

## **Fundamentos da responsabilidade civil pré-contratual**

Flávio Henrique Silva Ferreira

### **Resumo**

Uma das premissas deste trabalho é o fato de que a existência de relações contratuais em uma dada sociedade é algo que, frequentemente, é valioso tanto para as próprias partes contratantes quanto para a sociedade como um todo. Os contratos podem, em princípio, nos levar a estados do mundo Pareto eficientes. A outra premissa consiste no fato de que a formação de tais relações contratuais pode ser facilitada pelo regime jurídico da responsabilidade civil pré-contratual, dependendo do teor das regras que fazem parte de tal regime jurídico. Com base em tais premissas, defenderemos a tese de que o regime jurídico da responsabilidade civil pré-contratual deve assumir determinadas características para que possa, então, promover um aumento do bem-estar das partes contratantes e da sociedade ao incentivar a formação de novos contratos. Essa seria uma proposição de caráter normativo. No entanto, sob o ponto de vista puramente empírico ou descritivo, também procuraremos demonstrar que o direito que já é, na prática, aplicado pelo judiciário brasileiro e estrangeiro está, grosso modo, em conformidade com o direito que deveria ser aplicado em termos ideais. O regime jurídico da responsabilidade civil pré-contratual incentiva as partes a negociarem e formarem um futuro contrato ao protegê-las contra a perda de determinados investimentos pré-contratuais que elas realizam durante o período de negociação. O nosso principal objetivo é descrever e, em alguns casos, propor determinadas regras para tal regime jurídico. No entanto, também abordaremos tópicos relacionados como a natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual, entre outros.

**Palavras-chave:** responsabilidade, formação, contrato

### **Foundations of pre-contractual liability**

#### **Abstract**

This work is premised on the fact that the existence of contractual relationships in a given society is something which, far too often, is valuable not only to the contractual parties but also to the society as a whole. Contracts can, in principle, lead us towards states of the world which are Pareto efficient. It is also premised on the fact that the formation of such

contractual relationships can be aided by the legal regime governing pre-contractual liability, depending on the content of the rules which are part of said regime. Based on these premises, we uphold the thesis that the legal regime governing pre-contractual liability must assume certain features so that it can, thus, help promote an increase in the well-being of the contractual parties as well as in the well-being of the society at large by incentivizing the formation of new contracts. This is a proposition which takes on a normative character. However, under a purely empirical or descriptive point of view, we will also try to demonstrate that the rules which are, in practice, applied by Brazilian and foreign courts are, largely speaking, already in conformity with the rules which should be applied in ideal terms. The legal regime governing pre-contractual liability incentivizes the parties to negotiate and celebrate a new contract by protecting said parties from the loss of certain pre-contractual investments made during the negotiation stage. Our principal aim is to describe and, in some instances, propose certain rules for such legal regime. Nonetheless, we will also deal with related topics such as the one pertaining to the legal nature or characterization of pre-contractual liability from the point of view of legal doctrine.

**Keywords:** liability, contract, formation

## **1. Introdução**

O trabalho é dividido nas seguintes partes. Lidaremos, em primeiro lugar, com a questão da natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual. Em seguida, forneceremos uma fundamentação econômica para a responsabilização de uma das partes pelo prejuízo causado à outra em virtude da ruptura das negociações. O prejuízo em questão refere-se, fundamentalmente, à perda de investimentos pré-contratuais. A fundamentação econômica elaborada na segunda parte servirá como pano de fundo para a contextualização das regras jurídicas expostas nas partes subsequentes do trabalho. Tais regras, adotadas pelo judiciário brasileiro e estrangeiro, por vezes de forma confusa e fragmentária, fazem parte do regime jurídico da denominada responsabilidade civil pré-contratual. Reconstruiremos tal regime através das decisões judiciais prolatadas em diversos ordenamentos jurídicos. Ao realizarmos tal reconstrução, estaremos descrevendo o direito vigente e, ocasionalmente, propondo novas regras. Conforme restará claro da discussão, as regras atualmente adotadas estão, em larga medida, em conformidade com as regras que deveriam ser adotadas em termos ideais. As traduções de obras e decisões estrangeiras são de nossa inteira responsabilidade.

## 2. Natureza jurídica da responsabilidade pré-contratual

O processo de negociação, quando não bem sucedido, pode ocasionar prejuízos para uma das partes. Os ordenamentos concordam, sob certas circunstâncias, em imputar a uma das partes o dever de reparar o dano causado à outra. O ponto maior de discordância é em relação à natureza jurídica da obrigação de reparar o dano. Conforme esclarece Kuonen (2005, p. 267): “A questão da natureza delitual ou contratual da responsabilidade pré-contratual tem ocupado a mente de gerações de juristas. Atualmente, aquilo que foi, em suas origens, um debate doutrinário está sendo enriquecido por discussões legislativas”.<sup>1</sup> Essa controvérsia existe porque há um número limitado de eventos que, em tese, propiciam o surgimento de uma obrigação.

Defendemos a tese de que a responsabilidade pré-contratual não deve ser encarada como um tipo de responsabilidade *sui generis*, parecida com a responsabilidade contratual (a denominada *culpa in contrahendo*), como tem sido tradicionalmente postulado. É falacioso dizer que a responsabilidade deriva de um dever imposto pelo contrato definitivo (que ainda não foi formado)!<sup>2</sup> O criador da teoria, o jurista alemão Rudolph von Jhering, a fundamentou com bases, no mínimo, duvidosas, conforme esclarece Kuonen (2005, p. 278):

Nós vemos, desta forma, na *culpa in contrahendo* uma verdadeira invenção de Jhering, largamente estranha ao direito romano. O texto de Modestino – D. 18,1,62,1 – certamente não possui a abrangência material que lhe foi reconhecida por Jhering. A *actio empti* admitida por Modestino, a despeito da invalidade do contrato de venda, é justificada por certas vantagens processuais e práticas. Sem dúvida que a análise de Jhering cede à parcialidade, uma parcialidade que deve muito à sua ligação com a ciência pandectista do direito. Constrangido a dar à responsabilidade pré-contratual uma natureza contratual por um lado, e de encontrar uma origem romana para a mesma por outro, Jhering se acha rapidamente prisioneiro do direito romano. Quanto aos resultados da sua teoria, nós os consideramos, como havíamos dito, largamente insatisfatórios.

---

<sup>1</sup> O autor cita, entre outros, o art. 422 do código civil brasileiro como tomando partido no debate sobre a natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual.

<sup>2</sup> Embora os defensores da teoria não digam isso expressamente, tal afirmação parece ser uma decorrência lógica do seu modo de argumentação. Confira na citação a seguir um dos exemplos utilizados por Jhering para sustentar a sua teoria (onde é concedida uma ação que deriva de um contrato *definitivo* inválido).

Jhering certamente sentiu a necessidade de criar a referida teoria para compensar certas deficiências do direito alemão da responsabilidade civil extracontratual que ele próprio enxergava como vantagens. Conforme esclarece Gordley (2006, p. 298):

A conclusão imediata de Jhering foi (...) a de que o contratante não poderia ser responsabilizado por culpa ou negligência no processo de contratação nem pelo motivo de estar submetido a uma obrigação contratual de cuidado e nem pelo motivo de estar submetido a uma obrigação extracontratual. Jhering acreditava que ele não estaria submetido a uma obrigação com base no regime da responsabilidade civil extracontratual porque, como vimos, em sua opinião, o réu não poderia ser responsabilizado, naquele regime, por todo e qualquer tipo de dano sofrido pelo autor da demanda, mas tão somente por certos tipos de dano como o dano à pessoa ou à propriedade. Os ordenamentos jurídicos modernos que adotam tal princípio o expressam através da proposição de que o réu negligente não é responsável pelo dano patrimonial puro. (...) Se o autor tem o direito de obter a reparação do dano por ele sofrido nos casos em que nenhum contrato foi formado, e se tal reparação não pode ser baseada na responsabilidade civil extracontratual, então deve haver uma fonte obrigacional distinta do contrato ou do ato ilícito.

É necessário ressaltar que há certa ambiguidade na obra de Jhering. Embora tente negar a natureza contratual da responsabilidade pré-contratual, ele tacitamente a apóia. O que ele nega veementemente é a natureza delitual (extracontratual) da referida responsabilidade. Por outro lado, também não acreditamos que a responsabilidade pré-contratual possa ser *exclusivamente* encarada como decorrente de um ato ilícito, conforme a posição da doutrina francesa que havia sido combatida por Jhering. Essa é justamente a caracterização preferida por autores brasileiros mais antigos, influenciados pela abordagem adotada na França. Observe-se o que diz Caio Mário da Silva Pereira (1997, p. 19-20):

Enquanto se mantiverem tais, as conversações preliminares não obrigam. (...) [Entretanto], pode surgir *responsabilidade civil* para os que participam das negociações preliminares, não no campo da culpa contratual, porém da aquiliana, somente no caso de um deles induzir no outro a crença de que o contrato será celebrado, levando-o a despesas ou a não contratar com terceiro etc. e depois recuar, causando-lhe dano. O fundamento do dever de reparação é o ilícito genérico (...). A responsabilidade acaso surgente tem caráter excepcional (Serpa Lopes Carrara), e não pode ser transposta para

fora dos limites razoáveis de sua caracterização, sob pena de chegar-se ao absurdo jurídico de equiparar em força obrigatória o contrato e as negociações preliminares, e a admitir que as obrigações contratuais nascem antes de surgir o contrato que as gera.

Em suas origens, a teoria da *culpa in contrahendo* era remotamente parecida com o grande edifício construído pela jurisprudência moderna. De fato, os exemplos originalmente aduzidos por Jhering em que haveria a aplicação da teoria da *culpa in contrahendo* nem mesmo tratam do fenômeno da responsabilidade pré-contratual *stricto sensu*. Os dispositivos do código civil alemão concediam indenização para a parte inocente em caso de invalidade do contrato. Ou seja, o pressuposto era o de que o contrato já havia sido formado, embora fosse inválido.<sup>3</sup> O código, em si mesmo, só previa dois casos de responsabilidade pela invalidade do contrato.<sup>4</sup> A jurisprudência, então, generalizou esta abordagem para quase todos os casos de invalidade do contrato, como nota Markesinis (2006, p. 99-100):

Como também observado, as cortes rapidamente expandiram esta abordagem para cobrir o caso de *dissenso*, e passaram a responsabilizar a parte que havia incorrido em culpa ao se expressar de forma ambígua. (Ver acima, RGZ 104, 265.) (...) As cortes generalizaram tal responsabilidade pré-contratual para virtualmente todos os casos em que uma parte é responsável (geralmente, a culpa é exigida) pela invalidade de um contrato formalmente concluído. Nas situações seguintes, além daquelas já discutidas, as cortes chegaram à conclusão de que houve responsabilidade pré-contratual. Em primeiro lugar, nos casos em que o contrato estava sujeito a uma licença (*Genehmigung*) ou algo parecido, e uma das partes tenha falhado em chamar a atenção da outra para o fato de que a concessão da licença era necessária ou ainda estava pendente (e.g., BGHZ 6, 330; BGHZ 18, 248; BGHZ 142, 51). Em segundo lugar, nos casos em que o contrato é nulo sob o § 134 BGB (ilegalidade), ou por não atender outros requisitos legais obrigatórios (OLG Düsseldorf BB 1975, 201), ou porque o contrato vai contra os *bonos mores*, § 138 BGB (e.g., BGH NJW 1987, 639). Poderíamos ainda acrescentar aqueles casos em que as cortes concederam indenização para uma das partes

---

<sup>3</sup> É necessário realizarmos uma distinção entre os casos em que há responsabilidade pela conclusão de um contrato inválido e os casos em que há responsabilidade pela maneira com que as negociações foram conduzidas na hipótese de não ter havido a conclusão de um contrato. Vide Markesinis (2006, p. 99).

<sup>4</sup> Há apenas dois exemplos no próprio código onde a responsabilidade é derivada da conclusão de um contrato inválido. Assim, o § 122 do BGB obriga aquele que quer obter a anulação de um contrato por motivo de erro a indenizar a outra parte, enquanto o § 179 II do BGB responsabiliza o procurador que não sabia do fato de que não tinha poder de representação no momento da conclusão do contrato. Vide Markesinis (2006, p. 99).

no caso de invalidade provocada pelo não cumprimento das formalidades necessárias (e.g., BGH NJW 1965, 812). Enquanto a idéia subjacente de responsabilizar uma das partes em tais casos possa ser parecida, cada linha de casos coloca desafios diferentes. Assim, por que uma das partes deverá ser culpada, ao invés da outra, pelo não cumprimento das exigências legais? O compartilhamento do prejuízo não seria uma melhor opção? Como estabelecer o grau de responsabilidade de cada um? No caso das exigências de forma, não é o próprio objetivo das regras que exigem tais formalidades impedir que a parte confie na validade de um contrato que não as cumpra?<sup>5</sup>

Posteriormente, a jurisprudência alargou o campo de aplicação da teoria para englobar os casos em que uma parte teria sofrido prejuízos com a não celebração do contrato. Markesinis (2006, p. 100-1) descreve o direito alemão:

O segundo (e mais problemático) subgrupo de casos faz referência àqueles casos em que não houve a formação de um contrato definitivo, apesar da crença de uma das partes que o contrato iria ser formado sob certos termos. De um modo geral, as partes estão livres para interromper as negociações contratuais a qualquer momento que quiserem. Caso elas não tivessem liberdade para fazê-lo, o direito iria tacitamente impor a elas (ou a pelo menos uma delas) uma obrigação de concluir um contrato. Isso iria dilapidar um aspecto central da liberdade contratual, nomeadamente a liberdade de concluir ou não um contrato. (...) O fundamento da responsabilidade não pode ser então a mera interrupção das negociações em si mesma. Algum tipo de ato 'ilícito' adicional deverá ocorrer para que a parte responsável pela interrupção tenha de indenizar a outra. (...) O *Bundesgerichtshof* decidiu há bastante tempo que, sob certas condições, a interrupção das negociações ou a recusa de realizar uma aceitação final depois que a formação do contrato parecia certa poderá levar à responsabilização pelas despesas sofridas pela outra parte por ter confiado na eventual formação do contrato. Três condições devem ser satisfeitas. (Ver, e.g., BGH WM 1969, 595; NJW 1975, 1774; NJW-RR 1989, 627). Em primeiro lugar, uma parte deve ter levado a outra a crer que a conclusão do contrato era certa. Em segundo lugar, a despesa foi incorrida em virtude do contrato. Finalmente, que a outra parte, posteriormente, tenha interrompido as negociações sem um bom motivo

---

<sup>5</sup> É interessante notar que o código civil brasileiro também não possui regras genéricas quanto à responsabilidade pela invalidade do contrato, como aquelas encontradas nos Princípios de Direito Contratual Europeu (PECL, arts. 4:117 e 15:105). Encontramos tão somente manifestações isoladas como, por exemplo, os arts. 146 e 150 (regime jurídico do dolo).

(‘*ohne triftigen Grund*’). Tal jurisprudência não escapou às críticas; mas é justo dizer que também há um bom número de juristas acadêmicos que a apoiaram. (...) [O]s limites da liberdade contratual não são facilmente previsíveis. Quando é que se considera que uma parte *ilicitamente* criou na outra a crença de que o contrato seria concluído? (Por exemplo, BGH NJW-RR 2001, 381: as negociações prolongadas quase concluídas não são suficientes; é também disputado se a culpa em um sentido técnico é necessária, ver BGH NJW-RR 1989, 627; *Münchener Kommentar-Emmerich*, § 311 Rn. 184, com referências.) Não seria um paradoxo exigir a confiança na formação do contrato quando, ao mesmo tempo, as partes estão livres para interromper as negociações? (...) O que pode ser considerado um motivo suficientemente bom para o abandono das negociações? Finalmente, e de forma crítica, seria suficiente se as perspectivas econômicas do negócio tivessem piorado? As cortes não conseguiram esclarecer completamente esse último ponto (...).<sup>6</sup>

Parece-nos que as hesitações e dúvidas da jurisprudência germânica são o resultado de uma análise teórica insuficientemente precisa ou, até mesmo, incorreta. É necessário, antes de tudo, distinguir os casos em que a responsabilidade pré-contratual é fundamentada em um ilícito genérico ou na obtenção de um enriquecimento indevido, por um lado, daqueles casos em que a responsabilidade pré-contratual é fundamentada no descumprimento de um dever de negociar de boa-fé, por outro lado. Acreditamos que a exigência de um bom motivo para interromper as negociações somente pode ser compreendida à luz da existência de um dever de negociar de boa-fé, que envolve não apenas a obrigação de empregar táticas leais de negociação mas também a obrigação das partes de se esforçarem para tentar chegar a um acordo, dando tudo de si para tentar superar as divergências. Ora, não faz sentido exigir que a parte apresente um bom motivo para interromper as negociações, como uma condição para que ela não seja sancionada com tal interrupção, se tal parte não estiver submetida a um dever de se esforçar para tentar superar as divergências e tentar chegar a um acordo com a outra parte. Logo, a exigência feita pela jurisprudência germânica somente é cabível nos casos em que a responsabilidade civil pré-contratual tem fundamento no descumprimento de tal dever de negociar. Por outro lado, nos casos em que a responsabilidade civil pré-contratual é fundamentada no ilícito genérico ou na obtenção de um enriquecimento indevido, é irrelevante o fato de se a parte que interrompeu as negociações tinha ou não tinha um bom

---

<sup>6</sup> *Id.*, p. 100-1.

motivo para interrompê-las. Dessa forma, após apresentarmos os fundamentos econômicos da responsabilidade civil pré-contratual na seção 3 abaixo, os quais podem iluminar as circunstâncias em que é razoável a imposição de tal dever de negociar, iremos descrever de forma mais detalhada as regras jurídicas que esmiúçam os contornos do referido dever. Na seção 6 iremos identificar as circunstâncias em que surge o referido dever; na seção 7, trataremos da questão de quando é que o referido dever é adequadamente cumprido; na seção 9, exporemos o que deve e o que não deve ser considerado uma tática desleal de negociação. Conforme já mencionado, realizamos uma análise econômica do regime da responsabilidade pré-contratual na seção 3. As recomendações decorrentes da referida análise iluminam os diferentes aspectos do dever de negociar de boa-fé, tratados nos tópicos subsequentes. Finalmente, quanto à questão da liberdade da parte de não estar obrigada a concluir o contrato contra a sua vontade, que foi uma das críticas apontadas por Markesinis no trecho citado acima, observamos que a parte pode realmente se sentir pressionada a formar o contrato na hipótese de ser responsabilizada pela interrupção das negociações. Entretanto, isto é plenamente justificável, dado o fato de que a parte somente será responsabilizada em situações excepcionais, quando necessário para a maximização do bem-estar social, conforme esclarecido na seção 3. Antes de avançarmos, porém, é necessário dizer mais algumas coisas a respeito da natureza jurídica da responsabilidade civil pré-contratual.

O código civil alemão, na reforma sofrida em 2002 para a modernização do direito das obrigações, parece ter positivado a teoria da *culpa in contrahendo*. O mesmo pode ser dito quanto ao novo código civil brasileiro, em seu art. 422, conforme esclarece Kuonen (2005, p. 267): “Desta forma, o novo código civil brasileiro de 2002 consagrou à relação pré-contratual um dispositivo que se aproxima dos nossos direitos europeus, e do direito alemão em particular”. Embora tenha (aparentemente) positivado a referida teoria, há espaço para interpretações alternativas, conforme admite Kuonen (2005, p. 278): “O novo artigo 422 do código civil brasileiro, que havíamos mencionado no início deste artigo, procede da mesma tendência [s.c.: de adoção da teoria da *culpa in contrahendo*] sem, no entanto, chegar a excluir uma responsabilidade pré-contratual de natureza delitual”.<sup>7</sup> O maior defeito da referida teoria, entretanto, é a excessiva generalidade dela. Ela falha ao não reconhecer os reais eventos causadores da obrigação de reparar o dano. De acordo com Markesinis (2006, p. 92-3, 97):

Não menos do que cinco grandes campos de aplicação [da teoria da *culpa in contrahendo*] podem ser identificados, indo dos casos em que há a

---

<sup>7</sup> O autor manifesta, ao final, a sua esperança de que a jurisprudência possa resolver o debate sobre a natureza da responsabilidade civil pré-contratual por meio de decisões claras.

imposição do dever de não causar danos físicos aos clientes de uma parte na fase pré-contratual, até os casos em que especialistas são responsabilizados pelos conselhos e avaliações fornecidos. (...) Do acima exposto, parecerá óbvio que o instrumento [da *culpa in contrahendo*] cumpre uma inteira gama de propósitos diferentes e divergentes. (...) A recente codificação do conceito, em si mesma, é absolutamente vaga, o que, em certo sentido, é lamentável, pois permitirá que os escritores acadêmicos germânicos aleguem que o novo código adotou o seu próprio entendimento particular sobre o assunto. (...) A conexão entre o contrato visado e o dever de não causar danos (físicos) é extremamente fraca (...). Dessa forma, até mesmo os juristas alemães ‘conservadores’ concordariam que tais casos realmente pertencem ao direito da responsabilidade civil extracontratual, e não ao direito contratual.

É importante observar que muitos casos solucionados sob o manto da *culpa in contrahendo* poderiam facilmente ser resolvidos com base no regime jurídico do enriquecimento sem causa,<sup>8</sup> ou com base no regime jurídico da responsabilidade civil extracontratual.<sup>9</sup> Em tais casos, é irrelevante o fato de as partes terem concluído ou não o contrato. O processo de negociação, ainda que bem sucedido, pode ser utilizado por uma das partes com o objetivo de causar prejuízos, ainda que não diretamente conectados ao contrato, para a outra.<sup>10</sup> Esses problemas são relevantes, mas ultrapassam o campo relativo à responsabilidade pré-contratual.

Portanto, além das hipóteses de enriquecimento e ato ilícito, qual seria o fundamento jurídico do dever de reparar o dano em caso de não conclusão do contrato? Parece-nos que a responsabilidade *pré-contratual* apresenta natureza *contratual*! Parece contraditório, mas não é. Explica-se: havendo um contrato preliminar, com a imposição do dever de negociar de boa-fé, a sua violação implica o descumprimento do referido contrato preliminar. Em outras

---

<sup>8</sup> Cf. (nos Estados Unidos) *Hill v. Waxberg* 237 F2d 936 (9th Cir. 1956) (o autor realizou trabalhos preparatórios no imóvel do réu, na expectativa de obtenção de um contrato para a construção naquele local); (na Inglaterra) *Seager v. Copydex Ltd.*, [1969] 2 All ER 718 (o réu se aproveitou de uma invenção do autor, depois que as negociações falharam); (na França) *Cass.com.*, 3 oct. 1978, D.1980.55 (o réu fez uso de informações que lhe haviam sido transmitidas pelo autor durante as negociações). Em caso de existência de um contrato preliminar, o mesmo poderá regular detalhadamente o dever de restituição, afastando a aplicação do regime jurídico do enriquecimento por ser este subsidiário em relação ao regime contratual (cf., e.g., código civil brasileiro, art. 886: “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”).

<sup>9</sup> Cf. (na Itália) *Cass. Civ., Sez. II, 25.2.98, n. 2017* (em que o titular de uma opção cria expectativas na outra parte de que irá formar o contrato definitivo, sem ter, na verdade, qualquer intenção de aceitá-lo);

<sup>10</sup> Cf. AYRES, Ian e KLASS, Gregory. *Insincere Promises: The Law of Misrepresented Intent*. New Haven/London: Yale University Press, 2005.

palavras, a responsabilidade pré-contratual – levando-se em conta o contrato definitivo – pode apresentar natureza contratual, em virtude do descumprimento do contrato preliminar.

O contrato preliminar – ao contrário do definitivo – é formado mesmo que não tenha havido acordo sobre certos termos essenciais. Dessa feita, há consenso suficiente para a formação do contrato preliminar ainda que ele seja vago. O código civil brasileiro parece restringir indevidamente a categoria dos contratos preliminares em seu art. 462 ao dispor que: “O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”. Se essa fosse a interpretação correta, estaríamos diante de uma limitação injustificada e (provavelmente também inconstitucional) da autonomia privada. Na verdade, há mais de um tipo de contrato preliminar. Há o contrato preliminar que cria deveres/sujeição tão somente para uma das partes, a que se faz referência no art. 466 do CC, e o contrato preliminar que cria deveres para ambas as partes.

Esse último pode ser bipartido. Há o contrato preliminar que é tão próximo do definitivo, exceto quanto à forma, que o ordenamento jurídico brasileiro chega até mesmo a conceder remédios extraordinários para o credor caso o devedor descumpra a sua obrigação de negociar com vistas à conclusão do contrato definitivo. Por exemplo, de acordo com a primeira parte do art. 464 do CC, poderá “o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente”. Em outras palavras, o ordenamento jurídico transforma o contrato preliminar em um contrato definitivo.<sup>11</sup> Contudo, há contratos preliminares que o juiz não poderia transformar em definitivos, como previsto na parte final do art. 464 do CC: “salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação”. Tais contratos preliminares são justamente aqueles que não podem ser enquadrados no art. 462 do CC, por faltarem diversos requisitos essenciais ao contrato definitivo. Em tais contratos, de acordo com o art. 465 do CC, os remédios disponíveis para o credor em caso de descumprimento do dever de negociar de boa-fé seriam a resolução e a indenização, mas nos parece que outros remédios também seriam possíveis, como a exceção de contrato não cumprido.

O dever de negociar de boa-fé pode (ou não) ter sido estipulado expressamente em uma das cláusulas do contrato preliminar. Ainda que não tenha sido expressamente estipulado, ele decorre, com frequência, da intenção das partes contratantes. Em muitos casos, as partes especificam no seu contrato preliminar o conteúdo daquele dever (e.g., dever de

---

<sup>11</sup> Esta medida ou outras medidas, como a concessão de indenização, poderiam ser problemáticas por efetivamente enfraquecerem as regras que estabelecem formalidades para a conclusão do contrato. Neste caso, mesmo aqueles contratos que fossem muito próximos ao definitivo não deveriam ser objeto de qualquer tipo de tutela. Obviamente, a solução do problema gira em torno dos objetivos e da razoabilidade da regra que estipulou a formalidade em questão.

confidencialidade, dever de negociação exclusiva, etc) bem como fixam um prazo certo para que sejam finalizadas as negociações, sob pena de liberação de ambas as partes. Em conclusão, poderíamos dizer que a regulamentação fornecida pelo código civil brasileiro é míope, por dar maior destaque para o contrato preliminar que é muito próximo do definitivo, exceto quanto à forma. Certos dispositivos, como o § único do art. 463 – que exige o registro do contrato preliminar para que ele tenha validade – somente podem ser plenamente compreendidos ao levarmos em conta o desenvolvimento histórico do atual regime jurídico a partir da prática comercial brasileira (vide, sobre o referido desenvolvimento, PEREIRA, 1997, p. 51-53.).<sup>12</sup>

Logo, não resta espaço para uma natureza *sui generis* da responsabilidade civil pré-contratual, pois ou ela decorre do regime do enriquecimento, ou do regime dos atos ilícitos, ou do regime contratual. Tão somente em circunstâncias limitadas poderíamos postular a existência de uma natureza *sui generis* para a responsabilidade pré-contratual, mas que não se confunde com a teoria da *culpa in contrahendo*. Farnsworth (1987) identifica o descumprimento da promessa, muitas vezes tácita, como um dos fundamentos do dever de reparar o dano causado.

Em alguns casos, a parte demonstra tacitamente a sua intenção de formar um futuro contrato, por meio da sua conduta, como no caso dos tomates decidido pela jurisprudência brasileira.<sup>13</sup> Em outros, a parte utiliza o que é usualmente denominado como uma “carta de intenção” na qual uma parte ou ambas as partes estabelecem a sua intenção de negociar um futuro contrato. Em tese, quanto ao dever de negociar o contrato definitivo, a carta de intenção poderia obrigar ou não a parte que a redigiu, dependendo da sua qualificação jurídica. Ela poderia obrigar, por exemplo, na hipótese de ser qualificada como uma promessa unilateral (que não necessita aceitação, mas obriga o promitente) ou na hipótese de ser qualificada como um contrato preliminar. E não obrigaria, por exemplo, na hipótese de ser qualificada como uma tratativa. Não obstante, tal distinção tem sido desconsiderada pela jurisprudência. Na prática, o dever de negociar de boa-fé tem sido imposto

---

<sup>12</sup> Para uma exposição lúcida a respeito de alguns tipos de contratos preliminares, cf. o caso norte-americano *Teachers Insurance and Annuity Association of America v. Tribune Co.*, 670 F.Supp. 491 (S.D.N.Y.1987).

<sup>13</sup> Cf. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 591028295, Relator Ruy Rosado de Aguiar Jr., j. 06.06.1991: “Contrato. Tratativas. *Culpa in contrahendo*. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo naquele ano, assim causando o prejuízo do agricultor, que sofre a frustração da expectativa da venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação.” É interessante observar que uma promessa unilateral expressa ou tácita também pode ser identificada em muitos casos decididos pela jurisprudência estrangeira (GORDLEY, 2006, p. 300-2: comparando julgados nos Estados Unidos, Austrália, França e Alemanha).

independentemente da qualificação jurídica da carta de intenção. Em certos casos, a carta de intenção deixa clara a obrigação de *uma* ou *ambas* as partes de negociar o contrato até a sua conclusão, salvo a hipótese de não conseguirem chegar a um acordo. Em outros, a obrigação não é facilmente inferida da linguagem empregada (embora possa ser imputada pelo ordenamento). Ainda que o dever de negociar de boa-fé não seja estipulado em termos genéricos, é frequente a inclusão de outros deveres como o dever de confidencialidade, o dever de negociação exclusiva, etc. Esse fato pode levar algumas cortes conservadoras a restringir a aplicação do dever de negociar de boa-fé.<sup>14</sup>

Considera-se, pelo menos em determinados casos (como veremos na seção 6), que a parte está assumindo a obrigação de negociar, pelo mero fato de ter comunicado a sua intenção de negociar. É como se ela estivesse fazendo uma promessa tácita. Nesse caso, embora a obrigação fosse derivada da vontade da parte obrigada, ela não teria natureza contratual. É claro que a responsabilidade é considerada *sui generis* tão somente porque não é admitida a possibilidade de uma obrigação ter a sua origem em uma promessa unilateral de forma ampla no direito brasileiro (existem exceções, é claro, como no caso da promessa de recompensa). Caso a promessa unilateral fosse (plenamente) reconhecida como uma fonte obrigacional, e não apenas o contrato, a responsabilidade não seria considerada *sui generis*, pois estaria enquadrada naquela fonte.

A responsabilidade civil pré-contratual decorrente do descumprimento de um contrato preliminar ou de uma promessa tem precedência sobre as demais hipóteses de responsabilidade pré-contratual. Essa situação é explicada pelo seguinte motivo: ao contrário dos casos de enriquecimento e ato ilícito, a referida responsabilidade pode ser detalhadamente regulada por uma ou ambas as partes, inclusive com a modificação de certos aspectos das outras hipóteses de responsabilidade. Portanto, particularmente nos casos em que a responsabilidade civil pré-contratual decorre do descumprimento de uma promessa unilateral (expressa/tácita) ou contrato preliminar, é necessário elaborar regras especiais que tratam da questão de quando tal responsabilidade é cabível. Tais regras giram em torno do dever de negociar de boa-fé: em que circunstâncias ele é imposto, quando ele é cumprido, e qual é o seu conteúdo específico. O fato é que as referidas regras não são encontradas nem no regime

---

<sup>14</sup> Cf. (nos Estados Unidos) *Budget Mktg. v. Centronics Corp.* 927 F.2d 421 (8th Cir. 1991): “O fato de as partes terem estipulado expressamente as obrigações de confidencialidade como as únicas exceções à cláusula geral que as isenta de responsabilidades fornece apoio adicional à nossa conclusão de que nenhum acordo válido para negociar de boa-fé pode ser inferido da linguagem da carta”. Parece-nos que, embora o resultado possa ter sido correto nas circunstâncias do caso, é difícil imaginar como a responsabilidade pela má-fé possa ser validamente excluída.

do enriquecimento e nem no regime do ato ilícito. Em relação à sua origem, foram criadas em parte pelo legislador, e em parte pela jurisprudência.

Diante da ausência de uma exposição de conjunto clara e coerente – seja em sede legislativa, doutrinária ou jurisprudencial – estruturamos os tópicos a seguir de forma a facilitar a compreensão dos casos em que uma das partes deverá ser responsabilizada pelos prejuízos causados à outra em virtude da não celebração do contrato.

### **3. Incentivos para a negociação, investimentos necessários e razoáveis**

O assunto aqui tratado é especialmente relevante para a responsabilidade pré-contratual de natureza promissória. Uma das partes pode inferir, com maior ou menor segurança, a intenção da outra parte de negociar e concluir um futuro contrato pelo simples fato desta última ter realizado propostas e/ou tratativas. Essas manifestações de vontade transmitem, mesmo que indiretamente, informações sobre a intenção da parte que as realizou. Em determinadas circunstâncias, é razoável inferir a existência de uma *promessa* contida em tais manifestações de vontade, muitas vezes de forma tácita, no sentido de negociar de boa-fé os termos de um futuro contrato. Obviamente, o grau de seriedade – assim como o conteúdo – da referida promessa é variável. Em determinados casos, uma parte quer apenas indicar a possibilidade de formar um futuro contrato. Em outros casos, ela quer indicar o seu comprometimento, que pode ser mais forte ou mais fraco, de negociar por um determinado período de tempo os termos do futuro contrato. E ainda em outros casos, ela quer induzir a outra parte a realizar investimentos razoáveis no processo de negociação, de forma a facilitar a conclusão do contrato. Essa indução de investimentos não pode ser alcançada sem a redução das chances de insucesso da negociação, por meio do comprometimento de negociar de boa-fé, que pode funcionar como um *tipo* de seguro – dentre outros possíveis – contra a perda dos investimentos na hipótese de não conclusão do contrato. Essas questões relativas ao grau de comprometimento de uma das partes – ou relativas aos mecanismos de proteção que ela *quer* conferir à outra – estão relacionadas à interpretação da intenção da referida parte ao realizar as suas tratativas e/ou propostas. Não obstante, qualquer que tenha sido sua real intenção, na hipótese de ela não ter sido colocada claramente, o direito não hesitará em imputar uma intenção que atenda aos interesses de ambas as partes. Esta seria uma hipótese de “complementação” do conteúdo da manifestação de vontade, baseada na vontade hipotética do declarante. Em termos econômicos, que tipo de proteção que uma das partes iria querer conferir para a outra com o intuito de induzi-la a realizar investimentos no processo de negociação, de forma a facilitar a formação do contrato?

Caso a reparação dos prejuízos sofridos por uma ou ambas as partes em virtude da não conclusão do contrato fosse concedida de forma indiscriminada, haveria um efeito negativo em termos de incentivo para o início das negociações. Uma ou ambas teriam receio de iniciar as negociações devido ao elevado risco de ter de pagar uma indenização para a outra. Como as partes teriam um seguro absoluto e incondicional contra quaisquer prejuízos, elas poderiam confiar de maneira não razoável na probabilidade de formação de um futuro contrato ou poderiam engajar em táticas de negociação agressivas. Um efeito negativo em termos de incentivos para o início das negociações também poderia ser produzido por uma regra em sentido contrário que nunca concedesse indenização em caso de não conclusão do contrato. Uma das partes poderia ter receio de realizar investimentos durante as negociações, na ausência de uma garantia contra a perda dos referidos investimentos, na hipótese de tais investimentos serem especialmente confeccionados para o melhor aproveitamento do futuro contrato e de não serem integralmente reaproveitáveis em caso de não formação do mencionado contrato. O problema surge nos casos em que a realização de investimentos antes da formação do contrato é socialmente útil, e em que não há outros incentivos – além da garantia de indenização pela sua perda – para a realização de tais investimentos. É útil, sob o ponto de vista da sociedade, a realização de investimentos pré-contratuais quando tais investimentos são uma condição necessária para a realização de um contrato mutuamente vantajoso entre as partes, bem como quando tais investimentos tendem a incrementar o lucro conjunto que as partes poderiam obter do contrato, levando-se em conta a probabilidade de sucesso das negociações e consequente formação de um contrato válido. Em determinadas situações, como na hipótese de existência de um mercado competitivo em que a parte realiza investimentos pré-contratuais de forma a obter uma vantagem sobre os seus competidores, aumentando as chances de conclusão do contrato com o seu parceiro de negociação em detrimento dos demais competidores, o ordenamento jurídico não precisa encorajar a realização dos referidos investimentos pré-contratuais.<sup>15</sup> Realizaremos uma abordagem, em primeiro lugar, dos casos em que os investimentos são feitos para obtenção de uma vantagem competitiva e, em segundo lugar, dos casos em que são feitos simplesmente para o melhor

---

<sup>15</sup> Ao contrário, em determinados casos, pode até mesmo ser necessário a imposição da obrigação de indenizar (responsabilidade pré-contratual) ao potencial beneficiário daqueles investimentos de forma a induzi-lo a controlar ou reduzir os investimentos realizados pelos seus parceiros de negociação (vide GROSSKOPF e MEDINA, 2007). Caso se queira discutir a natureza dessa responsabilidade, ela poderia ser classificada como um tipo de responsabilidade civil extracontratual ou, dependendo das circunstâncias, como uma responsabilidade decorrente da obtenção de um enriquecimento. Em termos econômicos, o objetivo seria fazer com que a parte beneficiada internalizasse os custos incorridos pelos seus parceiros de negociação *que pudessem ser razoavelmente evitados* pela referida parte.

aproveitamento do futuro contrato. Sugerimos que a necessidade de incentivar a realização dos referidos investimentos encontra-se presente, com maior frequência, na segunda situação.

Em um mercado de competidores profissionais – como fornecedores de produtos ou serviços em vários ramos do comércio tais como a construção civil, agências de seguro e turismo, bancos de investimento e corretores, revendedores de carros, empresas de telecomunicação e serviços técnicos especializados, organizadores de eventos, festas e casamentos, etc. – o direito não precisa intervir com o intuito de incentivar a *realização* de investimentos pré-contratuais. Mesmo não havendo a formação de um contrato válido com determinados clientes, o custo dos referidos investimentos não é perdido. Tal custo é recuperado no preço cobrado dos clientes com quem o fornecedor chega a celebrar um contrato válido. O fornecedor recupera os investimentos pré-contratuais através da estipulação de um “prêmio” no preço cobrado que reflete a taxa média de sucesso na obtenção de um contrato, sendo que a referida taxa depende do número de competidores no mercado. Quanto menores as chances de sucesso, maior será o prêmio estipulado. O cliente que opera regularmente no mercado e que tem condições de reduzir o número de fornecedores com quem irá entabular negociações – e.g., através de uma licitação, leilão ou outro mecanismo – poderá, em *certas* ocasiões,<sup>16</sup> ter incentivos para realizar tal redução, de forma a diminuir o preço que terá de pagar pelo produto ou serviço contratado. Tal conduta traria benefícios sociais, pois reduziria os custos do cliente enquanto a situação dos fornecedores restaria inalterada. Excepcionalmente, o referido cliente, por irracionalidade ou por motivos externos ao processo de negociação, poderá iniciar negociações com um fornecedor com o qual o cliente nunca teve a intenção de contratar, ainda que tal conduta resulte em um aumento dos custos sociais. O direito, então, poderia intervir com o intuito de incentivar tal cliente a excluir do processo de negociação aqueles fornecedores com os quais o cliente nunca teve – ou não mais tem – interesse em concluir o contrato. Em tais casos, teríamos um aumento do bem-estar social, pois haveria uma redução do preço usualmente cobrado pelos demais fornecedores para a entrega daquele produto ou serviço. De qualquer maneira, o direito não precisa incentivar a realização de investimentos pré-contratuais. Eles serão realizados em um nível socialmente adequado em virtude das forças da competição.

Em um mercado de competidores casuais – como o de candidatos à obtenção de uma franquia famosa, entre outros – é possível que o referido competidor realize investimentos

---

<sup>16</sup> Isto é, quando o benefício marginal esperado de uma maior competição for menor do que o seu custo marginal esperado. E.g., nos casos em que a presença de um novo competidor aumenta as chances de um incremento no preço cobrado por todos eles, ao invés de uma redução no referido preço.

pré-contratuais excessivos ou, dependendo das circunstâncias, insuficientes. Citemos o exemplo do candidato à obtenção de uma franquia que negocia a conclusão de um contrato com o franqueador. O referido candidato poderá realizar investimentos pré-contratuais excessivos, baseado em uma falsa crença sobre as suas reais chances de obtenção do contrato.<sup>17</sup> Como ele não teria como se proteger adequadamente através dos mecanismos de mercado disponíveis ao competidor profissional, e dada a sua inexperiência, tal candidato poderia acabar realizando investimentos pré-contratuais sem uma correta avaliação do risco por ele corrido e sem qualquer perspectiva de compensação pela perda dos referidos investimentos. O franqueador também não teria incentivos para informar o candidato sobre o real risco de perda dos investimentos, considerando-se o fato de que o preço cobrado para concessão da franquia não seria alterado em virtude do número de candidatos e do montante dos investimentos pré-contratuais. O direito poderia então responsabilizar o franqueador pelos prejuízos sofridos pelo candidato à franquia, com o intuito de incentivá-lo a revelar ao candidato a probabilidade de sucesso na obtenção do contrato. Uma vez informado sobre as suas chances, tal candidato poderia decidir sobre a realização ou não de investimentos pré-contratuais e sobre o montante dos referidos investimentos. O objetivo do direito seria, neste caso, impedir a realização de investimentos excessivos que em nada contribuem para aumentar as chances do candidato face aos seus competidores. Por outro lado, caso o candidato acreditasse, incorretamente, que o franqueador estava inflando as suas chances de sucesso, tal candidato poderia não ter incentivos suficientes para a realização de investimentos

---

<sup>17</sup> *Hoffman v. Red Owl Stores* 133 N.W.2d 267 (Wis. 1965). Os autores – o senhor e a senhora Hoffmann – eram donos de uma padaria. Eles entraram em contato com a ré, Red Owl, uma empresa que operava uma rede de mercearias e que, além disso, também concedia franquias do seu negócio. O senhor Hoffmann informou ao representante da Red Owl que ele tinha \$ 18.000,00 disponíveis para investir na franquia, e o representante da ré, por sua vez, lhe assegurou que tal quantia era mais do que suficiente para abrir uma mercearia da Red Owl. O referido representante também aconselhou o senhor Hoffmann a adquirir uma pequena mercearia com o intuito de ganhar experiência naquele tipo de negócio. Durante as negociações, os Hoffmann realizaram consideráveis investimentos pré-contratuais. Eles venderam a sua padaria, compraram e venderam uma pequena mercearia, mudaram de cidade, alugaram uma nova residência, e compraram um terreno onde planejavam construir a sua mercearia Red Owl. Porém, após a realização desses investimentos, os representantes da Red Owl informaram ao senhor Hoffmann que o capital necessário para a obtenção da franquia era maior do que o originalmente informado. Eles exigiram, em um primeiro momento, a quantia de \$ 24.100,00. O valor foi aumentado, em seguida, para \$ 26.000,00 e, eventualmente, \$ 34.000,00. Hoffmann interrompeu as negociações por causa da conduta da outra parte e ajuizou uma demanda para obter ressarcimento dos prejuízos que havia sofrido. Observe-se que, no início das negociações, houve ambiguidade sobre a natureza da contribuição dos autores relativa aos \$ 18.000,00, gerando um desentendimento inicial entre as partes quanto à contribuição total necessária para o estabelecimento do negócio. Por outro lado, a empresa ré foi negligente ao não corrigir prontamente o referido desentendimento, uma vez descoberto, deixando que os autores realizassem os investimentos pré-contratuais acima mencionados sem adverti-los sobre o montante que teriam de desembolsar para formar o contrato. Provavelmente, o objetivo da ré era observar a habilidade dos autores como comerciantes e o seu nível de comprometimento. Os autores, por sua vez, mal-informados, não tinham uma correta noção das suas chances de obtenção da franquia, considerando-se a sua capacidade de obter financiamentos, no momento em que decidiram realizar os investimentos pré-contratuais.

pré-contratuais. O direito poderia então assegurar o candidato de que as chances de conclusão do contrato eram exatamente aquelas prometidas pelo franqueador, sob pena de responsabilização do franqueador pelo descumprimento do prometido. Uma vez tranquilizado, o candidato poderia realizar os investimentos pré-contratuais que acreditava serem necessários para a obtenção do contrato de franquia. O objetivo do direito seria, neste caso, incentivar a realização de investimentos que aumentam as chances de obtenção do contrato pelo candidato perante os seus competidores. Em ambos os casos, teríamos incentivos para a realização de investimentos em um nível socialmente adequado, de forma a maximizar o bem-estar social.

Em situações onde a realização de investimentos pré-contratuais incrementa as chances de conclusão do contrato, mas não *em detrimento de outros competidores*, ou naqueles casos em que as forças da competição gradualmente perdem relevância com o avançar das negociações e a crescente dependência recíproca das partes, *talvez* fosse necessário assegurar uma delas contra a perda dos investimentos realizados durante a fase de negociação do contrato, de maneira a fornecer incentivos suficientes para a realização dos referidos investimentos. Caso as negociações não tenham como prosseguir sem a realização de investimentos pré-contratuais, e a soma dos riscos de sua perda seja maior do que a expectativa de ganhos criada pela sua realização, então, na ausência de um seguro contra a perda dos referidos investimentos, será racional para a parte nem mesmo dar início às negociações.<sup>18</sup> Os riscos de perda são maiores para o contratante com menor poder de

---

<sup>18</sup> O caso dos tomates, decidido no Brasil, ilustra bem esta situação. Cf. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 591028295, Relator Ruy Rosado de Aguiar Jr, j. 06.06.1991: “Contrato. Tratativas. ‘Culpa in contrahendo’. Responsabilidade civil. Responsabilidade da empresa alimentícia, industrializadora de tomates, que distribui sementes, no tempo do plantio, e então manifesta a intenção de adquirir o produto, mas depois resolve, por sua conveniência, não mais industrializá-lo, naquele ano, assim causando prejuízo ao agricultor, que sofre a frustração da expectativa de venda da safra, uma vez que o produto ficou sem possibilidade de colocação. Provimento em parte do apelo, para reduzir a indenização a metade da produção, pois uma parte da colheita foi absorvida por empresa congênera, às instâncias da ré”. O agricultor mencionado no acórdão realizou expressivos investimentos pré-contratuais, por um longo período de tempo, tais como o plantio das sementes de tomate, ao invés de outros tipos de cultura em demanda no mercado, a realização de irrigação, controle de pragas e demais cuidados necessários para a produção de tomates saudáveis, a colheita e armazenamento do produto, entre outros investimentos. Estes investimentos, na hipótese de não formação de um futuro contrato de compra e venda dos tomates, não poderiam ser recuperados pelo agricultor através dos mecanismos normais de mercado, já que a produção excedia a demanda do mercado. Observe-se que os investimentos não apenas aumentavam as chances de formação de um futuro contrato de compra e venda entre o agricultor e a companhia Cica, mas eles eram *imprescindíveis* para viabilizar a própria negociação e formação deste futuro contrato. Caso o agricultor, racionalmente, desconfiasse da intenção da Cica de nem mesmo *tentar* negociar as cláusulas de um futuro contrato, talvez ele não tivesse investido na plantação dos tomates. Além disso, no momento da realização do investimento, a perspectiva de um futuro contrato era benéfica para o agricultor, para a Cica e para a sociedade. Logo, era razoável incentivar o agricultor a realizar os referidos investimentos pré-contratuais através do estabelecimento de algum tipo de *seguro* contra a sua perda. Parece-nos que este seguro foi efetivado por meio da criação de um dever de negociar de boa-fé os termos do futuro contrato, descumprido pela Cica, o que ensejou então o pagamento de indenização. O dever de negociar não

barganha. O seguro não teria de ser incondicional, ele poderia proteger a parte contra determinados riscos de perda dos investimentos, deixando de cobrir outros riscos. Os riscos remanescentes, quando comparados com os riscos originários, poderiam ser bem menores. Em tais circunstâncias, a expectativa de ganhos criada pela realização de investimentos pré-contratuais poderia superar os riscos de perda dos referidos investimentos. Pressupondo-se que a realização de tais investimentos fosse necessária para o bom andamento das negociações e eventual formação do contrato, então a regra que assegura a parte contra *determinados* riscos relativos à sua perda produz resultados positivos, pois incentiva a referida parte a dar início às negociações.<sup>19</sup>

Em suma, tanto a regra que reconhece a responsabilidade pré-contratual de forma plena e indiscriminada quanto a regra que nunca reconhece tal responsabilidade poderiam ter um impacto negativo na decisão de iniciar as negociações para a formação do futuro contrato. Por outro lado, a reparação dos prejuízos concedida em circunstâncias bem delimitadas poderia ter um efeito positivo em termos de incentivo para o início das negociações. Resta esclarecer como a justificativa econômica do regime jurídico da responsabilidade pré-contratual, acima apresentada, e as recomendações dela decorrentes podem ser traduzidas em conceitos e regras apreensíveis pelo direito. Ressalte-se, antes de tudo, que as regras jurídicas a serem implantadas refletem a “vontade hipotética” das partes quanto à proteção a ser dada contra a perda dos investimentos realizados por uma delas, solucionando o problema da determinação da intenção da parte que induz a confiança da outra, não havendo manifestação explícita em sentido contrário. Parece-nos que, na maioria dos casos, o instrumento dogmático adequado para a consecução das recomendações econômicas acima colocadas é a utilização do dever de negociar de boa-fé. Esclareceremos, em outros tópicos, as circunstâncias em que há o surgimento do referido dever, quando ele é cumprido, as consequências do seu descumprimento, e qual o seu conteúdo preciso.

---

significa que o contrato tenha inexoravelmente de ser concluído, significa apenas que as partes têm de dar o melhor de si e fazer o máximo esforço para chegar a um acordo final. Talvez o caso tivesse sido decidido de maneira diversa se a Cica tivesse se sentado à mesa de negociação e o contrato não fosse concluído em virtude de alguma intransigência ou demanda absurda do agricultor. Finalmente, quanto ao fundamento dogmático (e não apenas econômico), do dever de negociar de boa-fé no caso apresentado, poderíamos dizer que a Cica, ao doar as sementes de tomate, realizou uma *promessa*, ainda que tácita, de negociar seriamente um futuro contrato de aquisição da colheita se o agricultor fizesse os investimentos pré-contratuais necessários. Do contrário, seria impossível entender o significado do ato de doação das sementes (seria a Cica uma empresa filantrópica?).

<sup>19</sup> Observe-se que, mesmo havendo a concretização de um risco contra o qual a parte merece proteção, somente os prejuízos decorrentes de investimentos razoáveis deveriam ser ressarcidos. Motivo: combater a tentação de realizar investimentos excessivos. Essa tentação decorre de um relaxamento da parte segurada, conhecido na teoria econômica como “moral hazard”. A razoabilidade dos investimentos depende da probabilidade de sucesso das negociações no momento em que são realizados e do fato de que o seu custo marginal não excede o benefício marginal esperado em termos de maximização do bem-estar *conjunto* das partes.

#### **4. Comentário sobre as manifestações de vontade exaradas durante as negociações**

As manifestações de vontade exaradas durante as negociações podem ser qualificadas como *propostas* ou como *tratativas*. Há consequências práticas decorrentes da qualificação de determinada manifestação como uma proposta ou como uma tratativa. Ainda que ambas enunciem a intenção do contratante de eventualmente vir a estar submetido a certos termos contratuais, somente a proposta confere à outra parte um imediato poder de aceitação. Em alguns casos encontraremos, durante as negociações, a presença de aceitações. Excluída a hipótese da aceitação para a formação do contrato definitivo (nos casos em que ela pode ser identificada), não teremos a presença de *aceitações* caso não tenhamos propostas para a formação de contratos preliminares. Assim, considerando-se que uma parte considerável das propostas (para a formação do contrato definitivo ou de contratos preliminares) não é aceita, e considerando-se que a tratativa não pode (em princípio) ser aceita, chegaremos à conclusão de que as negociações serão conduzidas, majoritariamente, por meio de propostas e tratativas.

#### **5. Como pode ser estruturado o processo de negociação**

O processo de negociação é conduzido, em sua maior parte, por meio de propostas e tratativas, porém o referido processo pode ocorrer com ou sem o auxílio de contratos preliminares. A presença de um contrato preliminar pode introduzir algumas modificações no regime jurídico da negociação ao regular, por exemplo, a questão do dever de negociar<sup>20</sup> ou a questão da responsabilidade pelos danos sofridos em virtude da não conclusão do contrato.<sup>21</sup> O fato é que a existência dos contratos preliminares pode provocar mudanças radicais no ambiente de negociação, dada a enorme variedade de contratos preliminares que podem ser adotados. O motivo pelo qual as partes geralmente adotam contratos preliminares é o fato de que há incerteza, no momento da contratação, sobre a viabilidade e os termos do contrato definitivo a ser negociado. Tal incerteza pode ser dissipada com a passagem do tempo e a realização de investimentos pré-contratuais por ambas as partes. O contrato preliminar pode ter o objetivo de coordenar e incentivar a realização dos referidos investimentos, de forma a

---

<sup>20</sup> Cf. (na França) Versailles, 21 sept. 1995, *RTD civ.* 1996.145, obs. J. Mestre (contrato obrigava as partes a negociarem de boa-fé e, em caso de ruptura, obrigava a parte que quisesse desistir da formação do contrato definitivo a invocar motivos sérios); Paris, 14 fev. 1997, *JCP G* 1998, II, 10000, n. B. Fages (contrato criava obrigação de sigilo).

<sup>21</sup> Cf. (na França) Paris, 9 oct. 1995, *D.* 1995, IR, 267 (contrato regulava a repartição das despesas em caso de não conclusão do contrato definitivo).

umentar as chances de conclusão do contrato definitivo.<sup>22</sup> Dada a extensão do assunto, não realizaremos uma discussão sobre as estratégias que podem ser perseguidas com o auxílio de contratos preliminares, ou sobre a validade das suas cláusulas.

Em muitos casos, para preservar certa flexibilidade durante as negociações, as partes procuram evitar o uso de propostas contratuais. Tal estratégia é utilizada, principalmente, com o intuito de evitar a formação de contratos preliminares. Em tese, na ausência de um contrato preliminar, a parte teria maior flexibilidade para mudar o conteúdo de um termo anteriormente negociado, sem a necessidade de obter o consentimento da outra parte. Por outro lado, tal liberdade é frequentemente restringida pelo dever de negociar de boa-fé. Conseqüentemente, seriam reduzidas as diferenças entre a negociação conduzida por meio de propostas e aquela conduzida por meio de tratativas. Em suma, a negociação pode ser conduzida através de uma impressionante combinação de propostas e tratativas permeadas por uma variedade de contratos preliminares.

## **6. Circunstâncias em que há o dever de negociar de boa-fé**

Os ordenamentos têm imposto às partes um dever de negociar, de boa-fé, com vistas à conclusão do contrato em duas situações típicas: i) quando as negociações tenham ultrapassado um determinado patamar;<sup>23</sup> ou ii) quando as partes tenham feito um contrato para negociar.<sup>24</sup> Em relação à primeira situação, é relevante observar que a imposição do dever independe do fato de as negociações terem sido conduzidas por meio de propostas ou por

---

<sup>22</sup> E.g., (nos Estados Unidos) *Academy Chicago Publishers v. Cheever*, 144 Ill.2d 24, 161 Ill.Dec. 335, 578 N.E.2d 981 (Sup. Ct. Illinois, 1991). O caso trata de um acordo entre uma editora e a viúva de um famoso escritor para a publicação de uma coletânea de contos escritos pelo falecido. O contrato preliminar obrigava a editora a localizar e a entregar para a viúva todos os contos que conseguisse encontrar. Alguns deles eram de difícil acesso, pois se encontravam em publicações obscuras. O referido contrato também obrigava a editora a adiantar uma parcela do pagamento que seria devido à viúva. Por sua vez, o contrato preliminar obrigava a viúva a trabalhar como organizadora do livro. O contrato preliminar obrigava ambas as partes a negociarem os termos remanescentes para a formação do contrato definitivo, como a questão de quais seriam os contos que deveriam ser publicados ou quem deveria ter o direito de escolhê-los, assim como o seu número mínimo. A realização, por ambas as partes, dos investimentos pré-contratuais estipulados no contrato preliminar teria a função de facilitar a negociação dos termos remanescentes, pois seriam dissipadas algumas dúvidas sobre o tipo de contrato definitivo que poderia ser realizado entre as partes.

<sup>23</sup> O mero fato de as partes iniciarem as negociações não é normalmente suficiente para a criação do dever de negociar de boa-fé. Tal dever é imputado às partes tão somente em circunstâncias especiais. Cf. *Racine & Laramie, Ltd. v. California Dept. of Parks & Recreation*, 11 Cal.App.4th 1026, 14 Cal.Rptr.2d 335 (1992): “O fato de as partes começarem as negociações para a formação de um contrato, ou para emendar um contrato já existente, não impõe por si mesmo qualquer dever para qualquer uma das partes de não serem insensatas ou de não interromperem as negociações, por qualquer motivo ou por nenhum motivo. Durante o curso das negociações [, entretanto,] algumas coisas poderão ser feitas que irão então impor um dever de continuar as negociações conforme a boa-fé”.

<sup>24</sup> Este contrato é algumas vezes caracterizado como um “acordo de princípio”, que obriga as partes a negociarem de boa-fé com vistas à conclusão do contrato definitivo, mas sem obrigá-las a efetivamente concluí-lo. Cf., e.g., (na França) Com. 2 juill. 2002: *RTD civ. 2003. 76, obs. Mestre et Fages*.

meio de tratativas. Conforme esclarecemos anteriormente, muitas vezes é possível inferir – da mera realização de propostas e/ou tratativas – a existência de uma promessa, frequentemente tácita, de negociar de boa-fé os termos do futuro contrato. Em certas ocasiões, uma das partes quer induzir a outra a realizar investimentos razoáveis no processo de negociação, de forma a facilitar a conclusão do contrato. Essa indução de investimentos não pode ser alcançada sem a redução das chances de insucesso da negociação, por meio do comprometimento de negociar de boa-fé, que pode funcionar como um *tipo* de seguro – dentre outros possíveis – contra a perda dos investimentos na hipótese de não conclusão do contrato. Uma promessa que tenha por escopo assegurar uma das partes contra certos riscos de não conclusão do contrato – e consequente perda dos investimentos pré-contratuais – pode ser mais facilmente inferida com o avançar das negociações, dada a crescente vulnerabilidade das partes com o passar do tempo.

Em geral, o dever surge apenas quando as negociações estão mais avançadas. Todavia, uma única tratativa, em alguns casos, é capaz de criar o dever de negociar de boa-fé, especialmente se forem grandes as chances de conclusão do contrato. O caso norte-americano *Saliba-Kringlen Corp. v. Allen Engineering Co.* é uma boa ilustração dessa situação. O caso tratava de uma disputa entre um empreiteiro e um subempreiteiro que havia se recusado a cumprir a sua parte do serviço. O empreiteiro processou o subempreiteiro pela diferença entre o preço que ele teve de pagar a um terceiro para realizar o serviço e o preço que o subempreiteiro havia prometido cobrar para a realização do serviço. O subempreiteiro se defendeu alegando que a oferta que ele havia feito ao empreiteiro era muito vaga para servir de base a um contrato, pois ela especificava apenas o preço. O caso foi decidido em favor do empreiteiro. Foi afirmado pela corte que:

É pacífico que a prática costumeira na indústria de construção é que o empreiteiro (...) acabe realizando um contrato escrito com o subempreiteiro, o qual abarca bem mais do que o preço que o subempreiteiro havia proposto por meio de telefone. Os termos adicionais iriam incluir coisas tais como se o subempreiteiro iria fornecer uma garantia, quem iria obter seguro, como os pagamentos iriam ser feitos e muitas outras questões. Embora os termos adicionais não sejam os mesmos em todos os contratos de subempreitada (...), o preço é o termo principal como é evidenciado pelo fato (comprovado nos autos) de que raramente um empreiteiro deixa de concluir um acordo com o subempreiteiro cujo preço é o mais baixo. (...) Devemos observar aqui que a falta de um contrato entre o empreiteiro e o réu para a realização do

serviço elétrico não foi o resultado da inexistência de acordo entre as partes quanto aos termos adicionais, após uma negociação de boa-fé. Não sabemos qual teria sido a nossa conclusão caso este tivesse sido o caso. Aqui, como em *Drennan*, as partes nem mesmo chegaram a discutir os termos do contrato porque o réu deixou absolutamente claro que ele não iria realizar o serviço no preço informado, independentemente dos demais termos contratuais.<sup>25</sup>

O que é excepcional, no caso acima, é o fato de que o dever de negociar de boa-fé surgiu logo após a primeira tratativa em que a parte informou o preço. Em outras palavras, as negociações não estavam avançadas, mas a decisão judicial é justificada pelo fato de que, no caso apresentado, as chances de conclusão do contrato definitivo eram muito elevadas. O empreiteiro também deve ter utilizado o preço informado pela outra parte para realizar o cálculo do valor da sua proposta de empreitada face ao seu cliente. Portanto, ele poderia sofrer prejuízos caso o subempreiteiro não fizesse a sua parte do serviço no preço informado. Em casos ordinários, o dever de negociar não irá surgir tão cedo, mas apenas quando as negociações estiverem mais avançadas.

Podemos inferir, na maior parte dos casos em que há uma negociação prolongada, a existência de uma promessa tácita de continuar as negociações com lealdade com vistas à formação do contrato. Essa inferência é baseada no fato de que a parte não teria como convencer a outra a respeito da sua seriedade, assim como convencer a outra a continuar a negociar com ela, considerando-se os possíveis prejuízos que a outra poderia sofrer caso as negociações fossem estéreis, a não ser que se submetesse àquele dever jurídico.

É bom notar as considerações tecidas no caso norte-americano *Channel Home Centers v. Grossman* em que a empresa Channel estava negociando a locação de uma loja em um futuro Shopping Center:

Parece claro que a feitura da carta de intenções pela Channel era de valor inestimável para Frank Grossman. Na época em que a carta foi feita, Grossman estava tentando obter financiamento para a compra do Shopping. Quando se tornou claro para Grossman que a Channel – um grande inquilino corporativo – estava seriamente interessada em alugar uma determinada loja no Shopping, ele pediu a ela que assinasse uma carta de intenções que, como colocado por Grossman, pudesse ser mostrada ‘para outras pessoas, bancos ou qualquer interessado com o intuito de obter financiamento definitivo’ (...)

---

<sup>25</sup> 15 Cal.App.3d 95, 92 Cal.Rptr. 799 (1971).

Plenamente ciente do desejo de Grossman de obter financiamento, a Channel procurou solidificar a sua posição de barganha exigindo que Grossman também assinasse a carta de intenções e fizesse a promessa de ‘retirar a loja do mercado de locação e apenas negociar o contrato de locação supra descrito até a sua conclusão’. (...) Consideramos que as provas dos autos apoiam a conclusão de que a feitura da carta de intenções pela Channel conferiu um benefício para Grossman capaz de justificar a promessa deste último de negociar de boa-fé.<sup>26</sup>

A corte concluiu que Grossman, aparentemente, não tinha o direito de abandonar as negociações para a locação da loja, pois estava submetido ao dever de negociar de boa-fé que havia sido criado pela sua promessa. O fato de uma das partes ter a premente necessidade de obter o comprometimento da outra, como ilustrado no caso *Channel Home Centers*, juntamente com o fato de que a obtenção disso não seria possível sem que ela própria se comprometesse, é um forte indício de que aquela parte teve a intenção de assumir um dever de negociar de boa-fé.

Tal consideração serve para aproximar as hipóteses previstas na primeira (negociações avançadas) e na segunda (contrato para negociar) situação acima descritas. Em síntese, no caso de as negociações estarem mais avançadas, é mais provável a existência de uma promessa ou de um acordo tácito entre as partes. Logo, na primeira situação, o dever de negociar de boa-fé decorreria de uma promessa ou de um acordo tácito; enquanto, na segunda situação, tal dever decorreria de um acordo expresso. É possível que o critério da promessa tácita reflita a realidade com maior precisão do que o fato de as negociações estarem avançadas. Obviamente, o referido fato – juntamente com outros – poderia ser um indício de que houve uma promessa tácita. Observe-se que este é um fundamento para a criação do dever de negociar baseado em argumentos dogmáticos: a parte quis se submeter ao referido dever ao prometer, ainda que tacitamente, tentar chegar a um acordo com a outra parte.

Tal intenção também pode ser inferida a partir das circunstâncias econômicas que envolvem o negócio. Sabendo que uma das partes não iria iniciar as negociações com receio de perder os seus investimentos pré-contratuais, pelo fato de os referidos investimentos não poderem ser recuperados através dos mecanismos normais de mercado, a outra parte certamente teria a intenção de se comprometer a fazer o máximo esforço para tentar chegar a um acordo com a primeira parte, de forma a incentivá-la a realizar os investimentos pré-contratuais imprescindíveis para a viabilização da própria negociação e formação do futuro

---

<sup>26</sup> 795 F.2d 291 (3th Cir., 1986).

contrato. Esta é a situação presente tanto no caso norte-americano *Saliba-Kringlen Corp. v. Allen Engineering Co* quanto no caso brasileiro envolvendo a Cica e os plantadores de tomate. Em outros casos, tal dever de negociar é explicitamente criado em um dado contrato preliminar, como no já mencionado caso norte-americano *Academy Chicago Publishers v. Cheever*, 144 Ill.2d 24, 161 Ill.Dec. 335, 578 N.E.2d 981 (Sup. Ct. Illinois, 1991) que envolvia uma editora e a viúva de um famoso escritor. Porém, ainda em outros casos, o contrato preliminar não cria qualquer dever de negociação. Ele simplesmente dispõe que uma das partes irá indenizar a outra pelos seus investimentos pré-contratuais, na hipótese de não formação do contrato, independentemente da primeira parte ter se esforçado ou não para celebrar o contrato. De fato, tal contrato preliminar dá plena liberdade ao contratante não investidor para formar o contrato ou não formá-lo e pagar indenização ao contratante investidor. É o que normalmente acontece nos mercados voltados para a prestação de serviços de conserto de computadores, impressoras e outros bens, em que se cobra para o fornecimento de um “orçamento”. Logo, embora o contrato preliminar possa encontrar mecanismos para ressarcir os investimentos pré-contratuais de uma das partes, ele nem sempre o faz através da técnica da criação de um dever de negociar de boa-fé. Nos casos em que o contrato preliminar cria tal dever, então ele pode ser considerado uma das suas fontes. Em resumo, o referido dever de negociar pode surgir de uma promessa expressa ou tácita, dadas as circunstâncias econômicas que envolvem o negócio, nomeadamente a inexistência de mecanismos de mercado para recuperação dos investimentos pré-contratuais por uma das partes, ou pode surgir de determinados contratos preliminares, de forma expressa ou tácita.

## **7. Quando se considera que há o cumprimento do dever de negociar de boa-fé**

Ao final das negociações, o contrato pode (ou não) ser concluído. Caso o contrato venha a ser concluído, o dever de negociar de boa-fé terá sido provavelmente cumprido.<sup>27</sup> Ainda que o contrato não seja concluído, é possível que o dever de negociar de boa-fé tenha sido cumprido. É possível que apenas uma ou, até mesmo, ambas as partes cumpram o seu dever de negociar de boa-fé. Resta claro que ambas as partes cumprem o seu dever no momento em que elas, tendo negociado de boa-fé, chegam a um impasse. Daí a importância da elaboração do conceito de impasse, pois, na ausência de outras circunstâncias, há o dever

---

<sup>27</sup> Entretanto, nem sempre este será o caso. Cf. (na Itália) *Cass. Civ., Sez. III, 16.10.98, n. 10249*: “O comportamento desleal de uma parte, que provocou um atraso significativo na conclusão do contrato, que teria ocorrido em uma época precedente caso a própria parte tivesse se comportado de boa-fé, é fonte de responsabilidade pré-contratual no sentido do art. 1337 c.c. [equivalente ao nosso art. 422], sem que se possa considerar relevante a posterior conclusão do contrato (a qual é causa de insubsistência da responsabilidade pré-contratual tão somente na hipótese de responsabilidade pela interrupção das tratativas)”.

de negociar (de boa-fé) até que ocorra o referido impasse. Farnsworth (1987, p. 282) afirma que:

De acordo com um corpo substancial de direito jurisprudencial, um impasse é ‘um estado de coisas no qual as partes, apesar dos melhores esforços, estão simplesmente sem saída.’ O fato de as partes alcançarem tal estado tem sido descrito como ‘uma questão de julgamento’ que se vale de fatores tais como ‘o histórico das negociações, a boa-fé das partes durante as negociações, a duração das negociações, a importância das ... questões sobre as quais há desacordo, [e] o entendimento contemporâneo das partes com relação ao estado [das] negociações’. (citações omitidas)<sup>28</sup>

Em certos casos uma parte pode cumprir o seu dever antes mesmo que ocorra tal impasse. Por exemplo, ela pode ter uma boa justificativa para a interrupção das negociações. Portanto, o dever é cumprido por uma das partes quando: i) ambas, tendo negociado de boa-fé, chegam a um impasse; ii) a parte, tendo negociado de boa-fé, não há como continuar as negociações face à interrupção promovida pela outra; iii) a parte, tendo negociado de boa-fé, possua *outros* bons motivos para interromper as negociações. É necessário analisar separadamente o cumprimento do dever por cada uma das partes. O que poderia ser considerado um bom motivo para interromper as negociações, além do impasse e da interrupção definitiva das negociações pela outra parte? Possivelmente, a descoberta de um erro, a alteração das circunstâncias ou outros fatores que levam a crer que o contrato não será mutuamente benéfico. Por outro lado, mesmo que a parte possa alegar tais fatores como um motivo para a interrupção das negociações, ela não terá cumprido o seu dever de negociar de boa-fé se ela tivesse tido uma oportunidade razoável de descobrir a existência daqueles fatores, ou se precaver contra a sua ocorrência, antes do início das negociações.

## **8. Consequências da não celebração do contrato**

Em qualquer dos casos em que há o dever de negociar, como visto na seção 6, o fato de as partes não conseguirem chegar a um acordo sobre o contrato definitivo pode ser irrelevante para o direito. Nenhuma das partes pode cobrar da outra uma indenização pelos

---

<sup>28</sup> O autor tirou as suas conclusões baseado, principalmente, na jurisprudência norte-americana. Entretanto, é interessante observar que os fatores identificados por Farnsworth também aparecem na jurisprudência de outros países. E.g., (na França) Com. 9 mars 1999: *Bull.civ.IV, n° 54* (a parte que interrompeu as negociações havia feito proposições não excessivas e razoáveis para a outra, que recusou tais proposições e fez outras substancialmente diferentes; a parte que interrompeu as negociações também havia dado um prazo razoável para a outra a fim de que chegassem a um acordo, justificando assim a interrupção das negociações infrutíferas após o decurso daquele prazo).

prejuízos que sofreu em virtude da não celebração do contrato, caso a outra tenha cumprido o seu dever de negociar de boa-fé. Em outras palavras, não há que se falar em responsabilidade na hipótese de ambas terem negociado de boa-fé.

Entretanto, caso uma das partes tenha interrompido as negociações antes do impasse ou tenha dado causa à interrupção, por ter agido de má-fé, ela terá de responder pelos prejuízos causados à outra. Caso uma delas tenha interrompido as negociações sem um bom motivo, ou por um motivo que poderia ter sido previsto e evitado antes do início das negociações, ela também terá de responder pelos prejuízos causados à outra. Caso ambas tenham negociado de má-fé, nenhuma delas terá o direito de exigir indenização da outra. Essas distinções introduzem clareza em uma área do direito que é frequentemente obscura e pouco racionalizada.

### **9. O que deve e o que não deve ser considerado uma tática desleal de negociação<sup>29</sup>**

Certas condutas têm sido encaradas como uma violação da boa-fé no processo de negociação (por exemplo, imposição de condições absurdas para a outra parte,<sup>30</sup> não revelação de negociações paralelas conduzidas com terceiros, interrupção das negociações antes do impasse e sem que a outra parte tenha dado motivos para tal interrupção). Outras não têm sido encaradas como tal (por exemplo, negociação paralela com terceiros, não revelação da base econômica da proposta feita, encerramento das negociações por motivos justificáveis). É bom ressaltar que, em certos casos, o contrato preliminar feito entre as partes poderá caracterizar certas condutas como uma tática desleal de negociação (por exemplo, negociação paralela com terceiros). Elucidar o conceito de negociação de má-fé é diretamente relevante para sabermos se a parte deverá ou não ser responsabilizada pela interrupção das negociações, nos casos em que ela tenha o dever de negociar de boa-fé. O motivo é que tal dever possui dois componentes: o dever de empregar táticas leais de negociação, presente em todas as circunstâncias; e o dever de se esforçar para tentar superar eventuais divergências e chegar a um acordo, presente apenas nas situações em que é necessário incentivar uma das partes a realizar investimentos pré-contratuais, conforme esclarecido nas seções 3 e 6 deste

---

<sup>29</sup> FARNSWORTH, op. cit., p. 284.

<sup>30</sup> Ou, também, que estivessem fora do âmbito daquilo que havia sido previamente acordado. Cf. *A/S Apothekernes Laboratorium for Specialpraeparater v. I.M.C. Chemical Group, Inc.*, 873 F.2d 155 (7th Cir. 1989): “A obrigação de negociar de boa-fé tem sido usualmente descrita como sendo capaz de impedir que uma parte ‘renuncie ao acordo, abandonando as negociações, ou insistindo em condições desconformes ao acordo preliminar’. (...) Por exemplo, uma parte pode violar a sua obrigação de negociar de boa-fé ao insistir, de forma não razoável, em uma condição externa ao âmbito do acordo preliminar, especialmente nos casos em que tal insistência é uma desculpa esfarrapada para abortar o acordo por causa de uma mudança desfavorável nas condições de mercado.”

trabalho. Logo, o emprego de táticas desleais de negociação sempre implica no descumprimento do dever de negociar de boa-fé. Por outro lado, nem sempre as partes estão obrigadas a se esforçarem para tentar chegar a um acordo entre si. Nas situações em que devem se esforçar, tal dever somente será extinto nas hipóteses discriminadas na seção 7.

## 10. Referências bibliográficas

AYRES, Ian e KLASS, Gregory. **Insincere Promises: The Law of Misrepresented Intent**. New Haven/London: Yale University Press, 2005.

FARNSWORTH, E. Allan. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. **Columbia Law Review**, 87, 2, p. 217-294, 1987.

GORDLEY, James. **Foundations of Private Law: Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment**. New York: Oxford University Press, 2006.

GROSSKOPF, Ofer e MEDINA, Barak. Regulating contract formation: precontractual reliance, sunk costs, and market structure. **Connecticut Law Review**, v. 39, n. 5, p. 1977-2032, 2007.

KÖTZ, Hein. **European Contract Law**. New York: Oxford University Press, 2002.

KUONEN, Nicolas. La *Culpa in Contrahendo*: un colosse aux pieds d'argile? Une exégèse de Modestinus D. 18,1,62,1. **Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis**, 73, n° 3-4, p. 267-278, 2005.

LANDO, Ole e BEALE, Hugh (org.). **Principles of European Contract Law. Parts I and II**. The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 2000.

MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. **The German law of contract: a comparative treatise**. 2ª ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. III.