe analisar o regramento da figura dos contratos preliminares. A previsão legal dos contratos preliminares está contida nos art. 462 a 466 do Código Civil Brasileiro. O exemplo mais conhecido de contrato preliminar é o de promessa de compra e venda de imóvel, mas pode configurar-se em outros tipos de contratos igualmente, sendo admitido, em verdade, pela liberdade de tipos²¹. O principal requisito para a configuração de um contrato preliminar é que seu conteúdo corresponda ao acordo integral

²⁰ Sobre questão de considerar uma vontade co-declarada, Clóvis do Couto e Silva ensina que sua importância reside na separação relativa entre a vontade de criar e de adimplir obrigações, pois ambas seriam inseparáveis no plano psicológico, inserindo-se a vontade de adimplir o prometido já na vontade de criar obrigações, estando, portanto, co-declarada nesta. Como o contrato definitivo é nova declaração de vontade em relação à vontade que originou o contrato preliminar, não poderia estar nela incluída. “Aí, apesar de poder-se considerar implícita no plano psicológico a vontade de adimplir, juridicamente, em vista de o objeto do ato ser a feitura de um negócio, à sua conclusão é necessário que se manifeste a vontade.” (2006, p. 53)

²¹ Há a possibilidade de vincular-se através de um “*pacto de contrahendo*”, a promessa unilateral de contrato, ou contrato preliminar unilateral, através da qual um se obriga a prestar seu consentimento para a conclusão de determinado contrato (GOMES, 1993, p. 61).

pretendido pelas partes para contrato definitivo. No direito brasileiro, mais relevante do que muitos escritos a respeito do tema é a paradigmática decisão do “Caso Disco”²².

A utilidade da análise de um caso a esta altura do trabalho está em que tanto o caso quanto o trabalho se ocupam, de alguma forma, de uma questão atinente à natureza jurídica das negociações contratuais. Sendo certo que uma decisão judicial se restringe aos limites da lide, cabe observar que, no caso que se vai comentar, tais limites abrangiam uma questão muito maior, que demandou mais do que a mera aplicação da lei, justamente por não haver regras legais a ele imediatamente aplicáveis²³. O resultado foi uma decisão integradora da ordem jurídica no tocante aos elementos que distinguem o contrato da sua fase de negociações. À grande importância do “Caso Disco” para a disciplina da matéria de contratos preliminares – que, por exclusão, é que acaba determinando os limites da fase de negociações pré-contratuais – é que se atribui o relevo a ele dado neste ponto do trabalho.

O caso versou sobre a qualificação jurídica de documento intitulado “Contrato Preliminar para Compra e Venda de Ações” cujas partes eram Supermercados Pão de Açúcar S.A. e os sócios da Distribuidora de Comestíveis Disco S.A.²⁴ Aquela pretendia adquirir dos sócios o controle acionário (97% das ações) da Disco. O processo consistia em duas ações conexas: uma ação de consignação e uma ação de adjudicação compulsória. A finalidade da ação de consignação era a restituição do valor de CR\$ 10.000.000,00, que o Pão de Açúcar antecipara à Disco em virtude do negócio, que a Disco considerava terminado. A finalidade da ação de adjudicação era a transferência das ações, com base no contrato preliminar. O documento continha cláusula unilateral de irrevogabilidade, a impedir que os alienantes desistissem das negociações, o que levou alguns julgadores do caso a considerar que a realização do negócio definitivo era questão de opção pelos adquirentes no prazo assinado, que era de 30 dias. Havia, em contraposição, diversas referências à celebração de contrato definitivo, mas caracterizando-o como eventual e dependente de acertos posteriores à assinatura do “Contrato Preliminar”. Havia divergência das partes sobre o valor do documento, isto é, para o Pão de Açúcar o documento era um contrato preliminar, satisfazendo a todos os requisitos do contrato definitivo. Para a Disco, era apenas a fixação de algumas premissas para o negócio, tratando-se apenas de um protocolo de intenções.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 88.716/RJ. Relator Ministro Moreira Alves. Supermercados Pão de Açúcar S.A. contra Distribuidora de Comestíveis Disco S.A. Julgado em 11 de setembro de 1979.

²³ A decisão é anterior ao Código Civil Brasileiro de 2002, sendo que no código anterior não haviam disposições específicas sobre contratos preliminares, admitidos no uso jurídico com base na liberdade de tipos.

²⁴ Nas próximas referências, apenas “Pão de Açúcar” e “Disco”, respectivamente. As referências às páginas são todas do acórdão do STF.

Para o magistrado do primeiro grau, o documento se tratava de mero protocolo de intenções. Foi por ele notada a existência de cláusulas condicionais²⁵, que estavam a demonstrar a possibilidade de não consumação da venda, ou seja, de não fechamento do contrato "definitivo". O juiz via a irretratabilidade como impossibilidade de desistência das negociações, ou seja, de dar o assunto por encerrado antes que fossem examinadas todas as condições da operação pretendida²⁶. Uma vez que a minuta posteriormente enviada para o fechamento do negócio alterou condições do mesmo, convenceu-se o juiz de que o documento inicialmente apresentado não continha o requisito de "acordo integral" para a caracterização de contrato preliminar, que teria sido reduzido a escrito apenas para maior garantia das partes.

O contrato deixou questões em aberto, de modo que transformá-lo em definitivo através de sentença significaria negociar pelas partes, violentando-lhes a vontade. Por tratar-se de operação complexa, que envolvia, além da “alienação de ações, transmissão de prédios, realização de locações e outras operações jurídicas.” (BRASIL, 1979, p. 131) O contrato preliminar deveria, para se configurar como tal, dispensar novas negociações sobre cada um desses negócios. Serviu como prova de que o contrato não continha todo o acordo das partes o fato de a nova minuta, apresentada pelo Pão de Açúcar, que se pretendia ser a minuta do contrato definitivo, conter cláusulas novas, sobre assunto não versado no documento anterior. Quanto ao pagamento que havia sido feito, para o juiz, tratava-se de prova da firmeza da intenção de negociar, e nada mais. Foi considerada irrelevante durante toda a tramitação do processo a distinção sobre a natureza do depósito feito – se empréstimo para reforço do capital de giro ou adiantamento do preço com função de garantir as negociações –, o que somente veio a ser tratado após divergência nos votos do Recurso Extraordinário.

A sentença de primeiro grau, com estes fundamentos, julgou procedente a ação consignatória e improcedente a de adjudicação compulsória. Em sede de apelação, o julgamento foi revertido, sendo julgada improcedente a ação consignatória e procedente a ação de adjudicação compulsória, e convertido o pagamento dos Cr\$ 10.000.000,00 em pagamento pelas ações a adjudicar. Os apelados (Disco e seus sócios) foram condenados a assinar o contrato definitivo, em prazo de 30 dias, sob pena de multa diária, além de terem sido condenados ao pagamento de honorários e custas.

²⁵ É comum, em negócios empresariais, a estipulação de “condições precedentes” ou condições de “pré-closing”, as quais, quando não cumpridas integralmente, não obrigam ao fechamento do negócio.

²⁶ Nesse sentido, o documento poderia ser considerado um acordo preparatório, acordo para contratar, ou ainda, na terminologia norte-americana “agreement to agree”, que recebe severas críticas, ou “agreement to negotiate”, ou “contract to bargain”, como prefere Charles Knapp (BARNETT, 2009, p. 107).

A sentença foi atacada pelo Pão de Açúcar por ter desconsiderado que o documento *sub judice* continha "todos os elementos essenciais à validade do contrato principal, a saber: *res, pretium et consensus*", ainda que o consentimento a contratar fora dado apenas da Distribuidora. O Tribunal, diante da apelação, entendeu que tratava-se de opção de compra e venda de ações, constituída pela promessa unilateral de venda de ações. Qualificando assim o conteúdo do documento, reconheceu que a transação já era definitiva para a Disco e entendeu que haveria uma esquivia injusta a contratar da parte dela, baseada em "razões de interesse exclusivamente de ordem pessoal". (BRASIL, 1979, p. 11) A minuta que foi apresentada para o contrato definitivo, com diversas alterações, somente teria o condão de substituir, em relação ao documento inicial, aquilo em que inovou, mantida a obrigatoriedade do cumprimento do contrato através do exercício de opção de compra pelo Pão de Açúcar.

Em sentido contrário, o voto divergente não considerava presentes todos os elementos essenciais ao negócio, especialmente o preço, pois não haveria como, mediante apenas um cálculo sobre os elementos que deveriam compo-lo, chegar-se ao que seria o valor total do contrato, sendo necessário recorrer a arbitramento por terceiros. Não havia previsão no documento para tal arbitramento, de modo que este elemento (o preço), ainda não era certo, pois não estava definido entre as partes. Sobre a determinação dos demais elementos, não considerados essenciais, o desembargador entendeu que não poderia ficar sujeita, se se tratasse de contrato preliminar, a posterior manifestação de vontade. Isso porque a vontade que o juiz pode suprir é a da parte na celebração do contrato definitivo já definido, e não a vontade de delimitação do conteúdo de tal contrato.

Tanto é que há o requisito de acordo integral, ou seja, que não haja lacuna passível de reabrir a possibilidade de alteração ou determinação do conteúdo do ato no sentido da não conclusão do negócio. De fato, no acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no caso Disco, é admitida a reserva para solução ulterior inclusive sobre elemento essencial, o preço. Por tudo isso, é possível mesmo considerar que, face ao requisito de acordo integral, a distinção entre elementos essenciais e acessórios, embora possa ser feita, não é o que determina a existência de um contrato ou não. A verificação dos requisitos essenciais deveria atender mais ao elemento do consenso, pois se este não se formar sobre todos os elementos – essenciais ou acessórios – não haverá contrato.

O voto divergente registra também a análise feita através da legislação de Direito Comercial, que completava o entendimento decorrente das disposições da legislação civil então em vigor. Fazendo isso, reconheceu "a evidência [de] que tanto o Direito Civil como o

Comercial não toleram compra e venda com preço incerto que teria de ser fixado, não pelas partes, ou por terceiro que indicassem, mas sim por 'sui generis' sentença judicial de fixação de preço de compra e venda, o que viola o conceito de liberdade de contratar que é assegurado, contrario senso, pelo 'pacta sunt servanda'." (BRASIL, 1979, p. 23)

O voto em questão enumera, resumindo seu posicionamento quanto à indeterminação do elemento preço, uma série de avaliações que teriam ainda de ser feitas para torná-lo um elemento determinado e assinala, também, a questão de a inflação causar uma desproporção entre o preço que fosse estabelecido e o que deveria ser pago, de modo que também um índice de reajuste, não previsto no documento, teria de ser escolhido e aplicado através da sentença. Conclui pela existência tão somente de uma troca de escritos, que, por pretenderem as partes sua posterior validade, continham os requisitos de um contrato.

Em sede de embargos infringentes, o tribunal afastou a ordem que determinava a assinatura do contrato definitivo, para condenar a Distribuidora desde logo à entrega das ações disputadas. A tese vencedora nesta sede considerava que a verificação de acordo sobre o conteúdo mínimo era, dentro do espectro da formação progressiva do contrato, o momento em que se formaria o vínculo contratual, amparando-se na doutrina italiana – que, frise-se, fora a mais expressiva em estudos sobre a formação progressiva—, especialmente a de Carnelutti. De acordo com a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, "havendo o consenso relativamente aos elementos essenciais do contrato, considerado o seu tipo, se reputará formado, nada obstando a circunstância de faltar o acordo acerca de elementos acessórios, bastando que sejam estes ulteriormente determináveis." (BRASIL, 1979, p. 31-32) Aceitou, assim, a ideia de que a eficácia do consenso não estaria subordinada “à ultimização do acordo sobre pontos não essenciais”. (BRASIL, 1979, p. 33)

O voto vencido nos embargos, de autoria do Des. Abeylard Gomes, aludia a lição de Carvalho de Mendonça, que consistia em requerer-se do contrato preliminar, para que como tal pudesse ter efeitos, que contivesse “exatamente as cláusulas do contrato futuro, a cuja formação tende, para que na ocasião de ser aperfeiçoada a conclusão deste último, não surjam dificuldades e dúvidas”. (BRASIL, 1979, p. 38) O voto proferido entendia, ainda, que o contrato definitivo já deveria estar “modelado, plasmado no ante-contrato” (BRASIL, 1979, p. 38), destacando também o fato de as negociações terem sobrevivido à feitura daquele documento como prova de que era apenas uma minuta, e não pré-contrato. No mínimo, se fosse o documento considerado como pré-contrato, deveria ser percebido que as partes tinham

condições precedentes a cumprir em relação ao fechamento definitivo do negócio, não podendo o tribunal determinar, em acórdão, a entrega das ações.

O entendimento no voto vencido era bastante esclarecido a respeito da irretratabilidade que, prevista no documento ali em análise, cativara o voto vencedor. Dizia que a "irretratabilidade tem de ser apreciada em termos. Não pode ser considerada como irrevogabilidade ou imutabilidade. [...] o contrato era irretratável para os acionistas, porque não podia ser por eles alterado nos pontos em que houvera acordo."(p. 41)

No outro voto, que também fora vencido na decisão do Quarto Grupo Cível do TJRJ, lê-se que "é problema exclusivamente de direito e não de fato a classificação de um negócio jurídico." (BRASIL, 1979, p. 46) Nesse sentido, também este Des. considerava inviável caracterizar o documento em discussão como pré-contrato, uma vez que não continha "os elementos essenciais do contrato prometido", reiterando o entendimento de que protocolos de intenções e projetos de acordo não seriam, conceitualmente, pré-contratos. Para ele, a existência de "cláusulas em branco" que não poderiam ser "enchidas" pelo juiz, demonstra que o acordo estava sujeito a ampliação, redução ou alteração, por meio de negociações pelas partes. "Não pode o julgador consagrar o que está por acertar, o que expressamente depende de futuro entendimento e de apreciação e valoração de dados ainda não colhidos." (BRASIL, 1979, p. 47), resumiu ao finalizar o voto.

Em sede de embargos de declaração, os mesmos desembargadores vencidos na apelação divergiram, criticando o fato de que o acórdão teria alterado a *causa petendi* ao dar efeitos de execução a uma ação de adjudicação compulsória, de modo que o julgado havia passado "do cumprimento da promessa de contratar para a execução do contrato prometido, como se ele já estivesse celebrado e perfeito"(p. 52). Equivaleram a decisão a uma "condenação civil em branco" (p. 53) Para os divergentes, haveria uma contradição manifesta entre a sua posição e a do voto vencedor, pois não haveria um meio termo entre o contrato *ter* ou *não ter* todos os elementos constitutivos do contrato definitivo (p. 55), reconhecendo eles que quase nada se poderia alterar através da decisão dos embargos declaratórios.

Não sendo acolhidos os embargos de declaração, a Disco interpôs recurso extraordinário, com base em diversas impugnações processuais, da qual se destaca a que trata da indivisibilidade de documento quando aceito como prova, que consta do parágrafo único do art. 373²⁷ do Código de Processo Civil. O caso somente chegou ao Supremo Tribunal

²⁷ "373. O documento particular, admitido expressa ou tacitamente, é indivisível, sendo defeso à parte, que pretende utilizar-se dele, aceitar os fatos que lhe são favoráveis e recusar os que são contrários ao seu interesse, salvo se provar que estes se não verificaram."

Federal pois, na admissão do apelo extraordinário, verificou-se que não se tratava de mera interpretação de cláusula contratual, mas de saber mesmo se se tratava de contrato, ou outra coisa. Não era um exame interpretativo que se faria, mas de classificação do documento de acordo com os preceitos legais, propriamente qualificação jurídica, e, somente por disso se tratar, não esbarrou na Súmula nº 454²⁸ do STF. Uma decisão do STF sobre o assunto já seria suficientemente esclarecedora para o tema, mas esta pode ser abrilhantada com voto de lavra do Ministro Moreira Alves, o qual, pelos excertos trazidos a este trabalho, demonstra porque este caso é tão paradigmático para o estudo das distintas fases pré-contratuais.

O voto do Min. Moreira Alves salienta que o acórdão recorrido “não se utilizou de expressões límpidas para caracterizar a natureza jurídica que emprestou ao documento controvertido.” (BRASIL, 1979, p. 60) Para ele, o acórdão se fixou com demasiado apego à tese de que “o documento em causa não configurava a redução a escrito de tratativas, mas se caracterizava como contrato.” (BRASIL, 1979, p. 60). O Ministro, em sua análise, fez o que o Tribunal não fizera: voltou-se para as tratativas, opondo sua natureza não vinculante à natureza do contrato, independente de ser este na forma preliminar ou definitiva. Nos termos do próprio voto:

“A questão jurídica fundamental [...] é esta: se, no curso de negociações, as partes acordam sobre os elementos essenciais do contrato, deixando, porém, para momento posterior (o da celebração do contrato definitivo), a solução de questões relativas a elementos acidentais, e reduzem tudo isso a escrito, esse documento caracteriza um contrato preliminar (e, portanto, obrigatório para ambas), ou não passa, mesmo no que diz respeito aos pontos principais já considerados irretratáveis, de mera minuta (punctação), sem o caráter vinculante do contrato preliminar, e, conseqüentemente, insusceptível de adjudicação compulsória”. (p. 68)

Moreira Alves incorporou ao seu voto os três entendimentos presentes na doutrina estrangeira à época. Um deles era o entendimento de que o contrato somente se aperfeiçoaria com a integralidade do acordo, seja sobre pontos essenciais ou acidentais; o segundo era o de que a concorrência dos *essentialia negotii* seria suficiente para o perfazimento do contrato, salvo reserva de ulteriores tratativas sobre elementos acidentais; a terceira teoria referida era a de que o contrato se perfectibilizava com a concorrência dos elementos essenciais, a despeito da reserva de ulteriores tratativas, pois o juiz poderia suprir o entendimento das partes quanto a elas. A primeira sedimentou-se no direito alemão, por disposição expressa no BGB, adiante

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 454: Simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.

explicada, e também no direito português. A segunda predominou na Itália, não sem oposição, e, a terceira, no direito suíço e prussiano.

Ao referir-se a estas orientações, Moreira Alves traz notícia de que a se estabeleceu divergência na doutrina italiana no início do século XX por meio de duas propostas: uma, considerar a reserva de pontos para ulterior negociação como condição do negócio, sem prejuízo de se considerar o contrato formado, perfectibilizado; outra, considerar que a reserva específica de pontos para negociação posterior, ainda que houvesse acordo sobre os elementos essenciais, impedia a formação do contrato e apenas obrigava as partes “a continuar nas tratativas para alcançar a concordância sobre os elementos acidentais, o que, se afinal não fosse possível, desvincularia totalmente as partes.” (BRASIL, 1979, p. 71)²⁹

Foi notado pelo Ministro também a influência das leis da Prússia na formação desta segunda solução, de acordo com a qual a reserva de ajuste posterior feita em minuta de contrato, ainda que versando sobre elementos acessórios, atribuía ao acordo nenhuma eficácia contratual, “sendo o mesmo considerado somente como tratativas.” (BRASIL, 1979, p. 72). Com essa base formou-se o entendimento que ficou consolidado no voto – vencedor – do Ministro Moreira Alves, qual seja o de que *o acordo deve ser completo, valendo como um todo, para poder ter eficácia contratual*.

Com especial ênfase, Moreira Alves refere-se ao §154 do BGB, que trata do dissenso implícito e explícito, no qual vem a regra de que:

“Enquanto as partes não acordarem sobre todos os pontos de um contrato, sobre os quais, segundo a declaração, ainda que de uma só delas, deve haver acordo, o contrato, na dúvida, não se tem por concluído. O acordo sobre pontos particulares também não é vinculante, ainda quando tenha sido redigida uma minuta. Se se convencionou que o contrato projetado seria celebrado com forma especial, na dúvida ter-se-á o contrato como não celebrado até que essa forma seja observada.”³⁰ (p. 74)

²⁹ Com suas variações, o conjunto destas teorias chamou a atenção para a ideia de formação progressiva do contrato. Aceitar, entretanto, que o contrato se formasse “em partes” torna ainda mais atribulada a questão primordial destes estudos, que é a definição clara do momento a partir do qual se pode reconhecer ou atribuir a vinculação contratual a determinado ato. O progresso desse entendimento redundou na teoria dos vínculos unilaterais, presentes na formação progressiva do contrato.

³⁰ § 154, BGB: “Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat. Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist.” Utilizou-se a tradução oferecida no voto do Ministro Moreira Alves. Uma peculiaridade sobre o teor do texto do §154 é a sua semelhança com o teor do §55 do Projeto de Dresden (Dresdener Entwurf), feito em 1859 (coincidentemente o ano da primeira publicação do *Culpa in contrahendo*, por Jhering). Na época, a unificação da Alemanha convidava a uma unificação do direito dos diversos territórios, justamente para atender as necessidades do tráfego comercial. Estas necessidades decorriam da progressiva integração econômica dos Estados alemães no âmbito da Confederação Germânica (REIS, 2006, p. 122) e, por iniciativa de alguns estados, foi apresentado, para a unificação do Direito Obrigacional, o Projeto

Deste artigo o Ministro destaca os comentários da doutrina alemã e o entendimento de que os acordos somente vinculam quando contemplam a totalidade dos pontos previstos por ambas as partes, ou por apenas uma delas, sendo que a regra somente não se aplicaria “se, inequivocamente, as partes quisessem que o contrato se concluísse antes do acordo total, por entenderem que chegariam a ele posteriormente.” (BRASIL, 1979, p. 74) A doutrina alemã, distanciando-se da que predominava na Itália, considerava que não bastaria a existência de acordo sobre os elementos essenciais do negócio, sendo necessária ao acordo também a fixação dos elementos acidentais e naturais que as partes pretendessem nele incluir. Por todo o exposto, vale o comentário, aqui citado indiretamente, de Hölder, o qual extraiu do §154 o princípio de que “acordo incompleto não é acordo”³¹. (BRASIL, 1979, p. 75) Finalizando a análise deste ponto da decisão recorrida, o Ministro conclui que:

“os pontos essenciais ou principais não se adstringem, exclusivamente, aos elementos essenciais do tipo contratual em causa, e a força vinculativa do documento em que se fixa o acordo sobre esses pontos pode depender, também, do acordo sobre pontos secundários se, pela vontade das partes, deverem eles ser regulados contratualmente.” (p. 79)

Dentro desse entendimento, o Ministro fez concessão às hipóteses em que as partes pretendem vincular-se parcialmente, em acordos provisórios, quando não poderiam pretender a sua conversão em definitivo – distinguindo-se já nisso dos contratos preliminares—, pois seria impossível a obrigação de as partes celebrarem o contrato definitivo sem disporem sobre outros pontos, dada a precariedade dos acordos provisórios. Se, todavia, quisessem as partes, a partir de um acordo provisório, firmar um definitivo, estariam vinculadas ao que já se pactuara naquele.

Ingressando na análise do direito brasileiro sobre o tema, iniciou pelo Direito Comercial que, no tocante à matéria, aproximava-se da tese erigida sobre o §154 do BGB pela doutrina alemã, chegando ao mesmo requisito de acordo global que já havia captado na análise do direito estrangeiro. Por meio desse requisito – ainda que não constasse expressamente em previsão legal – é que entendeu não poder o juiz “substituir-se às partes e

de Dresden (Dresdener Entwurf). Ainda que em outras áreas do direito privado tenham sido feitos sucessivos projetos, este acabou remanescendo influente até o projeto final, inclusive complementando-o em alguns trechos. No projeto, constava clara a disposição, no §55, de que “negociações preliminares a um contrato não são vinculantes.” (§55: “Vorbereitende Verhandlungen zu eine Verträge sind unverbindlich.”) Essa posição, por sua vez, é reflexo de uma concepção muito mais antiga, proveniente do direito romano, que considerava os *pacta praeparatoria* como *pactos nus*, não podendo vincular por não se poder executar.

³¹ “Unvollständige Einigung ist keine Einigung”

deliberar por elas nos pontos sobre os quais não chegaram a acordo.” (BRASIL, 1979, p. 92) Na falta deste acordo total, o vínculo existente, seja unilateral ou bilateral, é de natureza provisória e eventual, não podendo ser recebido na ordem jurídica como contrato preliminar.

O julgamento, datado de 11 de setembro de 1979 resultou em restauração da sentença de primeiro grau, julgando a recorrida Supermercados Pão de Açúcar S.A. carecedora da ação de adjudicação, e procedente a ação de consignação em pagamento da recorrente Distribuidora de Comestíveis Disco S.A, para restituição do depósito de CR\$ 10.000.000,00, uma vez assim “haver cessado a causa do depósito.” (BRASIL, 1979, p. 128).

As conclusões tomadas no voto do Ministro Moreira Alves, construídas pela combinação do direito estrangeiro com as disposições do Código Comercial Brasileiro então em vigor, e com as regras processuais sobre adjudicação e suprimento da vontade da parte pelo juiz estão, uma a uma, refletidas no texto dos artigos 462 a 466 do Código Civil de 2002, que dão a atual disciplina do contrato preliminar. A necessidade de acordo integral e a ressalva exclusiva da forma é contemplada no art. 462; o direito à celebração do contrato definitivo, salvo se ressalvada a possibilidade de arrependimento, está no art. 463. A possibilidade de suprimento da vontade do inadimplente (do contrato preliminar) pelo juiz está no art. 464. Para o caso de promessa unilateral de contrato, o art. 466 estabeleceu a subordinação da eficácia do mesmo à manifestação no prazo nela indicado. No art. 465 foi estabelecida a possibilidade – que não estava em tela no julgamento do Caso Disco – de resolver o contrato preliminar em perdas e danos, no caso de sua inexecução pelo estipulante, o que somente confirma que o contrato preliminar é tão contrato quanto o definitivo.

O Caso Disco, ainda que tenha sido o único na matéria a ser julgado com tamanha acuidade pelo STF, não é um caso isolado. Vinte anos após a sua decisão, ingressava o Banco FonteCindam com ação ordinária em virtude do “*eleventh hour collapse*” ocorrido nas negociações de aquisição de seus ativos financeiros, entre outros negócios, pelo Banque Nationale de Paris – BNP, através do Banco Banque Nationale de Paris Brasil S/A – BNP Paribas (SÃO PAULO, 2008). As circunstâncias desse caso, ainda não decidido pela Justiça Estadual de São Paulo, são bastante semelhantes à do Caso Disco e provam a atualidade da necessidade de definir claramente as fases da formação do contrato e a qualificação jurídica dos acordos que se formam na condução das negociações, à qual se adiciona a necessidade de disciplinar adequadamente o rompimento injustificado de tratativas, sob pena de a alegação de não vinculação desta fase continuar a ser utilizada como negação da possibilidade de a parte prejudicada pelo seu rompimento injustificado recobrar o que investira para o contrato.

O Caso FonteCindam é reconhecido como de alta complexidade pela justiça paulista, por tratar-se de reconhecimento de relação jurídica decorrente de memorando de entendimentos que, para o Banco FonteCindam teria sido um pré-contrato mas, para o BNP, tratava-se apenas da redução por escrito dos entendimentos trocados. No despacho saneador se pode ler que é dada relevância, pelo magistrado, à presença dos elementos essenciais do negócio, mas reconhecida a sua insuficiência para a solução do caso, em face de outras quatorze questões que se propôs a apreciar, listadas³² no item 5 do referido despacho.

Da lista destas questões verifica-se quais os elementos relevantes para o convencimento do juiz em face de um problema relacionado ao rompimento de tratativas³³, indicando também que o rigor probatório em matéria pré-contratual é deveras alto.

Além de sua delimitação fática impõe-se a necessidade de adequado tratamento jurídico da fase de negociações, tanto mais com a maior frequência com que negócios são realizados dentro do cenário de crescimento da economia. Nesse contexto destaca-se a função pré-positivista da doutrina, que pode oferecer orientação para a solução de casos como estes.

³² “a) se o negócio jurídico estabelecido entre as partes através do instrumento “Memorandum of Understanding” consistiu em mera expectativa de direito (tratativas) ou se se efetivou contrato através de declaração manifesta de vontade das partes em confabularem o negócio acima relatado com os elementos do contrato a ser firmado, tanto de aquisição do ativo do Banco Fontecidam como de aproveitamento dos sócios do Banco Fontecidam; b) se as negociações foram rescindidas ou se foram suspensas, se houve prosseguimento das negociações de alguma forma e se haviam condições ou fatos a serem cumpridos, necessidade de garantias quanto ao passivo e, ainda, a culpabilidade pela rescisão do negócio; c) comprovação da publicidade do acordo e das apresentações de projetos e novos produtos aos clientes do BANCO FONTECIDAM em conjunto com o Banco BNP; d) se as atividades do BNP e do FONTECIDAM passaram a se integradas e, se o caso, por qual período e, ainda, se houve a instalação total ou parcial de processo de integração de sistemas de informática; e) se o mercado financeiro passou a identificar o BNP e o FONTECIDAM como sendo uma única entidade; f) se os funcionários do Banco Fontecidam passaram a ter suas atividades subordinadas aos comandos do BNP - Fontecidam; g) se houve a transferência de aplicações financeiras dos clientes dos autores para produtos geridos pelo BNP; h) se foram divulgadas notícias de que a compra do FONTECIDAM pelos requeridos não havia sido fechada e se esse fato repercutiu nas atividades financeiras do Banco autor; i) o motivo do rompimento do negócio jurídico ou de sua expectativa e eventual culpabilidade pelos prejuízos; j) se os autores sofreram prejuízo econômico (material e moral), bem como de lucros cessantes, e o montante, podendo ser considerado como parâmetro o valor da Instituição, em 12/03/99, data de anúncio da conclusão do negócio; l) ante a cláusula de arbitragem que ensejou o julgamento e extinção do feito, posteriormente anulada por acórdão, se houve ou não algum julgamento pela Câmara de Arbitragem; m) a existência de litigância de má-fé; e, n) julgamento de outras ações criminais, cíveis ou até mesmo de CPI que tenham reflexo nos fatos decorrentes da presente ação; e, o) a relação de causalidade entre eventual ato ilícito e os prejuízos.” Note-se que o nome do banco era FonteCindam, constando erroneamente no cadastro do processo.

³³ A referência a este caso não é feita com o caráter de demonstração de orientação jurisprudencial ou processualmente vinculante, mas somente como visualização clara das questões práticas que se colocam no problema de disciplinar as tratativas de um contrato.

2.3 NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS

Na formação dos contratos, as negociações tem tanto maior relevo quanto mais complexo for o negócio pretendido. Elas contrapõe-se à formação instantânea do vínculo, dilatando a formação do contrato e reforçando a ideia de formação sucessiva, antecedendo ou perpassando a fase de proposta e aceitação. Costuma-se dizer que as negociações compõe a “fase preparatória”, anterior mesmo à formação do contrato, na qual as etapas já mencionadas seriam a “fase decisória”.³⁴

As questões que levam ao prolongamento do processo genético do contrato podem ser das mais diversas³⁵ e, para não se deter em uma descrição delas, traz-se a feita por Almeida Costa (2009, p. 300):

“Nele [no processo de formação do contrato] cabem vários e sucessivos trâmites, tais como entrevistas e outras formas de diálogo, estudos individuais ou em conjunto, experiências, consultas de técnicos, viagens de esclarecimento pessoal, redução a escrito de aspectos parcelares ou acordos provisórios e a unificação destes num projecto ou minuta, incitamentos recíprocos a propostas contratuais e, por último, a oferta e a aceitação definitivas. Tudo se dirige à obtenção da convergência da vontade das partes nas cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha considerado necessário o acordo, sem o que o contrato não fica concluído.”

Nesse encadeamento de atos, que forma o contrato, deve-se ter claro que as negociações se distinguem das demais etapas pelo fato de não serem, por definição, uma atividade com valor negocial. Explique-se: a vontade daquele que se dirige a outrem para contratar, daquele que invita outrem a negociar as condições e termos de um negócio, sem a intenção imediata de obter os efeitos jurídicos que a ordem jurídica atribui ao negócio jurídico, não deve vincular da mesma forma como vincula aqueles que visam negocialmente alcançar tais efeitos.

³⁴ Neste trabalho, entretanto, a fase de negociações foi considerada como integrante da formação dos contratos. A distinção é atribuída (COUTO E SILVA, 1997, p. 67) a Mario Julio de Almeida Costa. Para ele, seriam dois ciclos, contendo o ciclo decisório as declarações de vontade negocial e a fase negociatória contendo “os actos preparatórios realizados, sem intenção vinculante, desde os contactos iniciais das partes até à formação da proposta contratual definitiva. É o período de ‘trattative’, ‘pourparlers’, ‘Verhandlungen’, conforme a terminologia italiana, francesa e alemã, respectivamente. Observe-se a circunstância de autores brasileiros se referirem a ‘tratativas’ e a ‘fase de tratativas’, em correspondência àquele vocábulo italiano.” (ALMEIDA COSTA, 2012, p. 302),

³⁵ Na França, Jaques Guestin (1988, p. 249) adverte que estas questões que prolongam a formação do contrato podem ser também de ordem pública, podendo consistir na obtenção de autorizações, licenças ou alvarás: “La complexité des contrats modernes, les études qu’ils exigent afin de connaître non seulement les donnés de fait, mais aussi les règles d’ordre public applicables, les autorisations souvent nécessaires, notamment en matière de change ou d’urbanisme, se conjuguent pour prolonger la période précontractuelle.”

A vontade negocial visa ao efeito jurídico nela expresso, devendo ser suficiente, por definição para a obtenção deste. É por isso que se distinguem as negociações da proposta e da aceitação, já advertia Orlando Gomes, pois estas duas “não são meros atos preparatórios do contrato sem caráter vinculativo, mas, sim, declarações de vontades capazes de formar a relação contratual.” (GOMES, 1993, p. 64).

Não parece ser a toa que se usam os termos “fechamento” e “conclusão” do contrato quando o vínculo é definitivamente formado, e não quando terminam ou cessa sua eficácia. O uso desses termos indica que, antes do fechamento, há uma abertura, há uma fase de expansão do conhecimento sobre aquilo que se pretende contratar, uma fase de revolver, sortir e selecionar aquilo que cada parte deseja apor ao contrato. Pode também ser entendido como a conclusão de um iter, a sumarização do que foi sugerido e aprovado, após a exclusão de alternativas. É fase de escolha, de troca, de alteração, de combinação, de adequação daquilo que uma parte pretende, diante daquilo que pretende a outra.

Se fosse possível ao indivíduo obter unilateralmente o bem da vida que pretende obter com o contrato, poderia dispensar a adequação dos seus interesses aos interesses alheios. Mas não se dá assim; ao contrário, a necessidade de conformar o seu interesse ao interesse da outra parte exige disposição para alterar o seu próprio interesse, transigindo. Quem negocia tem de tomar em consideração o propósito do outro, sem o que não obterá dele o consentimento necessário à conclusão do negócio pretendido.

Neste espaço de barganha, de convencimento, é necessário que, em prol da sanidade do vínculo que se pretende formar, as partes ajam com transparência, com o fim de evitar que, junto com o contrato, se vá formando algum vício. Jacques Ghestin (1988, p. 250) faz a advertência de que não pode ser desconsiderado o impacto do período pré-contratual sobre o contrato, por ser o momento em que se situam os fatos suscetíveis de viciar o consentimento de uma das partes.³⁶ Além dos vícios que afetariam o contrato, deve-se voltar o olhar para a possibilidade de as próprias negociações conterem situações, como o rompimento injustificado de tratativas ou a infração a deveres de proteção, que mereçam tutela independentemente da conclusão do contrato, dado que a eventualidade deste não apaga os danos que tais condutas podem causar.

O vínculo contratual, para a fase de negociações, opera como finalidade, orientando a atividade de negociações. A finalidade que orienta as negociações deve estar presente no momento que se iniciam. Se as partes desejam formar um contrato típico, devem proceder de

³⁶ No original: “Cette période précontractuelle ne peut rester sans incidence sur le contrat. C’est à ce moment que se situent les faits susceptibles de vicier le consentement de l’une des parties.”

modo a obter seus elementos típicos. Se pretendem formar um contrato atípico, tendo interesses em usar da liberdade de tipos para acrescentar elementos que representariam a configuração ideal do contrato para si, cabe a parte que assim deseja, manifestá-lo à outra, para que possa julgar a conveniência de tais elementos à sua própria ideia sobre o contrato. É do compartilhamento da conveniência sobre todos os elementos que se forma o mútuo acordo, que, assumido de forma válida, é apto a produzir os efeitos jurídicos pretendidos. É nessa bilateralidade da negociação que reside o principal elemento de interesse para o direito, pois é da proximidade das negociações que pode surgir, assim como o acordo, a desavença danosa. Deve ser trazida a percepção de Antônio Chaves (1959, p. 70):

“Na presença do consentimento em negociar a formação de um projeto contratual, dever-se-ia considerar que cada uma das partes tenha sido induzida a elaborá-lo justamente em atenção à concordância da outra, que robustecia a sua esperança de alcançar um êxito favorável.”

Este êxito favorável quanto ao contrato que as partes buscam, em que pese a função de orientá-las, é de realização eventual em relação às negociações. Note-se que a eventualidade não tem sentido de aleatoriedade, uma vez que a conclusão ou não conclusão do contrato encontra-se submetido às escolhas das partes, e não a evento a elas externo, salvo se assim alguma delas estabelecer. É de grande importância, para a identificação da fase de negociações, reconhecer a eventualidade da conclusão do contrato, pois se esta é eventual, não pode ser certo, e vice-versa. E já isso importa porque é na certeza, assumida ou criada, de que o vínculo se perfectibilizaria ou de que as negociações seguiriam a direção proposta, que reside o substrato para a responsabilidade pela ruptura das negociações ou pela não-conclusão do contrato.

Essa responsabilidade deriva da possibilidade de vinculação obrigacional na fase pré-contratual, como adverte Judith Martins-Costa, ao referenciar as negociações em relação ao contrato:

“O seu espaço é o do ‘ainda-não-contrato’, o da inexistência, ainda, de vinculação contratual, o espaço do “trato”. Por isso não ocorre vinculação contratual, mas pode haver – se reunidas certas condições – vinculação obrigacional. Para delimitá-lo é necessário ter presentes as categorias jurídicas da proposta e da aceitação.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 481)

Assim, as negociações pré-contratuais não vinculam contratualmente, o que ocorrerá somente quando se configure uma das hipóteses vinculantes, antes abordadas³⁷. Muito se discute sobre a possibilidade de determinar a natureza jurídica das negociações preliminares para, a partir de uma categorização, obter uma disciplina jurídica própria da fase.

Muitos autores empreenderam esforços para fazer tal qualificação, tendo presente que o fato isolado de obrigarem pelo rompimento injustificado não resolve aquela tarefa, mas apenas reforçam a diferença, que aqui também se fez, entre as negociações e o contrato. Antônio Chaves conclui pela impossibilidade de as considerações a respeito da natureza do contrato resolverem o problema da qualificação da fase pré-contratual:

“Nem elas [as considerações que remetem à natureza contrato], nem quaisquer outras poderiam definir a natureza jurídica das negociações, pela simples razão de que elas não tem natureza jurídica definida: trata-se de elementos indeterminados material e juridicamente, e que não podem ser conceituados justamente porque lhes falta qualquer organicidade” (CHAVES, 1959, p. 70)

Essa falta de unidade que impede a delimitação das negociações pré-contratuais como categoria jurídica foi notada também por outros autores, que atribuem à esta dificuldade de caracterização jurídica a impossibilidade as negociações gerarem os efeitos típicos de obrigações contratuais ou de responsabilidade delitual, o que se aprofundará na parte inicial da Seção 3, *infra*.

Muitos esforços tem sido empregados na busca pelo princípio que subordinaria, se não todos os casos de responsabilidade pré-contratual, algum de seus grupos separadamente. Nos casos de rompimento injustificado de tratativas, ao antes da questão sobre o tipo de responsabilidade (que está no plano dos efeitos), está esta questão da qualificação jurídica dos atos de negociações dentro da teoria do fato jurídico. Antônio Chaves percebeu a artificialidade e a insuficiência de “não atribuir valor jurídico senão ao ato jurídico propriamente dito” (1959, p. 153), sendo que as negociações iniciadas já seriam, para ele, um fato com valor jurídico, em uma forma e uma medida a serem determinadas pelo direito, ainda que esse valor jurídico não fosse de caráter decisivo ou de natureza negocial. (1959, p. 153)

³⁷ Sobre a possibilidade de ocorrerem mesmo também na fase de proposta e aceitação, Antônio Chaves (1959, p. 56) esclarece que as negociações preliminares “podem verificar-se na eventualidade de uma oferta completa se, com relação a alguns dos seus extremos, o destinatário tiver feito contra-propostas ou tiver pedido algumas modificações.”. CARNEIRO DA FRADA (2007, p. 504) resume: “o facto de as partes não terem chegado ainda a acordo sobre todos os pontos relevantes a incluir no contrato a celebrar; o que, mesmo aí onde o autor da conduta não remeteu, ao menos concludentemente, para uma vinculação negocial posterior, constituirá normalmente um indício de que não houve intenção de assumir uma vinculação negocial.”

A busca pelo que poderia atribuir valor jurídico aos atos pré-negociais, encontrou o conceito de contato social, que, segundo Clóvis “aparece para justificar o nascimento de direitos e obrigações, quando não existe contrato. Abrange, através de nova formulação, as hipóteses que comumente se classificam como de *culpa in contrahendo*.” (2006, p. 75) Este excerto indica a ideia de que há um elemento de proximidade que qualificaria a relação jurídica verificada nas negociações e lhe daria efeitos peculiares, mas é logo colocado em dúvida por Clóvis pelo fato de que o conceito de contato social, como categoria da sociologia, seria a de ato-fato, havendo disputa sobre se poderia, como tal, ser fonte de obrigações. O fato de os atos-fatos, atos materiais, serem percebidos pelo mundo jurídico independentemente da vontade e, por isso, tornando indiferente a finalidade do ato, torna inarredável a necessidade de que a qualificação do ato-fato pré-contratual advenha de ato anterior a ele que a ele atribua o *sentido* que, por si só, não possui. Seria, como se entende da lição de Clóvis, muito difícil restringir uma figura assim estruturada (ato anterior que qualifica ato-fato posterior) às atividades pré-contratuais, pois aplicar-se-ia igualmente, por exemplo, à tradição (ato-fato qualificado pelo negócio jurídico da venda, ou da doação).

Nessa ampliação, o contato social não se distinguiria de seu âmbito na sociologia, pois justificaria todas as hipóteses de atos-fatos e não somente os da fase pré-contratual (COUTO E SILVA, 2006, p. 76). Poderia se tratar como atos negociais, quando então a delimitação adviria do próprio efeito comunicado pela vontade, o que, entretanto, subtrairia da fase pré-contratual justamente o fato de ser anterior às vinculações negociais.

Sobre a abrangência do contato social, a professora Judith Martins-Costa compreende que a descoberta dogmática desta categoria está de acordo com a tendência de destituição da autonomia privada da condição de única fonte de obrigações, com a perda de relevo da vontade:

“A categoria do contato social, em suma, abrange as vinculações existentes mesmo antes ou até independentemente da celebração de um negócio jurídico, como é o caso, já referido, da responsabilidade pré-contratual (...). Há, contudo, no contato social, graus intermediários entre a “maior proximidade” e “a maior distância”, nos quais a vontade pode se apresentar como elemento jurídico de relevo, ou pode ser afastada, em atenção a outros elementos (v.g., a responsabilidade pré-negocial).” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 407.)

Antônio Chaves, percebendo a diversidade dos fatos encontrados na fase pré-contratual, além da dificuldade de qualificação jurídica da fase, notava o seu reflexo na delimitação da forma correspondente de responsabilidade:

“a responsabilidade pré-contratual é decorrente de uma situação de fato para a qual concorrem fatores que diversificam caso por caso, não permitindo a subordinação a um único princípio teórico, renitentes como são a qualquer classificação rígida.” (CHAVES, 1959, p. 149)

Neste sentido, a categoria do contato social parece se adequar aos atos de negociação justamente pelo fato de não ser rígida. Pode-se concluir que as negociações, em virtude disso, não tem efeitos jurídicos próprios, mas proporcionam um tipo de interação social do qual podem se destacar situações cuja “injustificação”, quando acarrete danos, precisa ser repreendida pelo direito.

Visto no que consistem, como se distinguem das demais categorias jurídicas e como não constituem uma categoria própria, e já referido que as negociações contratuais desenvolvem-se a partir da autonomia privada, pode-se passar a perquirir como elas adquirem relevância para o direito e recebem dele efeitos. Cabe investigar a incidência de deveres sobre a conduta das partes nesta atividade de negociações, tendo em vista que o fato de estarem menos ou mais próximas da conclusão do contrato é destacado como proporcional interação entre as esferas jurídicas e, portanto, proporcional dever de consideração para com os interesses do outro. Sobre esta interação, Ana Prata (2005, p. 47) aponta que:

“é a progressão e aprofundamento desses contactos que vai marcar a intensidade da relação pré-contratual, determinando o crescente surgimento de mais novos e mais amplos deveres recíprocos.”

O surgimento destes deveres dizem respeito ao efeitos que as negociações podem ter por causa da proximidade entre as partes que lhe é ínsita.

O que se sobressai na fase de negociações como um elemento que pode ser valorado pela ordem jurídica é a confiança que pode ocorrer. Dado relevo à tutela deste elemento como razão de ser da responsabilidade pelo rompimento injustificado das negociações, é possível estruturar a partir dela o regime desta responsabilidade.

A forma como a ausência de traço característico nas negociações pré-contratuais foi notada dentro da concepção de fontes de obrigações e o nascimento de obrigações a partir do descumprimento de deveres incidentes sobre esta fase são, então, o que se passa a analisar.

3 O ROMPIMENTO INJUSTIFICADO DE TRATATIVAS ENTRE AS FONTES DE OBRIGAÇÕES

O rompimento injustificado de tratativas, como um problema de responsabilidade civil pré-contratual³⁸, conduz apenas indiretamente a uma investigação do sistema de fontes obrigacionais: o que chama a atenção no problema é a ocorrência de dano reparar³⁹. Ao lado da certeza e da imediatidade, constitui-se elemento do dano reparável a sua injustiça, “exigindo-se a ofensa indevida ao interesse da vítima, direta ou por ricochete, tutelada pelo ordenamento jurídico” (SANSEVERINO, 2011, p. 178). A expressão dano injusto deve ser compreendida como equivalente a “lesão a interesse juridicamente relevante” (SANSEVERINO, 2011, p. 179). Ao lado da injuridicidade do dano, a responsabilidade civil prevê a antijuridicidade como elemento da conduta do agente que o causa. É essa antijuridicidade que remete à indagação das fontes obrigacionais pois, a depender dela, a modalidade de dano a reparar é diversa. Se a antijuridicidade da conduta decorrer da infração a um dever legal ou decorrer do inadimplemento de uma obrigação, o modo de reparar o dano será conduzido de acordo com o regramento específico para cada uma destas situações. É uma questão de fundamentar a obrigação de indenizar.

A constatação de que não existe, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, uma solução unívoca ou incontestável para o problema da fundamentação da obrigação de indenizar pelo dano decorrente da ruptura injustificada de tratativas remete a uma investigação das fontes de obrigações.

Um caso menos complexo – e mais sucinto que os citados na seção anterior – pode ser útil para exemplificar as implicações obrigacionais decorrentes do rompimento injustificado de tratativas.

³⁸ Carneiro da Frada (2007, p. 506) faz um alerta preliminar que é necessário referir “há que ser prudente na admissão dessa responsabilidade. Antes da conclusão de um contrato, é do interesse da ordem jurídica preservar um espaço de liberdade para que os sujeitos possam negociar, avaliar os seus interesses, e tomar autonomamente a decisão de contratar. As partes devem naturalmente tê-lo presente. Assim, como ponto de partida, a interrupção do processo negocial não constitui seguramente um facto ilícito. Até a consumação do contrato mantém-se a possibilidade de não contratar, o que constitui uma faceta imprescindível da liberdade de celebração de negócios jurídicos. [...] Deste modo, uma ruptura das negociações tem de considerar-se por princípio livre e isenta de responsabilidade.”

³⁹ O direito brasileiro adota o princípio da reparação integral para a quantificação da indenização relativa aos prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais. “Nos danos puramente materiais, a concretização do princípio da reparação integral é relativamente simples, ocorrendo de maneira ampla em face de seu conteúdo estritamente econômico e patrimonial.” (SANSEVERINO, 2011, p. 28). Normalmente, o dano pré-contratual é unicamente patrimonial. Mesmo assim, há de se distinguir entre certas despesas que não são recuperáveis pela via indenizatória, por se tratarem de despesas intrínsecas ao mero fato de se estar no mercado. (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 507)

Em dezembro de 1959 também o STF decidiu o Recurso Extraordinário nº 43.951/SP, pelo abandono de negociações em que o Jockey Club de São Paulo e o cidadão Thomas J. C. Martyn combinavam a aquisição de um totalizador de apostas em corridas de cavalos. O Jockey Club foi condenado à reparação dos danos “limitados aos denominados interesses negativos, que correspondem à diminuição patrimonial que o sujeito não teria sofrido se não estivesse vinculado à tratativa”. Desde lá já não se considerava a culpa presente pelo mero rompimento das negociações:

“[a] falta se dá no momento da formação do contrato, e, por isso, há controvérsia acerca de sua natureza, -se contratual ou aquiliana. Mas uma coisa é certa: implicando violação ao princípio *noeminem laedere*, a reparação há de ser feita (...) Não caracteriza tal culpa o simples rompimento das negociações. Mas, certamente, ela existe a criar o dever de indenizar, se é causa de prejuízo.” (BRASIL, 1959, p. 2)

Mas o restante do posicionamento do voto do Ministro Antônio Villas Boas se aproveita somente como vestígio de como se introduziu a responsabilidade por *culpa in contrahendo* nos tribunais brasileiros, através da equidade. A busca por uma tratamento que fosse dogmaticamente autônomo e que não se constituísse em mera recondução à equidade parece ter sido a motivação de Judith Martins-Costa ao conduzir a disciplina do rompimento injustificado de tratativas ao campo operativo da responsabilidade pré-negocial com base na boa-fé objetiva, na mesma medida em que parece ter sido a motivação de Carneiro da Frada em tentar tratar o caso através da teoria (pura) da confiança.

Ambas as teorias se conformam à ideia de que não são todos os atos tomados na fase pré-contratual que estão aptos a ter efeitos obrigacionais, o que se coaduna com a classificação das negociações como ato-fato. Em ambas as teorias estão também presentes os pressupostos da responsabilidade civil, que são, a saber:

“a) que seja *antijurídico* o ato praticado, ou o fato acontecido; b) que este possa ser imputado a alguém; c) que dele tenham resultado *danos*; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado; [...] e) que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada.” (NORONHA, 1993, p. 19)

Assumida essa formulação como referência, tem-se que o problema do presente trabalho situa-se no primeiro destes requisitos, e está em saber donde promana a antijuridicidade do ato de rompimento de tratativas, que o torna injusto⁴⁰.

⁴⁰ “Toutefois ce qui est probablement le plus important aujourd’hui, c’est un élément qui est intermédiaire entre les notions qui viennent d’être évoquées [brusquerie ou caractère formellement incorrect de la notification de la

A depender da justificativa adotada, a imputação será subjetiva ou objetiva⁴¹. O resultado danoso⁴² do rompimento de tratativas é o que dá corpo ao problema da antijuridicidade, já que não se pode prescindir dela para a responsabilização, inexistindo responsabilidade pela simples ocorrência de um dano. O nexo de causalidade também não será detidamente analisado. A questão do escopo da norma violada se abordará juntamente com a análise da antijuridicidade, que se passa fará a partir das teorias da boa-fé e da confiança, no direito alemão e no direito brasileiro. Antes, contudo, se faz uma breve análise do problema das fontes.

No esquema das fontes de obrigação da tradição romano-germânica, encontram-se sempre duas: contrato e delito. Ainda que no desenvolver do próprio direito romano já se tenha feito concessão às figuras do quase-contrato e quase-delito⁴³, ou a reunião dessas figuras impróprias com outras obrigações caracterizadas por causas diversas, sob a rubrica de *variis causarum figuris*⁴⁴, foram as duas primeiras que subsistiram como os dois marcos das fontes obrigacionais.

A insuficiência das duas categorias para contemplar outras situações das quais emergem obrigações é inegável, e a crise no sistema de fontes obrigacionais foi delatada por

décision de mettre fin à la recherche d'un accord]. Il s'agit de la existence ou de la absence d'un motif légitime de rupture. À tel point qu'un autre a même proposé une typologie des justes motifs permettant de mettre fin aux pourparlers contractuels. [...] la liste ainsi établie est limitative, la liberté de rompre la négociation ne sera plus le principe, mais l'exception. Pour se retirer des pourparlers engagés en vue de la conclusion d'un contrat, il faudra démontrer que l'on s trouve dans l'un des cas qui autorisent la rupture. Or, cela peut paraître excessif." (GUESTIN, 2008, p. 551)

⁴¹ No Brasil, Martins-Costa (1999, 479), ao refletir sobre o fundamento ou configuração da responsabilidade pré-negocial pela ruptura das tratativas, mencionava que se poderia talvez já falar em "uma espécie de objetivação da responsabilidade pré-negocial, pela quebra de deveres derivados da boa-fé". (1999, p. 480)

⁴² O resultado danoso que se verifica no rompimento injustificado das tratativas geralmente é a perda ou a inutilização das despesas vinculadas à preparação para a prestação pela parte que confiava na celebração do contrato. A forma de quantificação e de liquidação do dano é alvo de controvérsia geralmente dentro da divisão entre interesse negativo e interesse positivo, aos quais se pode equivar o "reliance interest" e o "expectation remedy" do common law. Sobre a separação entre despesas que deveriam ou não ser computadas como danos em caso de rompimento de tratativas von Mehren sugere: "Where the costs are not predictable or and recurrent for either party, they might be shared equally. The question remains whether situations of this general type are sufficiently frequent in practice to justify providing an apportionment remedy which inevitably carries with it complications and costs that do not attach to more conventional forms of relief." (VON MEHREN, 2003b, p. 74). Embora seja de grande importância para o tema da responsabilidade pré-contratual, não é o tema central deste trabalho, sendo deixado para abordagem em outro estudo.

⁴³ "Denominou-se alguns fatos jurídicos, que não se enquadravam nas categorias de contrato e delito, de quase contrato e quase delito, embora houvesse sido essa categoria, mais tarde, abandonada [no direito romano], porque o termo "quase" revela que a figura jurídica ainda não experimentou nenhum aperfeiçoamento dogmático." (COUTO E SILVA, 2006, p. 71)

⁴⁴ A entrega de coisa sem um *contrahere* não constituiria obrigação *ex contractu*. "Confirmaria este ponto de vista [sobre a falta de *contrahere* onde há a entrega de coisa] o fr. de Gaio, no D. 44, 7, 1, no qual à divisão tradicional das fontes, verifica-se o acréscimo de uma outra, *ex variis causarum figuris*." (COUTO E SILVA, 2006, p. 45). Sobre essa terceira via que agrega várias causas ser adequada ao contexto de crise das fontes de obrigações, Débora Grivot (2010, p. 336) salienta que as novas figuras geradoras de obrigações redefinem o sistema de fontes, podendo mesmo se falar em *variae causae figurae* moderna.

muitos autores. Para Clóvis do Couto e Silva, “a crise decorre da concepção de que um código por mais amplo que seja não esgota o corpus juris vigente” (2006, p. 65), ou seja, as previsões estritas da lei não exaurem a disciplina de todas as situações que devem ser tratadas pelo direito. Ele esclarece, sobre a crise das fontes, o que vinha a ser:

“O que se denomina crise das fontes não é tanto o resultado da observação de que novos fatos sociais merecem tratamento inamoldável aos postulados até há pouco vigorantes na ciência do direito, mas, sobretudo, a certeza de que o raciocínio jurídico não se deve orientar pelo método puramente dedutivo, nem deve deixar à margem certos fatos que, não faz muito, eram considerados de exclusiva competência de outras ciências, como, e.g., da sociologia.” (2006, p. 65)

A saída da forma de raciocínio orientada unicamente pelo método dedutivo se relaciona em muito com a abertura do sistema jurídico. Na nova textura que adquiriram, os sistemas jurídicos se tornaram permeáveis e profícuos à realização dos seus valores, através, exemplificativamente, de técnicas legislativas como o uso de cláusulas gerais e a remissão a princípios de direito. É por meio dessa abertura, dessa ruptura com o formalismo, que o direito pode passar a considerar certos fatos e situações que antes não pertenciam ao seu domínio e a lhes dar adequado tratamento.

O reconhecimento de que outros fatos sociais merecem tratamento pelo direito abre a possibilidade de encontrarem-se, através de reconstrução dogmática, novas fontes de obrigações. A lição de Clóvis é irretocável neste sentido. Para o professor, há uma obediência da classificação das fontes obrigacionais à classificação dos fatos jurídicos. Essa obediência conduz ao entendimento de que a classificação das fontes se dá no plano da existência; entretanto, salienta Clóvis, “não deve ser feita com base propriamente nos fatos, porque as leis podem prever grande número deles, absolutamente diversos uns dos outros, mas na qualificação que eles assumem quando ingressam no mundo jurídico.” (2006, p. 71).

“De qualquer forma, os deveres [decorrentes do contato social] não seriam concretos, o que afastaria qualquer possibilidade de pensar em assemelhá-los aos que nascem da incidência ou concreção da boa-fé, no desenvolvimento da relação obrigacional. Ademais, o fim é que dá a medida a esses deveres e determina a sua intensidade. Não se pode parificar as hipóteses porque o ‘contato social’ constitui ato-fato e, como tal, não revela a finalidade.” (COUTO E SILVA, 2006, p. 76)

Sobre essa dificuldade de qualificação, Clóvis refere que Emilio Betti, doutrinador italiano, inclinou-se a equiparar, por antecipação, os deveres decorrentes do contato social aos decorrentes da boa-fé contratual, como efeito preliminar. Na outra via, a de que o contato social poderia beber da fonte delitual, Clóvis explica que deveria, para tanto, haver uma

extensão do conceito de dano, sendo os deveres oriundos do contato social apenas *causa* de responsabilidade. “Os direitos que dela nascem assemelham-se aos provenientes de um contrato, mas seu suporte fático é de ordem delitual” (COUTO E SILVA, 2006, p. 77), resume.

Dessa distinção também se ocupa de longa data o direito estrangeiro. No direito francês, por receio de reduzir a efetividade do contrato como instrumento de exercício da autonomia privada, blindou-se o acesso a uma responsabilidade pré-contratual “contratual”, garantindo assim que uma obrigação contratual somente possa existir onde há um contrato, e reconduzindo, por fim, o problema da ruptura⁴⁵ de tratativas à categoria de delito⁴⁶. No alemão, pela falta de uma cláusula geral de responsabilidade civil e pelo fato de a classificação dos danos provenientes de ato ilícito não contemplar o dano puramente patrimonial (que é o que se verifica no problema em questão), o reenvia para o tratamento da responsabilidade contratual⁴⁷.

Para além das já mencionadas possíveis soluções, referindo-se a algumas das soluções norte americanas⁴⁸ para o problema do rompimento injustificado de tratativas, Carneiro da Frada, autor português que dedica-se ao estudo da responsabilidade pela confiança constatou que “a convocação desta panóplia de institutos confirma a existência, na responsabilidade pré-contratual, de uma encruzilhada dogmática”, para a qual, acrescenta, tem

⁴⁵ “il arrive que l'imprudence, la négligence ou l'incompétence caractérisée de l'un des partenaires provoque l'échec du projet tout simplement parce qu'elle rend celui-ci irréalisable. Dans ce cas, ce n'est pas nécessairement l'auteur de la faute qui met fin aux négociations et pourtant, si l'autre partie y a investi de bonne foi beaucoup de temps et d'argent, elle pourra obtenir réparation. [...] il y a alors 'faute de négociation', par opposition à la 'faute de rupture'. Le plus souvent, les torts sont imputables exclusivement à l'un des participants à la négociation qui est alors seul responsable, mais il peut arriver qu'ils soient partagés soit avec la victime elle-même, ce qui entraîne un partage de responsabilité, soit avec un tiers qui est alors co-responsable.” (GUESTIN, 2008, p. 552)

⁴⁶ “Depuis assez longtemps déjà, la jurisprudence a admis que la rupture des négociations engagées en vue de la conclusion d'un contrat peut intervenir dans des conditions qui manifestent un abus ou une faute dans l'exercice de la liberté de rompre: elle engage alors la responsabilité délictuelle de l'auteur de cette faute.” (GUESTIN, 2008, p. 549) No mesmo sentido, SCHMIT-SZALEWSKI (1990, p. 547): “Tant que le contrat n'a pas été conclu, la réparation ne peut relever que du régime délictuel. Cette solution est conforme au fondement et au rôle de la responsabilité délictuelle en droit français. La doctrine française refuse d'accueillir la solution enseignée par von Jhering, qui justifiait le régime contractuel de la responsabilité précontractuelle par l'existence d'un avant-contrat implicite aux termes duquel les négociateurs s'engageraient à la *diligentia in contrahendo*.”

⁴⁷ Ainda que em sentido lato, mas contratual: “one who wishes to engage in private ordering may be required to assume certain obligations simply because negotiations have been opened.[...] Liability imposed is contractual in the broad sense of the term” (VON MEHREN, 2003, p.68). Também Martins-Costa (1999, p. 498), a partir da lição de Canaris: “A peculiaridade decisiva dos ‘deveres de proteção’ está em que a sua violação determina uma responsabilidade nos moldes dos princípios contratuais. (...) Embora, na Alemanha, a natureza da responsabilidade seja, tradicionalmente, considerada contratual, boa parte da doutrina – inclusive a de Canaris – vem acenando à configuração de uma ‘terceira causa’ de responsabilidade independente das duas causas tradicionais.”

⁴⁸ Especificamente, a possibilidade de uma responsabilidade pré-contratual com ênfase na *misrepresentation* e no *fair dealing*.

melhores soluções aqueles que se libertam da força centrípeta de um conceito agregador uniforme e de uma doutrina que pareça unitária. (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 114)

Cabe exemplificar esta dificuldade dogmática. Se vista a relação pré-contratual através do reconhecimento dos deveres pré-contratuais, como uma relação obrigacional sem deveres primários de prestação (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 102) e sob a ótica dos deveres e proteção buscar verificar a legitimidade da ruptura das tratativas – ou seja, a partir do referencial fornecido por estes deveres, de forma objetiva, como entende Martins-Costa (1999, p. 484), e não a partir da indagação a respeito do quão justificado o motivo da ruptura seja do ponto de vista interno de quem rompe as negociações – a maneira de responder às demandas daí decorrentes é a partir do princípio da boa-fé objetiva, do qual adveem estes deveres.

Se vista a relação pré-contratual como uma relação de fato, sem valor jurídico intrínseco, propícia, entretanto, ao surgimento de relações de confiança, sendo a tutela deste elemento importante na medida em que representa a tutela do tráfego jurídico e negocial, sem que haja, entretanto, o reconhecimento de um dever de correspondência a esta confiança que se criou, reconhece-se que a maneira de disciplinar o rompimento de tratativas seria com base na quebra da confiança criada, que seria o aspecto “injustificador” desta situação. Aponta-se, aqui, ao princípio da proteção à confiança.

Se se dá ênfase não tanto à ilusão da confiança, mas ao comportamento contraditório daquele que, criando a confiança, vem a quebrá-la posteriormente, pode-se perceber o rompimento de tratativas como um exemplo de infração à vedação do *venire contra factum proprium*. Mas também aqui, se o que se destacar for uma vinculação jurídica à coerência, essa vinculação provavelmente despachará o problema novamente para os deveres decorrentes da boa-fé objetiva.

Se o rompimento de tratativas, quando causa danos à outra parte, for considerado, por isso, como um ato ilícito, se colocará o problema da qualificação de sua antijuridicidade. Em ordenamentos que estendem o conceito de ato ilícito através de figuras em que se *pode* prescindir da culpa para sua caracterização, é possível reconhecer o rompimento injustificado de tratativas como exercício disfuncional de direito (abuso de direito)⁴⁹.

⁴⁹ “A priori, le recours aux notions ‘d’abus’ du droit de rompre ou de ‘rupture abusive’ des pourparleurs évoque tout naturellement l’intention malveillant lavolonté de nuire ou la mauvaise foi. Cette définition étroite et subjective de la faute paraît également confortée par le fondament que l’on assigne généralement à cette responsabilité à savoir la ‘loyauté contractuelle’ ou la ‘bonne foi’.” (GUESTIN, 2008, p. 550)

Para a Professora Judith, está contido no conceito de contato social o fato de a maior proximidade que dele decorre aumentar, proporcionalmente, a possibilidade de ocorrência de danos à outra parte com quem se negocia, ainda que um contrato não seja exitosamente concluído, “o que determina, conseqüentemente, uma mais acentuada responsabilidade dos que participam do tráfego negocial.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 492)

Couto e Silva (1988, p. 20), para quem a responsabilidade pré-contratual é nitidamente extracontratual, nota, quanto ao contato social, que “não se pode afirmar que todos os deveres extracontratuais dão lugar ao mesmo efeito jurídico, porque há diferenças que podem dizer respeito a uma regra especial de direito ou, mesmo se não há alguma, à ‘natureza das coisas’.”⁵⁰

Ao examinar, nessa perspectiva, o fundamento da responsabilidade decorrente da não conclusão de um contrato, quando uma das partes teve confiança na sua realização face à conduta da outra contratante, Couto e Silva (1988, p. 21) não concorda que o problema – a natureza das coisas na ruptura de tratativas – demande uma solução especial, pois tinha claro que se tratava de responsabilidade delitual, ou extracontratual.

Nesse sentido, considera artificiais as soluções que sugerem que, mesmo na ausência de um contrato, se apliquem as regras de direito contratual pela especificidade da culpa *in contrahendo* e pela semelhança dos deveres que nascem nessa fase aos que nascem de um contrato, uma vez que a distinção entre as espécies de responsabilidade se dá a partir de uma lógica material, da “natureza das coisas” que determina sua finalidade e seus efeitos.

Carneiro da Frada, ao contrário, enxerga na especificidade das relações pré-contratuais um espaço que demanda solução especial – que, para ele, encontra-se da responsabilidade pela confiança:

“A responsabilidade pela confiança, ao juridicizar exigências éticas de conduta que ultrapassam o simples *non tangere* delitual, “guarda um nexos específico com a relação da justiça do caso singular; traduz a respectiva pressão individualizadora sobre a tendência generalizadora do sistema jurídico. A sua consagração dogmática assume-se, no fundo, como instrumento de reequilíbrio de um conjunto de normas que, sem ela sacrificaria demasiadamente a justiça à segurança.” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 878)

Considerando acertada a ideia exposta, de que uma solução especial em relação à concepção tradicional é possível no contexto da fase pré-contratual, parte-se para o exame das

⁵⁰ “On ne peut pas affirmer que tous les devoirs extra-contractuels donnent lieu au même effet juridique, parce qu’il y a des différences qui peuvent se rapporter à une règle spéciale de droit et même, s’il n’y en a aucune, à la ‘nature des choses’.”

duas principais teorias que visam atender a esta demanda, sempre com o foco no problema da *culpa in contrahendo* na versão de que se ocupa este trabalho – o rompimento de tratativas.

3.1 A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

No direito alemão, a teoria da confiança (*Vertrauensgedanke*) teve expansão a partir dos estudos de Larenz, Canaris e Ballerstedt (JAUERNIG, 2007, p. 363) e adquiriu autonomia como princípio (*Vertrauensprinzip*), sendo imanente a todo o direito e sendo, especialmente, diretriz das relações contratuais. Ela é suporte fático (*Vertrauensstatbestand*) de responsabilidade (*Vertrauenshaftung*); daí a sua proteção (*Vertrauensschutz*) se fazer necessária.

Segundo Canaris (GRIGOLEIT, 2012, p. 846), a teoria da confiança obteve grande relevo na jurisprudência do *Bundesgerichtshof* no campo da responsabilidade pela ruptura de negociações contratuais, à exemplo do que também se dera no campo maior da *culpa in contrahendo*. De acordo com Wolfgang Fikentscher (2006, p. 50), a proteção da confiança nas relações pré-contratuais desempenha uma função de complementação, abrangendo as transações que não se enquadram na disciplina do negócio jurídico.⁵¹ Para Carneiro da Frada (2007, p. 100), "Postulando a culpa in contrahendo uma responsabilidade específica com respeito ao universo aquiliano e contratual, a teoria da confiança poderia colmatar o espaço deixado a descoberto entre os polos do contrato e do delito".

De particular elucidação é o estudo da responsabilidade pela confiança feito por este autor, para quem a responsabilidade pela ruptura de negociações é “a facti-species paradigmática da responsabilidade daquele que, na fase preliminar do contrato, concita no outro a convicção de vir a actuar de determinada forma no futuro” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 502), ou seja, daquele que capta a confiança na conclusão do contrato e posteriormente a quebra.

“É essencial às relações entre os homens e as pessoas jurídicas que se possa confiar. A necessidade de confiança cria a relação jurídica de quem trata para contratar.” (PONTES DE MIRANDA, 1962, p. 323). Essa confiança não é um requisito para que se negocie, mas,

⁵¹ “Der Vertrauensschutz erfüllt eine Ergänzungsfunktion, indem er rechtsgeschäftliche Bindungen dort ergänzt, ‘wo die Rechtsgeschäftslehre Schutzlücken offen lässt’”.

quando presente é o que viabiliza⁵² as trocas de informação e a consecução de um acordo entre as partes, de modo que deve ser preservada a bem do tráfego social:

“Pertence aos ditames de uma conduta leal e correcta que nenhuma das partes acalente na outra expectativas infundadas quanto a condutas futuras. Tal implica um dever de não se apresentar sequer a negociar ou, então, de não criar a confiança (excessiva) na conclusão do contrato, respectivamente se não há desde o início a vontade de levar negociações a bom termo ou quando essa vontade não se apresenta suficientemente firme. Como impõe um dever recíproco de informar acerca de modificações posteriores na disponibilidade de prosseguir negociações sérias com vista à celebração do negócio.” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, 507)

A responsabilidade pela ruptura das tratativas, como modalidade da responsabilidade pela confiança, escaparia, na doutrina de Carneiro da Frada (2007, p. 523) às hipóteses clássicas de *culpa in contrahendo*, pois na responsabilidade pela confiança se pode prescindir do elemento culpa. Abre-se um campo para uma responsabilidade caracterizada pela “simples frustração de expectativas no êxito do processo negocial, como contrapeso da faculdade de desistência até ao momento da celebração.” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p.511) A autonomia dessa responsabilidade exigiria o afastamento da ideia de infração a um dever de agir conforme aos ditames da boa-fé⁵³, uma vez que a universalização do comando aí contido corresponderia a um dever de continuar nas negociações e concluir o contrato:

“Aceitar que a conclusão do contrato passaria a ser devida em certas circunstâncias como corolário de uma exigência objectiva da ordem jurídica e fundada nos ditames do comportamento d boa-fé levaria à compressão da regra segundo a qual a liberdade de celebração do contrato se mantém ... até ao momento mesmo dessa celebração; antecipar a possibilidade de uma desvinculação lícita do processo negocial a um momento anterior ao fecho do contrato colide frontalmente com a consequência que dele brota de que os sujeitos conservam até essa precisa altura a faculdade de abandonar o processo negocial. Entre liberdade e vinculação, *tertium non datur*.” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 511)

⁵² “A responsabilidade pela confiança representa uma “rede” para o “salto de confiança”, que permite ao direito redistribuir o risco da interacção. ... Nesse sentido se dirá que a responsabilidade pela confiança compensa a específica forma de vulnerabilidade que acompanha a confiança como elemento articulador da acção humana.” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 879)

⁵³ “A destriça corresponde no fundo à diversidade entre o plano do reconhecimento e atribuição de direitos e o da simples protecção – de uma certa protecção – que alguns interesses podem merecer. A responsabilidade civil não reage necessariamente à violação prévia de uma obrigação ou de outra posição a que o sujeito “tenha direito”; basta neste aspecto que a sua intervenção se torne conveniente para compensar ou corrigir uma situação indesejável, sob pena de inaceitável injustiça. Podemos exprimi-lo afirmando sinteticamente que para nós a teoria da confiança está chamada a colmatar, não o sistema de constituição de posições jurídicas, mas o direito da responsabilidade, gerando por isso uma mera relação de responsabilidade.” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 791) O autor reconhece, entretanto outro papel para a boa-fé, “na medida em que se aceite que, através dela, a própria ordem jurídica jurídico-positiva assume – como deve e dela se espera – certas exigências de justiça (no caso, a de proteger a confiança) a que o jogo das (demais) normas do direito positivo nem sempre responde satisfatoriamente; o que significa ficar então o juiz habilitado e incumbido de realizar essas exigências na sua atividade judicativo-decisória, mesmo onde não possa encontrar refúgio nestoutras.”(CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 867)

Com esse posicionamento crítico, Carneiro da Frada pretende também estabelecer os limites da tutela feita pela responsabilidade pré-contatual, afastando dela a tutela das expectativas⁵⁴. “Não se trata de conceder que o sujeito a responsabilizar se encontrava vinculado à celebração do contrato, mas apenas de aceitar que pode ter de indemnizar” caso ofenda as expectativas que ele próprio alimentou” (2004, p. 515).

Com essa distinção, o autor afasta mesmo o requisito de “motivo justo” para a isenção de responsabilidade e de “motivo injustificado” para a sua aplicação, distinguindo-se, assim, a responsabilidade pela confiança frustrada (*Haftung für enttäushtes Vertrauen*) da responsabilidade pelo rompimento injustificado de tratativas contratuais (*Verhandlungensabschluss ohne triftige Grund*)⁵⁵. Afasta, também, a dependência da responsabilidade pela ruptura das tratativas a um comportamento culposo ou ilegítimo do sujeito.

Embora a proposição, abstratamente, se apresente como perfeitamente aplicável ao problema deste trabalho, o próprio autor que a sustenta cuida de indicar que uma tal “teoria pura”⁵⁶ da responsabilidade pré-contratual com base na confiança não logra êxito em sua aplicação. A aplicação da proteção da confiança não prescinde de um elemento objetivo externo e independente do atuar das partes, o elemento normativo que decorre do dever de se portar de acordo com a boa fé objetiva⁵⁷, pois:

⁵⁴ Afirma categoricamente o autor que “está naturalmente fora de causa uma tutela indiferenciada das expectativas.” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 358)

⁵⁵ Fikentscher (2006, p. 61), aparentemente em sentido diverso da proposta de responsabilização da Carneiro da Frada, faz uma crítica à exigência de motivo justificado para o rompimento de negociações: “Basicamente, aqueles que negociam tem a liberdade de concluir ou não concluir um contrato. Entretanto, nesta liberdade de contratar não se inclui a liberdade de romper as negociações contratuais. Essa vedação seria para os casos em que uma parte incita na outra a confiança de que um contrato será concluído, sendo essa confiança causa para uma disposição patrimonial pela outra parte, ao que se seguiria uma ruptura das negociações sem um fundamento objetivo (dito “válido”). Onde há um motivo objetivo não se deve estabelecer qualquer requisito mais elevado“. Tradução nossa. No original: “Grundsätzlich haben Vertragsanbahnende die Freiheit, einem Vertrag abzuschließen oder nicht abzuschließen, also die sog. Abschlussfreiheit. Nach Rechtsprechung und h.L. umfasst die Abschlussfreiheit aber nicht einen sog. Abbruch von Vertragsverhandlungen. Ein solcher liegt vor, wenn das Vertrauen auf das Zustandekommen eines Vertrags erweckt wurde, dies kausal für Vermögensdispositionem der anderen Seite wurde und ein Abbruch der Vertragsverhandlungen ohne sachlichen (“triftigen”) Grund erfolgte. An das Vorliegen eines triftigen Grundes dürfen keine hohen Anforderungen gestellt werden.“

⁵⁶ Emancipada da ideia de autovinculação (a ser vista na subseção 3.3), essa teoria da confiança movimenta-se fora do terreno do negócio e respeita integralmente o espaço para este reservado na ordem jurídica. “Ao recusarmos por princípio à confiança a virtualidade genérica de gerar uma adstrição do sujeito a corresponder às expectativas que criou, negámos-lhe um papel directa e autonomamente constituinte de vinculações. Preservamos o elenco das fontes das obrigações no seu conjunto.” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 791)

⁵⁷ As sínteses de Carneiro da Frada, neste sentido, são as seguintes: “Em boa verdade, havendo a tutela da confiança de reconduzir-se à boa fé, então é porque esta não se apresenta susceptível de se configurar como simples exigência de tutela das expectativas. Não é pois possível alicerçar a proteção da confiança na boa fé se,

“nenhum sistema pode ordenar de plano uma proteção da confiança se e desde que se verifiquem uma (qualquer) situação de confiança e uma (qualquer) justificação dessa confiança, um (qualquer) investimento do confiante, e que essa situação e a sua frustração possa ser imputada de algum modo a alguém. [...] “Nesse sentido, os requisitos de tutela da confiança apresentados pela doutrina são manifestamente inconclusivos. Constituem pressupostos, sem dúvida, mas não são pressupostos auto-suficientes das consequências jurídicas a que se reportam” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 873)

Carneiro da Frada nega, entretanto, a insígnia de mera “bengala argumentativa”, que alguns autores atribuíram à boa fé, antes, enxerga nela, quanto à proteção da confiança, evidência da função de passagem, de comunicação da “mais completa e [mais] adequada racionalização de ponderações que abriga” (2004, p. 868), denominada na doutrina alemã como “Durchgangsfunktion”.

Essa recondução da confiança à boa-fé objetiva estava já nos comentários ao §242 do BGB feitos por Claus Ott, em que alerta para os cuidados e perigos do recurso à confiança:

“[O]s deveres de proteção, por não se confundirem com os de prestação, não logram obter tutela específica. Dessa forma, a consideração destes deveres pela ordem jurídica teria de ser – e foi – buscada por meio da jurisprudência em um terceiro princípio de responsabilidade, aparte do contrato e do delito. A responsabilidade pela confiança, conquanto pudesse comunicar este terceiro princípio, seria tão ampla que não serviria como definição, como critério de qualificação, daqueles deveres. O problema não seria tutelar a confiança verificada no caso concreto, mas, antes, encontrar qual a confiança que a jurisprudência deverá criar a partir dos deveres de proteção. A confiança teria, também, forte conotação pessoal, subjetiva, emocional, o que a restringiria a um nível individual, ao invés de remetê-la ao nível institucional, objetivo, previsto no §242 do BGB. Isso não impediria, entretanto, que a confiança se sobressaísse como um recurso de transição, que possibilitaria a abrangência de outras figuras de responsabilidade a partir da associação entre a boa-fé e as relações individuais de confiança. Essa extensão da proteção da confiança deveria restringir-se, também, a hipóteses que não encontrassem já sob a incidência das figuras clássicas do direito contratual ou delitual.” (1980, p. 56)⁵⁸

ao mesmo tempo, se preenche o conteúdo da boa fé com essa mesma proteção da confiança.” (2004, p. 870) Para ele (2004, p. 872), não resta outra alternativa senão aceitar que “a boa fé exprime uma ideia compósita e complexa, de grau superior à da proteção da confiança, que legitima, syndica, e limita esta última”.

⁵⁸ “Gemeinsames Merkmal ist, daß die Pflichten auf das Integritätsinteresse, also nicht auf das vertragsspezifische Leistungsinteresse ausgerichtet sind und daß ihre Geltung ‘ex lege’, also vertragsunabhängig angeordnet ist. Weithin ungeklärt ist jedoch der Haftungsgrund dieser Schutzpflichten, der letztlich ihre dogmatische Konturierung bestimmt. Die Kennzeichnung als ‘gesetzliches’ Schuldverhältnis, das kraft Gewohnheitsrecht oder schöpferischer Rechtsfortbildung gelte, ist zwar formal korrekt, sagt aber außer der Legitimation durch Richterrecht nichts über die Notwendigkeit eines dritten Haftungsprinzips zwischen Vertrag und Delikt aus ‘Vertrauenshaftung’ scheint sich inzwischen praktisch als Legitimationsgrundlage durchzusetzen, ist so vielgestaltig, daß es nicht ernsthaft als rechtlicher Anknüpfungspunkt für die Definition von Schutzpflichten in Frage kommt. Die Problem ist überdies nicht so sehr, welches empirisch vorfindliche Vertrauen zu schützen ist, als vielmehr, welches Vertrauen die Rechtsprechung durch die Definition von Schutzpflichten überhaupt erst schaffen soll. ‘Vertrauen’ ist zudem viel zu sehr mit privaten, persönlichen, gefühlsmäßigen Konnotationen belastet, so daß es eher der individuellen als der institutionellen Ebene von § 242 zuzuordnen wäre. Dies alles hindert natürlich keineswegs, daß ‘Vertrauen’ vorzüglich geeignet ist als ein Übergangsbegriff, unter dessen Schutz die Entwicklung neuer Haftungsfiguren mit positiven Assoziationen an

É de se inferir que, se a responsabilidade pela confiança se estendesse a tal ponto de subtrair figuras típicas à tutela do direito contratual ou da responsabilidade civil, não teria, realmente, contribuído para delimitar e discernir entre as categorias, perdendo, certamente, a função para a qual foi convocada: de suprir a fundamentação para situações não tuteladas dentro daquelas duas categorias.

Não sendo necessário aprofundar mais do que isso a relação que é feita entre confiança e a boa fé, cabe analisar como esta última se manifesta nos casos de rompimento injustificado de tratativas.

3.2 A BOA-FÉ OBJETIVA

A responsabilidade pré-contratual com base no descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé é tributária da teoria da quebra positiva do contrato.

“Sob a denominação de ‘quebra positiva do contrato’, inicia-se uma concepção de relação obrigacional, com deveres secundários vinculados à aplicação do princípio da boa-fé. Essa transformação poderia representar apenas uma ligeira modificação no conteúdo da relação obrigacional não houvesse, simultaneamente, assumido o juiz funções criadoras do direito bem mais amplas” (COUTO E SILVA, 1997, p. 49)

Da concepção de deveres secundários, acessórios, os deveres anexos se autonomizaram, logrando êxito em aplicar-se não mais apenas paralelamente aos deveres de prestação, mas também onde não haja ainda prestação, como na fase pré-contratual. Couto e Silva (2006, p. 36) define que “O rigor científico exige a separação entre as hipóteses de interpretação integradora e a de concreção do princípio da boa-fé, o qual tem vigência mesmo como norma não escrita”, como era antes da vigência do Código Civil de 2002.

As duas referências à boa-fé objetiva presentes neste Código, nos art. 113 e 422 se assemelham muito às disposições dos §§ 157 e 242⁵⁹, respectivamente, do BGB. Os primeiros tratam daquela função de cânone hermenêutico interpretativo, e os segundos da concreção do princípio nas relações contratuais. Clóvis do Couto e Silva, em referência aos *Motive* do BGB, ensina que:

‘Treu und Glauben’ und individuelle Vertrauensbeziehungen vorgetrieben werden kann. Es bleibt aber die Frage zu Klären, welche Problemsituationen denn die Vertrauenslücke schaffen, die offensichtlich vom klassischen Delikts- und Vertragsrecht nicht abgedeckt wird.”

⁵⁹ “§242 Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.” (ALEMANHA, 1896)

“o § 242 não significava outra coisa senão mero reforço ao § 157, no qual se determinava a regra tradicional da interpretação dos negócios jurídicos segundo a boa-fé. Não se pensou, de nenhum modo, em atribuir ao juiz a função fundamental de criar o direito, por meio da [sua] aplicação” (COUTO E SILVA, 1997, p. 46)

A função do §242 seria assim complementar o §157. O fato de não se dar tanto relevo, na Alemanha⁶⁰, ao §242, no que diz respeito ao rompimento de tratativas, também se verifica pelo fato de as primeiras decisões para estes casos terem se dado com base em analogia à responsabilidade por declarações. Em verdade, como salienta VON MEHREN (2003b, p. 69), citando arestos do BGH datados de 1969 e 1974, a reparação pelos danos decorrentes do rompimento das tratativas somente foi considerada possível através da qualificação do rompimento como injusto, por não ter motivo plausível ou ponderado (*ohne triftigen Grund*), e em virtude de a outra parte ter confiado razoavelmente por indução pela conduta da outra parte⁶¹. Esta indução teria sido comparada à manifestação não intencional, ou sem seriedade, que vem prevista no §118⁶² do BGB como causa de anulação da declaração, hipótese em que, ao lado do erro ou falta de acuidade na manifestação (§§119 e 120), atraem a responsabilidade pelos danos causados na outra parte, de acordo com a previsão do §122⁶³ do BGB.

Esse retrato indica que também na Alemanha havia certo temor de aplicar o §242, que determina o *modo* como se deve prestar nas obrigações contratuais, às relações pré-contratuais, que estariam fora do seu campo de incidência. Com o reconhecimento das obrigações sem deveres primários de prestação, consolidadas nos deveres de proteção, tornou-se possível sua aplicação à fase pré-contratual, em que não há, por definição, deveres de

⁶⁰ Rieble, em tom bastante crítico, mas citando Canaris, questiona a real utilidade das cláusulas gerais, sugerindo que se trata de uma preferência de estudiosos e estrangeiros, que consideram o direito mais firme se tiver fundamento no texto do BGB, de modo que o código não é mais apenas a lei, mas tornou-se um manual. “Wem die weithin inhaltsleere Generalklausel nützt? Canaris gibt die schönste Antwort: Ausländer und Studenten fänden sich besser zurecht, wenn sie ‘eine Grundlage im Text des BGB fänden’. So begreift sich das Gesetzbuch nicht nur als Bestandsverzeichnis, sondern auch als Lehrbuch.” (RIEBLE, 2003, p. 138)

⁶¹ Dando destaque a este tipo ‘bipartido’ de configuração do rompimento injustificado de tratativas, Martins-Costa (1999, p. 483): “esse exame é particularmente relevante no caso específico da responsabilidade derivada da ruptura das negociações, uma vez que, aí, dois dos elementos apenas analiticamente cindíveis, que a constituem – a ruptura *injustificada* e a confiança *legítima* que foi fraudada pela ruptura—, só se evidenciam *in concreto*.”

⁶² “§118 Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig.” (ALEMANHA, 1896)

⁶³ “§122 Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat. Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste).” (ALEMANHA, 1896)

prestação. Os deveres de proteção são um grupo importante dentre os deveres laterais decorrentes do §242, cuja extensão à fase pré-contratual se deu primeiro em função da tutela da confiança e, posteriormente, com a inclusão, no BGB, de disposição explícita quanto ao fato de as negociações contratuais gerarem os deveres de proteção aos interesses legais, aos direitos e aos demais interesses da outra parte, contidos no § 241, II, BGB.

Essa disposição foi incluída em 2002, dentro da atualização do direito obrigacional (Schuldrechts Modernisierung) levada a efeito pela Alemanha para atender não apenas às consolidações decorrentes da jurisprudência, mas também as referentes à adequação e à tendência de uniformização do direito privado europeu. Trata-se do §311, II, do BGB, no qual prevê-se três situações nas quais uma relação obrigacional com os deveres de proteção do §241, II, também pode ocorrer. Essas três situações são três suportes fáticos diferentes para aquela relação obrigacional: o início de negociações contratuais; a negociação de um contrato em que, em virtude de uma relação contratual em potencial, uma parte permite à outra a possibilidade de afetar seus direitos e interesses, os confia estes àquela; ou, contatos negociais semelhantes às outras duas hipóteses.⁶⁴

As obrigações assim decorrentes das negociações contratuais (Verschulden bei Vertragsverhandlungen), segundo JAUERNIG (2007, p. 363), inserem-se na categoria de relações obrigacionais sem deveres primários de prestação, que acarretam os deveres de esclarecimento, informação, proteção e lealdade. Para BROX (2007, p. 62), se o próprio contato social gera deveres obrigacionais, tanto mais se dá no contato jurídico-negocial, no qual inclui as negociações.

Também de acordo com JAUERNIG (2007, p. 363), a responsabilidade decorrente do descumprimento de deveres de proteção na fase pré-negocial se consolida dentro dos princípios da responsabilidade contratual⁶⁵.

No direito brasileiro a concreção do princípio da boa-fé surgiu anteriormente à sua inserção no Código Civil, por via jurisprudencial. Na doutrina brasileira, no trilho das obras de Clóvis do Couto e Silva, Judith Martins-Costa foi quem melhor desenvolveu o estudo do instituto, delineando-lhe as funções. No que analisou sobre a responsabilidade pré-contratual

⁶⁴ “In §241 Abs.2 BGB - auf den §311 Abs.2 BGB ausdrücklich verweist- ist für culpa in contrahendo und positive Forderungsverletzung (pFV) gemeinsam festgeschrieben, daß ein Schuldverhältnis auch ‘Rücksicht’Pflichten erzeugt. Das ist zwar keine Erkenntnis, doch wird so klarer als bisher gezeigt, daß Pflichterzeugung, Pflicht- verletzung und Sanktion derselben zu trennen sind. Insofern also ist das BGB studierfreundlicher geworden. Die Rechtsfolgen der cic sind nicht eigens geregelt. Vielmehr sind auch auch sie dem einheitlichen Pflichtverletzungstatbestand des §280 BGB zugeordnet. Kodifiziert ist aber nur das bloße Rechtsprinzip - ohne subsumtionsfähigen konkreten Inhalt.” (RIEBLE, 2003, p. 137)

⁶⁵ “Das schuldverhältniss erstreckt die strengere Vertragshaftung auf das Stadium der Vertragsanbahnung und schließt damit die zwischen dem vertrags und dem Deliktsrecht bestehende Haftungslücke.”

pelo rompimento de tratativas, além de uma precisa abordagem comparada do instituto, apresentou disciplina baseada na infração ao dever de lealdade, decorrente da boa-fé objetiva.

Os deveres decorrentes do “princípio sumo” (COUTO E SILVA, 2006, p. 76) também aqui são classificados como deveres decorrentes de relações obrigacionais sem deveres primários de prestação. A sua aplicação à fase pré contratual se daria, inicialmente, por extensão, ou antecipação, da boa-fé que doutrina e jurisprudência reconhecera aplicável durante o *processus* obrigacional.

No direito alemão “[a] peculiaridade decisiva dos ‘deveres de proteção’ está em que a sua violação determina uma responsabilidade nos moldes dos princípios contratuais” (MARTINS COSTA, 1999, p. 498), e no direito brasileiro caberia ao juiz verificar qual dever foi infringido e determinará o pagamento de perdas e danos⁶⁶. (MARTINS-COSTA, 1999, p. 514)

No projeto do Código Civil Brasileiro de 2002, o art. 421 era o que continha a previsão de que as partes deveriam conduzir-se de acordo com a boa-fé, na conclusão e na execução dos contratos. No texto final, e vigente, é o art. 422. Junqueira de Azevedo (1999), sobre a limitação do campo de incidência do artigo, enfaticamente criticou o fato de a exigência de comportamento conforme à boa-fé não se ter estendido às fases pós e pré-contratual. Sobre esta fase de tratativas, já considerava que fosse:

“um campo propício para o comportamento de boa-fé, no qual ainda não há contrato e podem-se exigir aqueles deveres que uma pessoa deve ter como correção de comportamento em relação ao outro. (...) Logo, o caso do art. 421 deveria também falar em responsabilidade pré-contratual ou extensão do comportamento de boa-fé na fase pré-contratual.” (AZEVEDO, 1999)

A insatisfação de Junqueira de Azevedo não foi isolada. Tal “lacuna” foi considerada e resultou em uma série de enunciados do Centro de Estudos Judiciários⁶⁷, que expressam o

⁶⁶ “na fase de negociações preliminares, ou tratativas, os deveres que decorrem da boa-fé incidirão, ou não, em virtude das concretas circunstâncias do caso. Se incidirem, e quando incidirem, terão o efeito de levar o julgador a declarar a existência de vinculação jurídica entre as partes. Poder-se-ia, pois, afirmar que a boa-fé aí tem caráter constitutivo da relação de obrigação. O julgador, por sua vez, especificará os deveres que foram descumpridos e determinará o pagamento de perdas e danos.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 514)

⁶⁷ Os enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil representam o pensamento médio dos integrantes das comissões do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Por não serem vinculantes, servem apenas como elemento para conhecer o entendimento que e tem e se pratica sobre os dispositivos legais de direito civil. Ressalta-se no tocante à boa-fé os seguintes enunciados; “Enunciado 24 do CEJ: 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 25 do CEJ: O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo, julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual.”, “Enunciado 26 do CEJ: 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

entendimento de que aplicação da boa-fé objetiva estende-se também para a fase pré-contratual. Também recentemente, o STJ noticiou, com base em sua jurisprudência, que “[o] princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito”⁶⁸ Essa ubiquidade da boa-fé objetiva induz à conclusão de que a proteção que a ela é dada no direito brasileiro equipara-se à que é dada à confiança no direito alemão.

Aparte tais considerações sobre como o princípio se verifica no direito brasileiro em geral, no rompimento injustificado de tratativas considera-se infringido, em especial, o dever de lealdade, e isso porque o dever de consideração e proteção aos interesses da outra parte vedaria a conduta de romper-se arbitrariamente as negociações, quando desse rompimento se originassem danos à outra parte. É essa a fórmula da responsabilidade pré-contratual que empregam os tribunais brasileiros, a que tem base na quebra da confiança pela infração do dever de lealdade:

“A existência de negociações, qualquer que seja a sua forma, antecedentes a um contrato; a prática de atos tendentes a despertar, na contraparte, a confiança legítima de que o contrato seria concluído; a efetiva confiança, da contraparte; a existência de dano decorrente da quebra desta confiança, por terem sido infringidos deveres jurídicos que a tutelam; e, no caso da ruptura das negociações, que esta tenha sido injusta, ou injustificada – aí estão, sinteticamente postas, as condições da responsabilidade pré-negocial.” (MARTINS-COSTA, 1999, p. 485)

Assim também observa-se no pensamento de Almeida Costa:

“Através da responsabilidade pré-contratual tutela-se directamente a confiança fundada de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé; e, por conseguinte, as expectativas legítimas que a mesma lhe crie, não só quanto à validade e eficácia do negócio, mas também quanto à sua futura celebração.” (2012, p. 303)

Tem-se, assim, que no direito brasileiro é a violação de deveres decorrentes da boa-fé objetiva que torna injusto o rompimento de tratativas, ainda que este entendimento pudesse ser em muito aprimorado, com vistas a afastar o risco de uma aplicação indiscriminada, uma generalização com pouco rigor e clareza, da tutela das expectativas acabe por enfraquecer o seu propósito.

contratantes.”, “Enunciado 27 do CEJ: 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.” e “Enunciado 363 do CEJ: Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência de violação” (AGUIAR JUNIOR, 2012, p. 19)

⁶⁸ “Um dos princípios fundamentais do direito privado é o da boa-fé objetiva, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. No entanto, a boa-fé não se esgota nesse campo do direito, ecoando por todo o ordenamento jurídico.” (BRASIL, 2013b)

3.3 OUTRAS TEORIAS

No direito brasileiro tem também expressão a classificação do rompimento injustificado de tratativas como espécie de ato ilícito, decorrente do abuso de direito, nos termos dos art. 186 e 187⁶⁹ do Código Civil de 2002, por exceder os limites impostos pela boa-fé⁷⁰. Os requisitos do abuso de direito, entretanto, necessitam ser relativizados para contemplarem a hipótese⁷¹. No rompimento injustificado de tratativas, se há, de fato a intenção de causar o dano da parte daquele que as rompe, pode-se cogitar de abuso de direito, mas, pelas teorias apresentadas nas subseções 3.1 e 3.2, o ideal, para uma teoria geral da responsabilidade pré-contratual, seria prescindir deste elemento intencional, para a configuração da responsabilidade.

Por ter o conceito de contato social propiciado a redescoberta de muitas relações obrigacionais que, à semelhança da obrigação de reparar o dano pré-contratual, não se enquadravam nas fontes tradicionais de obrigações, suscitou-se também a justificação que outras teorias, como a da causa, podem oferecer para as “relações paracontratuais” (FERREIRA DA SILVA, 2013, p. 129), em atenção ao princípio da reciprocidade (ou sinalagmaticidade).

A reciprocidade, no âmbito paracontratual, opera como fato gerador da obrigação (FERREIRA DA SILVA, 2013, p. 131). Percebe-se que o sentido da teoria da causa é constitutivo, como um elemento que acrescenta caráter jurídico a dadas situações fáticas. É na

⁶⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁷⁰ Ao comentar o art. 187, Renan Lotufo aponta o caminho que resultou na concepção da teoria do abuso de direito. Para o comentarista, o abuso de direito também insere-se na vedação do *venire contra factum proprium*. Aponta, imediatamente, que a função deste princípio tem fundamento na proteção da confiança, confiança esta, nos casos de *venire*, suscitada na outra parte, que crê na veracidade e permanência da primeira manifestação, o fato próprio. Diz o autor que “a inadmissibilidade do *venire contra factum proprium* evidencia a boa-fé presente na confiança, que há de ser preservada” (2004, p. 232). Carneiro da Frada (2007, p.404) demonstra ser uma petição de princípio, literalmente, tentar fundamentar qualquer tipo de solução jurídica com a simples invocação da vedação que o *venire* comporta, pois falta uma razão material pela qual é vedado o comportamento contraditórios, não bastando a mera alegação da fórmula Em verdade salienta Carneiro da Frada (2007, p. 508) que falta às concepções delituais da responsabilidade pelo rompimento de tratativas a sensibilidade para captar a espécie de defraudação da expectativa independente da violação de um dever de não concitar a confiança. Por isso o recurso à boa-fé objetiva por meio do abuso de direito. “Repare-se que o conceito de boa fé, no específico recorte de âncora da proteção da confiança inserida na cláusula do abuso, é fortemente indeterminado. (2004, p. 867) “Muito embora o intérprete-aplicador possa encontrar na boa fé do abuso de direito um arrimo para a responsabilidade pela confiança no direito civil codificado, tal não resolve em rigor, de modo algum, o problema da respectiva fundamentação” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 865)..

⁷¹ Como requisito do abuso do direito, no direito brasileiro, tem-se que “a meta do titular do direito se volta apenas para o dano que quer causar a outrem”, sendo “a intenção de causar dano que desvia a conduta do agente do exercício regular para o abuso de direito” (THEODORO JUNIOR, 2005).

distinção que Ferreira da Silva fez quanto ao enriquecimento sem causa que percebe-se o porque de aquela teoria não se aplicar ao rompimento injustificado de tratativas, ou melhor, de o rompimento de tratativas não se enquadrar nos pressupostos da teoria. É que no enriquecimento sem causa, assim como no rompimento de tratativas, não se trata do surgimento de conseqüências contratuais, que é o que ocorre nas relações paracontratuais, mas de uma situação de indenização. “No enriquecimento sem causa, compensa-se o que se perdeu. Nas relações paracontratuais, muitas vezes, inicia-se uma relação de longa duração.” (FERREIRA DA SILVA, 2013, P. 128). Daí distinguem-se as relações paracontratuais das pré-contratuais, embora ambas coexistam no plúrimo espaço do contato social.

Quanto à aplicação da teoria do enriquecimento sem causa para a restituição do investimento perdido com a ruptura injustificada de tratativas, deve-se verificar que não é possível, pelo simples fato de que não há, necessariamente enriquecimento e empobrecimento vinculados. Falta, justamente, o enriquecimento correlato ao investimento. Além do mais, “o enriquecimento sem causa visa por definição remover um enriquecimento e não ressarcir um dano, sendo ao mesmo tempo que tais noções não são necessariamente simétricas” (MICHELON JUNIOR, 2007, p. 30). A teoria que se aproxima desta, no direito inglês, é a do *unjust enrichment* já foi lá aplicada em alguns casos, mas não sem disputar espaço com o *promissory stoppel* e, mais recentemente, com o *proprietary stoppel*, (MCFARLANE, 2006)

Uma outra forma de visualizar a injustificação do rompimento de tratativas estaria na auto-responsabilidade, uma forma de responsabilidade do indivíduo semelhante à decorrente da vedação de comportamentos contraditórios e, justamente por isso, frágil no que diz respeito à sua utilidade para o direito. Um defensor desta teoria fora Köndgen, na Alemanha, que tomou de Luhmann critérios sociológicos para a identificação de elementos valorativos ou normativamente ordenáveis e que, assim, poderiam ter relevo para o direito.

Carneiro da Frada (2007, p. 776) é um dos que refuta a possibilidade de aplicação desta teoria, que disputaria em todos os campos em que o contato social é relevante, com a teoria da proteção à confiança. “Dada a sua generalidade, a fórmula da ‘autovinculação sem contrato’ dificilmente se pode reproduzir e concretizar num critério dogmaticamente operativo sem a mediação de outros elementos.” Como resultado de uma tal teoria ser adotada pelo direito, alerta que “O contrato, a promessa negocial e a declaração negocial perdem, nesse sistema, a nitidez dos seus contornos especificadores, em favor da mais genérica autovinculação do sujeito” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 777)

A explicação para a refutação da teoria da autovinculação decorreria da própria seleção que o direito faz sobre os elementos que se poderiam sugerir, abstratamente, para sua regulação. Essa seleção sobre o que será formalizado e tutelado pelo direito visa a facilitar o tráfego social, e não aumentar-lhe a complexidade, razão pela qual deve escolher sempre critérios claros de responsabilidade, critérios que sejam “simples e facilmente manuseáveis de resolução de litígios intersubjectivos com que se assegura a operacionalidade e a saúde do sistema social no seu conjunto.” (CARNEIRO DA FRADA, 2007, p. 778) As categorias sociológicas não teriam, em si, a tônica que convoca tutela pelo Direito. Daí que necessitam ser reconduzidas às teorias da boa-fé e da confiança, da mesma forma que ocorre com a vedação do *venire contra factum proprium*.

No direito norte americano, considerada toda a sua peculiaridade quanto aos requisitos de formação dos contratos, a predominância é de uma *aleatory view* que não considera as negociações como fonte de deveres e nem o seu rompimento como causa de responsabilidade. Von Mehren (2003a, p. 24), explica que essa visão foi construída sobre a teoria tradicional que preconiza as promessas claras, a atenção à razoabilidade da conduta de confiança e os indícios externos da intenção de vinculação, teoria essa que tem um propósito válido, o qual não deveria ser descartado meramente pela intenção de se dar maior proteção a quem confia. MCFARLANE (2006, p. 4) relata que essa *aleatory view*, predominante também no direito inglês⁷², deixa as partes livres para retirarem-se das negociações a qualquer tempo, sem terem de suportar os prejuízos da outra.

Essa ideia de perda, de prejuízo, é tomada do ponto de vista daquele que não rompeu as tratativas e que confiava na sua continuidade, uma vez que, se considerado o ponto de vista de quem termina ou abandona as negociações, é possível, no mais das vezes, verificar um ganho (que pode consistir na não realização de despesas). Não é incomum que ambas as partes tenham despesas inutilizadas pelo rompimento das tratativas, mas, nestes casos, geralmente a parte que as rompe o faz justificadamente, por tomar em conta as despesas que fizera e evitar a sua perda. Isso leva à noção de que quanto maiores o tempo e os recursos despendidos em uma negociação, maior será o interesse das partes em levá-la a bom termo. Também por isso se considera que a parte que mais faz desembolsos na fase pré-contratual é a que tem maior interesse na conclusão do negócio, de tal forma que se tem o cuidado,

⁷² “The premium placed upon freedom of contract under English law has resulted in its reluctance to embrace the Continental idea of duty of good faith in the bargaining process. The adoption of such a duty would also be ‘inherently repugnant’ to the assumption at English law that parties take ‘adversarial positions’ when involved in negotiations. This ‘aleatory view’ of negotiations stands as the greatest obstacle to the imposition of pre-contractual liability: a party that enters negotiations in the hope of the gain that will result from ultimate agreement bears the risk of whatever loss results if the other party breaks off the negotiations.” (KOH, 2010)

especialmente no direito norte americano, de evitar que uma parte possa obrigar a outra por meio da “antecipação do contrato”.

No direito brasileiro, este entendimento não prospera, pois há, na proteção da confiança através da boa-fé objetiva, uma proteção das expectativas legítimas mais extensa do que a que se confere no direito norte americano⁷³.

⁷³ No julgamento do “Caso Claro” pelo Superior Tribunal de Justiça foram mantidos os seguintes fundamentos para a responsabilização: “Não se pode, validamente, pretender que os autores tenham inadvertidamente realizado vultosos investimentos, e que, se assim fizeram, teriam assumido a álea do negócio, não havendo qualquer quebra de expectativa contratual, mas sim assunção voluntária de risco.” (BRASIL, 2012)

4 CONCLUSÃO

As negociações pré-contratuais são fatos que assumem relevância para o direito pela possibilidade de ocorrência de situações injustas no seu desenvolver, dentre as quais apresenta-se peculiar o dano decorrente da ruptura destas tratativas quando uma ou ambas as partes que negociam mantinha expectativa na conclusão do contrato negociado.

Através de estudos doutrinários, de modernização legislativa e de realização jurisprudencial, a disciplina da responsabilidade pelo rompimento injustificado de tratativas, que, como espécie da responsabilidade por *culpa in contrahendo*, nasceu no século XIX, foi aprimorada no século XX e tem chegado à consolidação no século XIX, foi se delineando e se tornando autônoma. Esta evolução é tributária de diversas outras evoluções mais amplas, como a do tipo de sistema jurídico, de fechado para aberto; da modificação da atividade jurisdicional, que obteve a função de operar a concretização dos princípios informadores do sistema jurídico; do abandono do formalismo jurídico; de uma crise metodológica das fontes das obrigações; do aumento da carga de socialidade do direito privado e mesmo das mudanças econômicas e políticas.

Como visto nas subseções 2.1 e 2.2, as negociações pré-contratuais não se confundem com outras fases da formação dos contratos. Nelas não há atos tipicamente negociais, porque seu traço característico é a não produção dos efeitos negociais, os quais as partes ainda não buscam. Na fase de negociações, percebe-se uma proximidade entre as partes, decorrente do contato social – cuja noção foi apresentada na subseção 2.3 – no qual se fundam relações fáticas que, em que pese configurarem situações semelhantes às negociais, não recebem a mesma disciplina quanto aos elementos constitutivos e aos vícios.

Em virtude da proximidade entre as esferas jurídicas das partes, há entre elas uma exposição de seu patrimônio e direitos. Em virtude de buscarem a otimização das negociações, para atingir uma transação de acordo com a sua concepção de resultado favorável, é comum que os interesses de ambas se contraponham e que a impossibilidade de composição dos interesses opostos inviabilize o prosseguimento das negociações ou a conclusão do contrato.

Quando o prosseguimento das negociações ou a conclusão do contrato não são atingidos, é possível distinguir, dentre os motivos que levaram à interrupção das tratativas, entre os que justificam e os que não justificam a situação e, assim, eximem ou não de responsabilidade, como foi abordado na Seção 3. Entre os que justificam, estariam aqueles

que, intrínsecos ou extrínsecos às negociações, afetassem substancialmente o projeto de contrato almejado pela parte que rompe as negociações e que eram ou poderiam ser conhecidos como assim determinantes pela outra parte. Entre os que não justificam estão aqueles relacionados a fatores que não puderam ser conhecidos pela outra parte como determinantes para o contrato projetado, ou os que remetam ao mero capricho da parte que assim rompe as negociações.

A determinação sobre o que pode ser considerado como justo ou injusto motivo para o rompimento das tratativas depende da situação fática considerada, e pode variar em função do grau de instrução ou da condição de leigo ou de profissional que cada parte tenha ou da diligência que delas se requeira no modo de conduzir-se em negociações, assim como pode variar em função do comportamento habitual de partes em situações semelhantes, o que serve de elemento de interpretação de sua conduta. Esse elemento de interpretação e comparação da conduta das partes são os usos do tráfego jurídico-negocial, que oferecem um padrão médio de conduta que pode ser usado para esta finalidade de interpretação de condutas.

Pode o direito, para conferir segurança ao próprio tráfego jurídico, proteger certas situações específicas que nele se verificam, como a situação daquele que investiu no projeto contratual negociado confiando, por indução da outra parte, que o negócio seria concluído. Para proteger esta situação de confiança o direito lança mão de duas formas principais de proteção, abordadas nas subseções 3.1 e 3.2.

Uma consiste em estabelecer deveres de consideração de uma parte a outra, como o dever de lealdade, que tornaria injustificado o rompimento das tratativas pelo descumprimento danoso deste dever. A outra consiste em vedar todos os comportamentos que frustrem a confiança legitimamente fundada na manutenção do programa das negociações. Em ambas, há o requisito de que o rompimento – injustificado por uma ou por outra forma – tenha causado dano e, em ambas, há o pressuposto de que haja negociações e de que a confiança frustrada seja legítima.

A doutrina e a jurisprudência sobre a reparação do dano pré-contratual decorrente do rompimento injustificado de tratativas não é propriamente divergente quanto aos efeitos das decisões – no sentido de que a maioria concede a reparação do dano de confiança mas não a tutela específica da expectativa na conclusão do contrato – mas o é quanto aos seus fundamentos. Dá-se provimento ao pleito que busca o ressarcimento pelas despesas pré-contratuais inutilizadas pelo rompimento das tratativas pela outra parte, mas não há, entre as

decisões, harmonia quanto ao reconhecimento da modalidade à qual se adequaria esta espécie de dano e sua reparação.

A figura da responsabilidade pelo rompimento injustificado de tratativas está presente no direito brasileiro assim como no alemão. Foram ressaltadas duas diferenças: uma, que tal figura se apresenta, no direito alemão, com fundamento na ubiqüidade do princípio da proteção à confiança, do qual a boa-fé seria espécie. No direito brasileiro, a figura se fundamenta no princípio da boa-fé objetiva, que veicula a proteção à confiança.

Na Alemanha, consolidou-se o entendimento de que a responsabilidade pré-contratual tem caráter contratual, enquanto no Brasil se tem firmado o posicionamento de que o rompimento de deveres pré-contratuais é fonte de responsabilidade extracontratual. As recentes reformas da codificação civil operadas em ambos os ordenamentos foi um passo importante para o aprimoramento dado ao instituto da responsabilidade pré-negocial.

Uma melhor delimitação do instituto no direito brasileiro é possível através do reconhecimento da pluralidade de situações abrangidas pela *culpa in contrahendo*, e da possibilidade de uma aplicação ponderada da boa-fé objetiva a cada uma, deixando espaço para que uma responsabilidade pela confiança possa aqui ser desenvolvida, à semelhança da que vem logrando êxito no direito português e que já se consolidou no direito alemão.

O fato de o rompimento injustificado de tratativas poder receber sanções morais muito fortes no âmbito comercial, embora divida a tutela destas situações com o direito, não afasta dele a necessidade de oferecer adequada tutela jurídica aos interesses em causa. O fato de se verificar como mais problemático e em maior frequência em negócios empresariais de alto valor faz com que o rompimento injustificado de tratativas por vezes seja resolvido por meio de arbitragem, o que é também externalidade decorrente dos problemas de organização judiciária que existem no país e da considerável imprevisibilidade do sentido das decisões judiciais.

Em sequência a este trabalho, um estudo mais voltado à natureza e à extensão dano pré-contratual decorrente do rompimento de tratativas poderia contribuir para delimitar melhor a disciplina aqui estudada.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002. Ministério da Justiça: 18 de agosto de 1896. Disponível em < <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>>
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Senado Federal*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>
- BRASIL. Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 2005
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em recurso especial nº 183.752/RJ. Relator Ministro Sidnei Beneti. Claro S.A. contra Frederico Martins e Souza e outros. Julgado em 15 de junho de 2012.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Notícia intitulada: Princípio da boa-fé objetiva é consagrado pelo STJ em todas as áreas do direito. Data de veiculação: 17 de março de 2013. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impresao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=108925>. Acesso em: 20 de junho de 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 43.951/SP. Relator Ministro A. Vilas Bôas. Thomas J. C. Martyn contra Jockey Club de São Paulo. Julgado em 22 de dezembro de 1959.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 88.716/RJ. Relator Ministro Moreira Alves. Supermercados Pão de Açúcar S.A. contra Distribuidora de Comestíveis Disco S.A. Julgado em 11 de setembro de 1979.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 454. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0454.htm>. Acesso em: 20 de junho de 2013.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Despacho saneador em ação ordinária. Processo nº 0631007-55.200.8.26.0100. Banque National de Paris – BNP, Banque National de Paris Brasil – BNP Paribas e Banco FonteCindam S.A. (em liquidação extra-judicial) Despacho proferido em 18 de junho de 2008 e publicado em 27 de junho de 2008 no Diário da Justiça Eletrônico do Estado de São Paulo.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/>. Acesso em 18.06.2013
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O princípio da boa-fé nos contratos*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1999. Disponível em www.cjf.jus.br/biblioteca/. Acessado em 18 de junho de 2013.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeines Schuldrecht*. 32.A. Beck: München, 2007.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel António Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Editora, 1959.
- ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2011.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- _____. O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português. In: FRADERA, Vera Jacob de (org.) *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé: cours fait à la Faculté de droit et sciences politiques de St. Maur (Paris XII)*. [S.l.: s.n.], 1988.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Reciprocidade e Contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações paracontratuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- FIKENTSCHER, Wolfgang; HEINEMANN, Andreas. *Schuldrecht*. 10.A. Berlim: De Gruyter, 2006.

GRIVOT, Débora Cristina Holenbach. A Classificação das Fontes Obrigacionais na Tradição Romanística. In: *O sistema contratual romano: de roma ao direito actual*. Coimbra: Coimbra, 2010.

GRIGOLEIT, Hans Cristoph; NEUNER, Jörg, Org. *Claus-Wilhelm Canaris, Gesammelte Schriften*. De Gruyter: Berlin, 2012.

GUESTIN, Jacques. *Introduction à la responsabilité*. Paris: L.G.D.J, 2008.

_____. *Traité de Droit Civil: Les Obligations, le contrat; formation*. 2. Ed. Paris: L.G.D.J, 1988.

JAUERNIG, Othmar. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz*. 12.A. München: Beck, 2007.

JHERING, Rudolf Von, *Culpa in Contrahendo: ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008.

KNAPP, Charles. *Enforcing the Contract to Bargain: is there a duty to negotiate in good faith?* In BARNETT, Randy (org.). *Perspectives on Contract Law*. 4. ed. Nova York: Aspen, 2009.

KOH, Kevin. A Principled Response to Pre-Contractual Remuneration. In: RICS Cobra 2012, Proceedings of the Construction, Building and Real Estate Conference, 2010. Anais eletrônicos. Paris: RICS, 27p. ISBN 978-1-84219-619-9

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MCFARLANE, Ben. The problem of pre-contractual reliance: three ways to a third way. In: Global Fellows Forum Fall 2006. New York: New York University, 2006.

MICHELON JUNIOR, Cláudio. *Direito Restituidório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva. 2003.

_____. *Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização*. São Paulo: RT. Revista de Direito Civil, n. 64, p. 12-45. abr.-jun., 1993

OTT, Claus; et. al. *Reihe Alternativkommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Vol. 2. 1.A. Neuwied: Luchterhand, 1980.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIEBLE, Volker. Die Kodifikation der culpa in contrahendo. In: DAUNER-LIEB, Barbara; KONZEN, Horst; SCHMIDT, Karsten. *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente - Brennpunkte - Ausblick*. Köln: Carl Heymanns, 2003.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no código civil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHMIDT-SZALEWSKI, Joanna. La période precontractuelle en droit français. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 2, p. 545-566, avr.-jun., 1990. DOI: 10.3406/ridc.1990.1979

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*. Vol. III. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VON MEHREN, Arthur T. (ed.) *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*. Volume VII, Part I, Ch. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

_____. _____. Volume VII, Part I, Ch. 9. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

WIACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.