

que, com toda sua experiência, reconhece estar a utilidade das discussões a respeito do direito condicionada ao rigor das proposições que embasam as posições adotadas<sup>11</sup>, não se podendo falar, permite-se acrescentar, em verdadeiro debate sem que fiquem claramente expostas as premissas adotadas por cada um dos contendores.

De todo o material estudado, chamou especial atenção a singela frase de João Calvão da Silva, Professor da Faculdade de Direito de Coimbra, em obra que contém parecer específico sobre o tema<sup>12</sup>: O jurista português, com rara sensibilidade, dedicou seu livro "a todos os que servem o direito", demonstrando que o trabalho do estudioso do direito é procurar contribuir para auxiliar a todos que, como ele, exercem a complexa tarefa de determinar o comportamento a ser seguido pelo ser humano em suas diversas manifestações sociais.

Assim, o presente estudo pretende ser uma contribuição para caracterizar a responsabilidade pela ruptura das negociações no direito civil brasileiro, firme na crença da perene evolução da ciência jurídica e da sociedade que pretende reger. A correta compreensão do direito reclama dedicação e paciência, não se podendo desanimar com os modestos resultados atingidos, uma vez que o estudioso do direito, como ensina CARNEVALI<sup>13</sup>, trabalha para os séculos futuros, que, embora longínquos, são certos<sup>14</sup>. Afinal, nas palavras de POMPEU DE MIRANDA, "não pode ser justo, aplicando o direito, quem não no sabe."<sup>15</sup>

Para finalizar as considerações introdutórias, resta reconhecer a honra em seguir numa trilha descoberta por MIRANDA, na esperança de que, a despeito de seu pouco mérito, as próximas linhas auxiliem na caminhada dos que virão.

<sup>11</sup> "Naturalmente el hecho de que muchas controversas entre juristas sean desde el principio insolubles no significa que todas estas controversias sean inútiles. Son inútiles las que consistencia metodológica. La única que está en condiciones de poner los términos dentro de los cuales una controversia adquiere sentido." (*Contribución...*, ob. cit., p. 190).

<sup>12</sup> *Teoria general del derecho*. Roma: Foro Italiano, 1940, p. 71.

<sup>13</sup> *Tratado de derecho privado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. I, p. XXIV.

## Capítulo I

### ÂMBITO OPERATIVO

#### 1.1. COMPLEXIDADE NEGOCIAL.

O presente estudo objetiva definir os requisitos necessários para que se configure, no direito brasileiro, a responsabilidade pelo rompimento das negociações tendentes à conclusão do contrato. Assim, antes de mais nada, cumpre delimitar a extensão das negociações e, conseqüentemente, o âmbito operativo da responsabilidade ora em discussão.

Nesse sentido, deve-se salientar que o contrato, entendido como encontro de declarações negociais convergentes de oferta e aceitação<sup>16</sup>, pode tanto se formar instantaneamente como ser precedido por uma negociação preliminar mais ou menos longa. A complexidade crescente dos bens, objeto de trocas, dos respectivos mecanismos contratuais e, conseqüentemente, dos estudos exigidos para se compreenderem os dados fáticos e jurídicos pertinentes tende a prolongar a fase de negociações<sup>16</sup>, notadamente quando se cuida da celebração de negócios jurídicos de maior vulto econômico, como, por exemplo, a aquisição de um imóvel ou de uma empresa<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> "Chama-se conclusão ou celebração do contrato o momento em que o efeito da aceitação, tocando o efeito da oferta, solta os dois negócios jurídicos." (POSTER DE MIRANDA, FRANCISCO CARVALHO. *Tratado de direito privado*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. II, p. 435).

<sup>16</sup> Cf. PENNATARO, Gisella. *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 93.

<sup>17</sup> A realidade negocial é bem analisada por Mário Júlio de Almeida Costa, in verbis: "É sabido que múltiplos contratos se concluem rapidamente, pelo mero encontro de uma proposta e de uma aceitação, sem que existam, ou não existindo quase, anteriores aproximações dos contraentes ou negociações prévias. Este modelo corresponde a situações da vida

As negociações tendem a ser particularmente extensas no comércio internacional, em que diversos fatores dificultam a conclusão do contrato, como as oscilações cambiais e as modificações das políticas nacionais. Além disso, os negócios jurídicos contratuais realizados no plano internacional também tendem a ser mais complexos, não apenas do ponto de vista de seu objeto, como também sob o ângulo das partes contratantes, que podem ser Estados, entidades públicas, grupos ou empresas multinacionais, e assim por diante<sup>18</sup>.

Deve-se notar, no entanto, que da complexidade da vida moderna não decorre necessariamente a maior extensão do período das negociações tendentes à conclusão de um contrato. Com efeito, nos contratos concluídos por adesão<sup>19</sup> e naqueles de pequena monta, a fase negociatória tende a ser excluí-

da: *A entra numa livraria e compra um livro; B instala-se num hotel ou toma uma refeição num restaurante; C dirige-se a um estabelecimento da especialidade e adquire uma peça de vestuário. [...] Mas também se observa na experiência quotidiana a celebração de muitos contratos que não obedecem a esquema tão simples e imediato. Vejamos: A deseja comprar discute com este algumas adaptações, o preço e os termos do seu pagamento; B pretende constituir uma sociedade destinada à fabricação de um determinado produto, para o que, além da vontade dos interessados na iniciativa, será necessário realizar ensaios, análises, prospecções querendo a colaboração de D, técnico especializado, não só acerta com ele as cláusulas contratuais, mas ainda o convida a estagnar na sua fábrica e o submete a prévios testes e mais frequentes os negócios em que os respectivos preliminares se alongam e pomporizam. Tal resulta, quer da importância e complexidade crescentes dos bens e serviços, assim como dos valores ou esquemas financeiros, envolvidos no comércio jurídico, quer dos mecanismos doulogia (*marketing*) e dos meios de comunicação, ao mesmo tempo que produziu a ampliação do âmbito dos contratantes potenciais, tornou necessária uma progressão mais ou menos demorada das negociações anteriores ao contrato definitivo. Daí a frequência, sempre maior, dos contratos antecelidos de um processo genético, que se inicia nos primeiros contatos das partes com o objetivo da realização de um negócio e se prolonga até o momento de sua efetiva celebração (*Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra: Coimbra, 1984, pp. 45/46).*

<sup>18</sup> Cf. MARTINS-COSTA, Judith. As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 10, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, pp. 40/42.

<sup>19</sup> Pode-se qualificar o contrato por adesão como aquele em que "uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que [se] encontra definida em todos os seus termos." Nesses contratos, o "consentimento

da, na medida em que consistiria mera perda de tempo, não sendo possível, no primeiro caso, ou economicamente interessante, no segundo, discutir os termos do negócio jurídico a ser concluído<sup>20</sup>.

Ainda cogitando de contratos modernos em que há menor margem para negociação, deve-se considerar o chamado contrato compulsório<sup>21</sup>, caracterizado pela supressão da liberdade de uma das partes em celebrar o negócio jurídico. No direito brasileiro, a figura encontra expressa previsão no art. 73 da Lei n. 9.472/97<sup>22</sup> e na Resolução Conjunta n. 1/99 da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – e da Agência Nacional do Petróleo – ANP,<sup>23</sup> que obrigam o titular de infraestrutura de telecomunicações, energia elétrica ou petróleo a dividi-lo com outra empresa que seja concessionária de serviço público e pretenda utilizá-lo, com o objetivo de minimizar o impacto decorrente das instalações necessárias à satisfação das necessidades da comunidade<sup>24</sup>. Nesse caso, a interven-

manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica." (GOMES, Orlando, *Contratos*, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 109).

<sup>20</sup> Cf. PENNARRO, Gisella. *Principia fide argentina... ob. cit.*, p. 93, nota 281.

<sup>21</sup> A denominação contrato compulsório é empregada por Regis Fichner PEREIRA para definir precisamente as situações em que existe uma obrigação de contratar, tida para o autor como a "intervenção mais energética no princípio da liberdade de contratar." (*A responsabilidade de civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 103/104).

<sup>22</sup> "Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servídeos pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis."

<sup>23</sup> "Art. 4º O agente que explora serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, tem direito a compartilhar infra-estrutura de outro agente de qualquer desses setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, na forma deste Regulamento."

<sup>24</sup> Os objetivos da disciplina do compartilhamento de infra-estrutura podem ser observados a partir da leitura dos arts. 5º e 6º da Resolução Conjunta n. 1/99, in *verbis*: "Art. 5º O atendimento a parâmetros de qualidade, segurança e proteção ao meio ambiente estabelecidos pelos órgãos competentes, assim como de obrigações associadas às concessões, permissões ou autorizações outorgadas ou expedidas pelo Poder Concedente e de boas práticas internacionais para prestação dos respectivos serviços, não deve ser comprometido pelo compartilhamento. Art. 6º O compartilhamento de infra-estrutura entre os agentes dos setores de energia elétrica, telecomunicações e petróleo deve estimular a otimização de recursos, a redução de custos operacionais, além de outros benefícios aos usuários dos serviços prestados, atendendo à regulamentação específica de cada setor."

ção estatal obriga não só à conclusão do contrato, como também determina um conteúdo mínimo que, em decorrência de sua extensão, deixa pouco espaço ao poder de disposição dos contratantes<sup>35</sup>. Nos contratos compulsórios, não se pode falar em verdadeiras negociações, uma vez que uma das partes é estando, em realidade, obrigada a celebrá-lo. Não há, portanto, rompimento possível, ficando tal situação excluída da análise que terá lugar neste trabalho.

De qualquer forma, não se pode deixar de reconhecer que muitos dos contratos celebrados atualmente são precedidos por uma fase negociatória que, como visto, pode ser mais ou menos extensa. No curso de tais negociações, seja no mercado interno, seja no mercado externo, as partes praticam e documentam atos que podem ser dotados de eficácia jurídica própria, como, por exemplo, a oferta.

A variedade de figuras que coexistem ou podem coexistir durante as negociações têm dificultado a correta compreensão da disciplina jurídica do momento anterior à conclusão do contrato, tendo sido afirmado que seria impossível enquadrar o período em determinada categoria jurídica<sup>36</sup>. Realmente, o complexo período das negociações não pode ser compreendido a partir de uma única categoria jurídica, sendo mais adequado diferenciar os simples contatos que têm lugar no curso das negociações das figuras jurídicas que gozam de eficácia própria, de modo a identificar corretamente os regimes legais aplicáveis.

<sup>35</sup> Resolução conjunta n. 1/99: "Art. 20 O contrato de compartilhamento de infra-estrutura deverá dispor, essencialmente, sobre o seguinte: I – objeto; II – modo e forma de compartilhamento da infra-estrutura; III – direitos, garantias e obrigações das partes; IV – preços a serem cobrados e demais condições comerciais; V – formas de acerto de contas entre as partes; VI – condições de compartilhamento da infra-estrutura; VII – condições técnicas relativas à implementação, segurança dos serviços e das instalações; VIII – cláusula específica que garanta o cumprimento do disposto no art. 5º deste Regulamento; IX – proibição de sublocação da infra-estrutura ou de sua utilização para fins não previstos no contrato sem a prévia anuência do Detentor; X – multas e demais sanções; XI – foro e modo para solução extrajudicial das divergências contratuais; XII – prazos de implantação e de vigência; e XIII – condições de extinção."

<sup>36</sup> "Tais considerações apenas repetem as diferenças entre as negociações e contrato. Nem eles, nem quaisquer outras poderiam definir a natureza jurídica das negociações, pela simples razão de que elas não têm natureza jurídica definida: trata-se de elementos indeterminados material e juridicamente, e que não podem ser conceituados justamente porque lhes falta qualquer organicidade. [...] É antes de uma situação de fato do que de uma situação jurídica: mera ligação entre as intenções das partes de estabelecer contactos visando a formação de uma convenção e a confiança reciproca na honestidade de propósitos para que esse objetivo seja colimado." (CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. 2ª ed., São Paulo: Lejus, 1997, p. 70).

Nesse sentido, vale recorrer ao direito italiano, que, cuidando do momento anterior à conclusão do contrato, difere, no art. 1.337 do *Codice*<sup>37</sup>, o período das simples tratativas do da formação do contrato, distinção que, mais tarde, também foi adotada pelo Código Civil de Portugal, em seu art. 227, item 1<sup>38</sup>. A lição do direito estrangeiro, de que se cuidará a seguir, mostra-se extremamente útil para que o complexo período das negociações possa ser compreendido em seus devidos termos.

## 1.2. TRATATIVAS

No direito italiano, classicamente, as tratativas consistiriam nas negociações havidas pelas partes tendentes à celebração de contrato, cujos contornos essenciais já seriam do conhecimento de ambos os candidatos a contratante. O conceito poderia ser exemplificado pelas discussões havidas nos bazares do Oriente e nas feiras de camponeses, nas quais as partes lutariam para obter o maior proveito possível na conclusão do negócio jurídico contratual<sup>39</sup>, como a compra de uma especiaria ou de um alimento.

A evolução das trocas não permite que a noção exposta acima continue a ser adotada<sup>40</sup>. Trata-se de conceito que, embora seja essencialmente correto, peca por sua incompletude, uma vez que, na atualidade, as negociações têm início mesmo quando ainda não se tem em mente todos os contornos do negócio. Basta pensar, a título exemplificativo, na transferência de ativos de uma sociedade, o que pode ocorrer por meio de alienação do estabelecimento, incorporação ou cisão parcial. Nesse caso, no momento inicial das negociações, os candidatos a contratante podem considerar todas essas hipóteses, sem que, no entanto, qualquer delas seja desde logo definida.

<sup>37</sup> Art. 1.337. *Trattative e responsabilità precontrattuale.* – Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (c. 81, 1175, 1358, 1366, 1375)."

<sup>38</sup> Art. 227. 1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte."

<sup>39</sup> Tanto o conceito como as situações que o exemplificam são da autoria de REBERSKI, Enrico. *Dei contratti nella pratica commerciale*. Padova: Cedam, 1931, v. 1, pp. 161/162.

<sup>40</sup> Cf. RICHTER, Giorgio Stella. *La responsabilità precontrattuale*. Torino: UTET, 1996, p. 4.

Assim, deve-se utilizar um conceito mais amplo de tratativas, cuja função consiste não apenas em conferir às partes a possibilidade de verificar a respectiva conveniência em concluir o contrato, mas sobretudo em tornar possível a conciliação de interesses, o que se revela particularmente difícil nos contratos onerosos.<sup>31</sup>

No contexto atual, portanto, a caracterização das tratativas não está condicionada à existência de um contrato cujos termos principais já estejam definidos, englobando também as discussões a respeito do projeto de um futuro contrato. Tanto isso é verdade, que as tratativas não são vinculantes, faltando-lhes, em regra, não só a intenção de se obrigar, mas também os próprios elementos essenciais de qualquer negócio jurídico.<sup>32</sup> Nesse momento, deve-se frisar, há apenas a intenção de tratar, e não de se obrigar.<sup>33</sup>

Desse modo, para que sejam caracterizadas as tratativas, não há necessidade de que haja atos diretamente relacionados com a conclusão do contrato, cujos termos essenciais nem sequer precisam estar determinados, bastando que as partes discutam o projeto de um futuro e eventual negócio jurídico.<sup>34</sup> Aqui, principalmente, valoram-se os interesses dos candidatos a contratante, para que se possa projetar objetivamente um futuro contrato.<sup>35</sup>

Na fase das tratativas, portanto, as partes apresentam os aspectos que lhes interessam no conteúdo do negócio a celebrar, realizando estudos, viagens e

<sup>31</sup> Cf. MOSCO, Luigi. *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*. Napoli: Jovene, 1952, p. 101.

<sup>32</sup> Cf. MASSINETO, Francesco. *Il contratto in genere*. Milano: Giuffrè, 1973, t. 1, p. 297.

<sup>33</sup> Cf. CARRARA, Giovanni. *La formazione del contratto*. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1915, pp. 23.

<sup>34</sup> Nesse sentido, vale transcrever a lição de Giuseppe Grisi, perfeitamente adequada à atual realidade negocial, *in verbis*: "a trattativa, così intesa, non si sostanzia nel compimento di atti che si connotano, in relazione di causa ed effetto, ad una modificazione della realtà esterna al soggetto che li pone in essere in direzione del futuro contratto; le parti invece si prefiggono di conseguire un risultato che è principalmente interno alla loro rispettiva sfera psichica (l'esata rappresentazione dei possibili termini di un ipotetico accordo) e gli atti o le dichiarazioni rese possono tutt'al più influenzare la determinazione volitiva del partner, ma giammai produrre essi stessi alterazioni dello stato di fatto e di diritto preesistente, che siano direttamente ed immediatamente funzionali alla realizzazione del piano contrattuale. La trattativa non è, quindi, in diretto rapporto con il contratto, ma con l'attività volta a progettare i possibili contenuti e a valutare la compatibilità di essi con i rispettivi bisogni dei soggetti interessati". (*L'obbligo precontrattuale di informazione*. Napoli: Jovene Editore, 1990, p. 43).

<sup>35</sup> "Trattare è discutere, parlare, comunicare; è porsi consapevolmente in relazione con uno o più soggetti determinati; è scambio reciproco di idee e propositi e valutazione delle altrui pretese e/o ragioni, in ordine alla progettazione dell'affare di cui si sta trattando." (Grisi, Giuseppe. *L'obbligo...*, ob. cit., p. 46).

reuniões, destinados tanto ao esclarecimento pessoal como à delimitação inicial do programa contratual.

### 1.3. FORMAÇÃO DO CONTRATO

O período de formação do contrato pode ser qualificado como um estágio mais avançado das negociações, no qual as partes praticam atos relevantes que, por si só, podem produzir efeitos jurídicos, como as declarações de oferta e de aceitação, a opção, o contrato de preferência, o contrato preliminar, entre outros.<sup>36</sup> A fase de formação do contrato difere da fase das tratativas precisamente por contemplar atos com eficácia jurídica própria, ou seja, vinculantes.<sup>37</sup> Como decorrência do princípio da liberdade negocial, a fase de formação do contrato comporta diferentes tipos de figuras jurídicas, que, no entanto, podem ser agrupadas, de modo a facilitar sua compreensão.

Assim, como adiantado, pode haver declarações unilaterais de vontade, notadamente a oferta e a aceitação.<sup>38</sup> Além disso, as partes podem celebrar verdadeiros contratos que se inserem na formação de outros contratos. Nesse segundo caso, há uma hipótese de formação de contrato ainda mais complexa que, no entanto, já era conhecida no início do século XX, conforme denota estudo de CARNELUTTI, a respeito do tema,<sup>39</sup> datado de 1916. No direito francês,

<sup>36</sup> "Potremmo dire che la formazione del contratto esprime la dimensione dinamica e procedimentale del negozio nel suo progressivo divenire. In essa possono trovar posto atti prenegoziali – tali quali sono, ad esempio, la proposta e l'accettazione – e/o veri e propri negozi giuridici, quali l'opzione, il patto di prelazione, il contratto preliminare e, secondo alcuni, la proposta irrevocabile." (Grisi, Giuseppe. *L'obbligo...*, ob. cit., p. 48).

<sup>37</sup> Conclusivamente, Ricciuti afirma que: "a fase delle trattative è caratterizzata da atti privi di autonomia rilevanza e di propria qualificazione giuridica essendo essenzialmente diretta a cercare soluzione intesa a risolvere il conflitto dei contrastanti interessi, la fase di formazione del contratto è all'opposto costituita da una serie di atti che ricevono dall'ordinamento una qualificazione giuridica tipica, sia nel caso che abbiano semplice natura negoziale, sia nell'ipotesi che costituiscano invece veri e propri negozi giuridici." (*La responsabilità...*, ob. cit., p. 6).

<sup>38</sup> Orlando Gomes é enfático ao excluir tais atos do período das tratativas, denominadas por ele negociações preliminares, *literis*: "Sejam quais forem, porém, as consequências que se vinculam à frustração das negociações preliminares, não devem ser confundidas com a proposta e a aceitação. Estas não são meros atos preparatórios do contrato sem caráter vinculante, mas, sim, declarações de vontade capazes de formar a relação contratual." (Gomes, Orlando. *Contratos*, ob. cit., pp. 61/62).

<sup>39</sup> CARNELUTTI trata precisamente da formação do contrato por meio da celebração de vários instrumentos de natureza contratual, atribuindo especial ênfase ao contrato preliminar

a celebração de negócios jurídicos contratuais no curso das negociações é muito comum, recebendo o nome genérico de *avanti contrari*, precisamente por se colocarem cronologicamente em momento anterior ao nascimento da operação econômica pretendida<sup>40</sup>.

Todas essas figuras podem aparecer no período de formação do contrato sob diversas formas, como cartas, protocolos, memorandos ou minutas, que, de fato, são extremamente comuns na prática comercial, merecendo, por esse motivo, consideração em separado.

Assim, sumariamente delimitados os diferentes grupos de figuras jurídicas potencialmente presentes no curso da fase de formação do contrato, cumpridos analisá-los um pouco mais detidamente, explicando que determinados conflitos de interesses podem ser resolvidos considerando-se apenas a sua peculiar eficácia jurídica.

### 1.3.1. Declarações unilaterais de vontade

#### 1.3.1.1. Oferta

O novo Código Civil, a exemplo do antigo, inicia a seção a respeito da formação dos contratos disciplinando a oferta. A inserção da oferta nessa seção bem demonstra seu papel que consiste precisamente em levar à conclusão do contrato quando aceita<sup>41</sup>.

Por força do art. 427 do novo Código Civil, a oferta vincula o proponente, "se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso". Nesse sentido, toda oferta deve conter os elementos essenciais do tipo contratual, permitindo a formação do contrato caso haja aceitação pura e simples<sup>42</sup>. Assim, em regra, a oferta é vinculante, decorrendo

(Formazione progressiva del contratto in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, v. XIV, 2ª parte, Milano, Casa editrice dottor Francesco Vallardi, 1916, pp. 308/319).

<sup>40</sup> Cf. PICCARARO, Gisella. *Bona fide oggettiva*,... *ob. cit.*, p. 97.

<sup>41</sup> "O que se chama oferta é a primeira manifestação de vontade, a que se há de seguir a aceitação, para que se conclua o negócio jurídico bilateral. Também se costuma chamar pro-susar a composição do negócio jurídico bilateral." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalianti, *Tratado de direito privado*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. XXXVIII, pp. 262/7).

<sup>42</sup> Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubalino. *Comentários ao Código Civil*. Obra no prelo, pp. 112. É indispensável agradecer ao Professor Custódio da Piedade Ubalino MIRANDA,

de sua aceitação a formação do contrato, sem que seja necessária qualquer outra manifestação do aceitante, titular de um verdadeiro direito potestativo<sup>43</sup>. O direito brasileiro aceita expressamente a vinculação por força da declaração unilateral de vontade, não havendo sequer necessidade de se observar alguma tipicidade legal, como ocorria no direito romano<sup>44</sup>. Assim como ocorre com os contratos, o conteúdo das declarações unilaterais de vontade é livre, com a restrição de que, salvo exceção legal, pode apenas vincular o declarante, e não o declaratório<sup>45</sup>.

No regime do novo Código Civil, a oferta pode ser revogada antes ou simultaneamente à aceitação, acarretando, no entanto, obrigação reparatória para o ofertante pelos prejuízos causados ao destinatário por essa razão<sup>46</sup>. Comparando-se o direito brasileiro com o italiano, salta aos olhos o maior rigor do ordenamento nacional para com o ofertante. Isso porque, no direito

por ter cedido parte de seus comentários ao novo Código Civil, os quais, em breve, serão publicados em co-autoria com o Professor Antonio Junqueira de AZEVEDO, compando a coleção que vem sendo editada pela Saraiva sob a coordenação deste. A numeração das páginas indicadas toma como referência os originais fornecidos pelo autor.

<sup>43</sup> "Embora haja, no campo da prova, como é evidente, alguma dificuldade para caracterizar a oferta vinculante, pode-se dizer que tecnicamente o ofertante, por ato unilateral, cria, no patrimônio do oblatu, um direito expectativo, ou potestativo, de concluir o contrato." (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A boa fé na formação dos contratos in *Revista de Direito do Consumidor*, n. 3, São Paulo, 1992, p. 83).

<sup>44</sup> "Com certeza, sabemos que, apenas em duas hipóteses, a declaração unilateral de vontade cria, no direito romano, obrigação para o promittente: no *notum* e na *pollicitatio*. O *notum* era a promessa feita, por alguém, a uma divindade: [...] Quanto à *pollicitatio*, segundo a opinião ainda hoje dominante, era ela a declaração unilateral de vontade pela qual alguém prometia realizar obra (*facere opus*) para uma *ciuitas* (cidade), ou dar-lhe determinada quantia (*dare pecuniam*).". (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. II, pp. 242/243).

<sup>45</sup> "Auto-regramento da vontade, dito autonomia da vontade, tanto há de haver para os negócios jurídicos bilaterais quanto para os negócios jurídicos unilaterais. [...] Os negócios jurídicos unilaterais, em princípio, de modo nenhum atingem a esfera jurídica de terceiro, salvo para lhes dar direito, pretensão, ação ou exceção." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalianti. *Tratado de direito privado*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. XXXI, p. 7).

<sup>46</sup> Nesse sentido, DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3, p. 57. Essa orientação já se impunha durante a vigência do Código Civil de 1916: cf. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938, v. IV, p. 247; PEREIRA, Cato Mártio da Silva. *Instituições de direito civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. III, pp. 202/1; RODRIGUES, SILVIO. *Direito Civil*, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, v. III, pp. 67/68.

italiano, a caracterização da responsabilidade do ofertante pela revogação está condicionada ao início da execução do contrato de boa-fé pelo oblato, conforme dispõe o art. 1.328 do Código Civil de 1942<sup>47</sup>. Vale dizer: para que o ofertante seja responsabilizado no direito italiano, cumpre ao oblato demonstrar que, objetivamente, confiou na manutenção da oferta e na consequente celebração do contrato, tendo sofrido prejuízos por isso, orientação que já vinha sendo defendida por CHIRONI mesmo antes da edição do *Codice* atual<sup>48</sup>.

No direito civil brasileiro, no entanto, basta que a oferta seja revogada e que daí advenham prejuízos para o oblato, como os decorrentes da realização de providências tendentes à conclusão do contrato. Nesse sentido, há interessante julgado do Tribunal de Alçada do Paraná que, após diferenciar a oferta das tratativas, reconhece a existência de responsabilidade civil em decorrência da mera revogação, deixando de exigir qualquer outro requisito para tanto<sup>49</sup>.

A tutela conferida ao oblato é ainda mais forte no Código de Defesa do Consumidor, que, além de equiparar à oferta a publicidade suficientemente precisa, não admite a retratação do proponente, conforme se verifica da inter-

<sup>47</sup> Art. 1328. Revoca della proposta e dell'accettazione. – La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso (c. 782). Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto (c. 1337). L'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione (c. 1326, 1335)."

<sup>48</sup> "Il fatto de proporre, induce nella persona in cui è diretto la giusta supposizione che il proponente agisca con serietà (b. fede); perciò, se la revoca avvenuta in tempo utile impedisce la formazione del contratto, obbliga il revocante in colpa al risarcimento dei danni che l'altra parte ha sofferto, qualora prima di averne notizia avesse impressa l'esecuzione del contratto, oppure in vista di essa avesse tolto o non tolto impegni che altrimenti non avrebbe oppure stipulato." (*La colpa nel diritto civile odierno: colpa contrattuale*, 2ª ed., Torino: Fratelli Bocca, 1925, pp. 300/301).

<sup>49</sup> "Reparação do dano. Proprietária que majora o aluguel pelo qual anunciara a locação. Negócio que já havia ultrapassado a fase das tratativas prévias. Contrato não celebrado. Indenização pelos prejuízos demonstrados. Aplicação da regra do art. 1.080 do CC. Apelos desprovidos. Conforme estabelece o art. 1.080 do CC, a proposta obriga o proponente desde que as tratativas tenham ultrapassado a fase da negociação prévia. Assim, é devida a indenização pelo proponente por perdas e danos demonstrados, caso o contrato de locação não tenha sido celebrado ante a majoração do aluguel anunciado, após haver o interessado pago o valor da taxa cadastral junto à imobiliária, tomando por base o valor locativo anteriormente divulgado." (Ap. n. 2.655/88, 3ª Cam., r. Juiz Maranhão Loyola, j. 11.10.1988, *in RT* 637-173). O art. 427 do novo Código Civil reproduz textualmente o art. 1.080 do Código Civil de 1916.

pretação conjunta dos arts. 30<sup>50</sup>, 35, inc. I<sup>51</sup> e 39, inc. II<sup>52</sup>, do referido diploma legal, nas lições de Antonio Junqueira de AZEVEDO<sup>53</sup> e Alcides TOMASSETTI JR.<sup>54</sup>.

Com efeito, em se tratando de oferta regida pelo Código de Defesa do Consumidor, não é dado ao fornecedor recusar a contratação nas bases publicitadas<sup>55</sup>, podendo ainda ser obrigado a pagar perdas e danos, caso o contrato não obser-

<sup>50</sup> Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado."

<sup>51</sup> Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; [...]"

<sup>52</sup> Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços: [...] II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes [...]"

<sup>53</sup> "... [...] dada a informação, ou feita a publicidade, desde que 'suficientemente precisa', ou apresentada a oferta, o fornecedor cria um direito potestativo para o consumidor; este pode aceitar, ou não, o negócio que se propõe; o fornecedor está em pura situação de sujeição. Se houver aceitação pelo oblato, o contrato está concluído e o consumidor pode 'exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade' (art. 35, inciso I). Não há sequer possibilidade de retratação do proponente; sob esse aspecto, a solução do CDC é a mesma que o CC, no art. 1.514, prevê para a promessa de recompensa com prazo determinado: 'Se, porém, houver assinado prazo à execução da tarefa, entender-se-á que (o proponente) renuncia o arbítrio de retirar, durante ele, a oferta [referência ao Código Civil de 1916: o dispositivo corresponde ao art. 856 do novo Código Civil]' (Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum *in Revista de Direito do Consumidor*, n. 18, São Paulo, 1996, p. 30).

<sup>54</sup> Oferta contratual em mensagem publicitária – regime do direito comum e do código de proteção do consumidor *in Revista de Direito do Consumidor*, n. 4, São Paulo, 1992, pp. 241/253.

<sup>55</sup> "Eventual recusa ao cumprimento da oferta não deve ser resolvida, tradicionalmente, em perdas e danos. A rejeição deve sujeitar o fornecedor às medidas alternativas referidas no art. 35 do CDC, das quais se poderá valer o consumidor, inclusive observando as normas destinadas à execução específica da obrigação (art. 84 do CDC)." (CAVALHO SILVA, Jorge Alberto Quadros de. *Código de Defesa do Consumidor anotado*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109) (ênfase no original). No mesmo sentido: "[...] o fornecedor (ou proponente) fica impedido de recusar a venda, ao consumidor, do bem anunciado – nas bases constantes da informação tomado pública." (SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed., São Paulo: LTr, 1997, p. 286).



ve os termos do anúncio<sup>56</sup>, conforme recentemente decidido pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo<sup>57</sup>.

No direito brasileiro, portanto, a oferta tem regime jurídico próprio, decorrendo de sua aceitação a formação do contrato, e de sua revogação, quando possível, o dever de ressarcir os danos causados ao oblato. O recurso à disciplina da oferta permite resolver diversos conflitos de interesses no período da formação do contrato, sem que, a princípio, seja necessário recorrer a qualquer outro vetor decisório.

### 1.3.1.2. Aceitação

A aceitação consiste na declaração unilateral de vontade por meio da qual, concordando-se integralmente com os termos da proposta, forma-se o contrato<sup>58</sup>. Para que surja o contrato, a aceitação deve ser integral: caso contrário, implicará nova proposta, conforme dispõe o art. 431 do novo Código Civil<sup>59</sup>.

A aceitação pode ser expressa, tácita ou decorrer do silêncio<sup>60</sup>. Tanto a aceitação expressa como a tácita decorrem de comportamentos do oblato,

<sup>56</sup> “A regra do Código é ‘prometeu, cumpriu’. Mas, e se o fornecedor recusar o cumprimento da sua oferta ou publicidade? Ou se, ainda com o mesmo resultado, não tiver condições de cumprir o que prometeu? A resposta parcial está no art. 35: o consumidor pode escolher entre o cumprimento forçado da obrigação e a aceitação de outro bem de consumo. Caso o contrato já tenha sido firmado, sem contemplar integralmente o conteúdo da oferta ou publicidade, é lícito ao consumidor, ademais, exigir a sua rescisão, com restituição do já pago, mais perdas e danos.” (BENYAN, Antônio Hermann de Vasconcellos. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover...[et al]. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 153).

<sup>57</sup> “OBRIGAÇÃO DE FAZER – Cumprimento de anúncio veiculado em jornal. Compra e venda de bem móvel (motocicleta). Informações suficientemente precisas. Art. 30 do Código de Defesa do Consumidor. Irrelevância de não haver constado do anúncio o preço total da venda e o número de prestações. Recurso improvido.” (1ª TACIVSP. Ap. Civ. 00651/963-3/003, 9ª Cam. Esp., T. Juiz Arnildo Freire Marmora, j. 30.1.1996, in CARVALHO SILVA, Jorge Alberto Quadros de. *Código...*, *ob. cit.*, p. 109).

<sup>58</sup> CUNHA GONÇALVES define a aceitação precisamente como “a declaração do destinatário de uma proposta, dirigida ao proponente, de querer concluir o contrato conforme a mesma proposta.” (*Tratado de direito civil*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1958, v. IV, l. I, p. 410).

<sup>59</sup> “Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.”

<sup>60</sup> Nesse sentido e servindo de base para as considerações deste parágrafo: POMRES DE MIRANDA, Francisco Cavaliante. *Tratado...*, *ob. cit.*, t. XXXVIII, pp. 27/29.

demonstrando que aderiu aos termos da proposta. O silêncio, por sua vez, consiste precisamente na ausência de manifestação, razão pela qual não pode ser confundido com a aceitação tácita ou comportamental. A princípio, o silêncio significa discordância, de modo que somente se considerará concluído o contrato nesse caso quando houver dever de manifestação, o que, além dos casos em que exista expressa determinação legal, pode ocorrer por força dos costumes, nos termos do art. 432 do novo Código Civil<sup>61</sup>, como anota Custódio da Piedade Ubalino MIRANDA<sup>62</sup>. O recente Código Civil da província canadense de Quebec, editado em 1991, bem sintetiza a eficácia do silêncio, dispondo que somente pode ser tomado por aceitação quando houver dispositivo legal ou consensual nesse sentido, ou nos casos em que circunstâncias especiais, como os usos comerciais e o comportamento prévio das partes, indiquem esse sentido<sup>63</sup>. Sinteticamente, portanto, o silêncio somente pode ser tomado por aceitação quando houver dever de se pronunciar em sentido contrário, ou seja, quando, por força de lei, dos costumes ou do comportamento prévio das partes, a aceitação seja de se presumir, desde que a legislação não exija declaração de vontade expressa, como ressalva o art. 111 do novo Código Civil<sup>64</sup>.

Assim como a oferta, a aceitação também pode ser objeto de retratação, desde que não chegue ao conhecimento do ofertante, caso em que o contrato é considerado formado. Nesse sentido, é expresso o art. 433 do novo Código Civil<sup>65</sup>.

A aceitação consiste precisamente no último ato praticado no curso da formação do contrato, possibilitando sua conclusão. Como regra, a expedição da aceitação leva a concluir-se o contrato, havendo, no entanto, casos em que somente se considera concluído o negócio jurídico quando aquela tiver chegado ao conhecimento do proponente, como dispõe o art. 434, inc. II, do novo Código

<sup>61</sup> “Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.”

<sup>62</sup> Cf. *Comentários...*, *ob. cit.*, p. 40.

<sup>63</sup> “Art. 1394. Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu’il n’en résulte autrement de la volonté des parties, de la loi ou de circonstances particulières, tels les usages ou les relations d’affaires antérieures.”

<sup>64</sup> “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

<sup>65</sup> “Art. 433. Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.”

go Civil<sup>66</sup>, na lição de Custódio da Piedade Ubaldirio MIRANDA<sup>67</sup>. De qualquer forma, é importante salientar que a aceitação legalmente levada a efeito permite a conclusão do contrato, extinguindo-se a fase de formação do negócio jurídico contratual.

### 1.3.2. Contratos naturalmente inseridos no processo de formação de outros contratos

Há contratos que naturalmente fazem parte da formação de outros contratos, sendo elucidamente qualificados no direito francês como *avant contrats*. Tais contratos, de acordo com sua função, podem ser classificados em (i) preparatórios, (ii) temporários ou (iii) parciais<sup>68</sup>.

Deve-se notar, desde logo, que, embora funcionalmente distinguíveis, tais contratos, no plano prático, não raro aparecem num mesmo instrumento, podendo formar, inclusive, um contrato complexo. Assim, a divisão funcional tem por exclusivo escopo facilitar a compreensão das figuras e respectivas eficácias jurídicas a seguir indicadas, sabendo-se, desde logo, que a presença de uma não exclui necessariamente a das demais.

#### 1.3.2.1. Contratos preparatórios

Preparatórios são os contratos que têm por função auxiliar a formação do contrato futuro, sem cuidar com mais detalhe de seu conteúdo, todavia. Enquadram-se nessa categoria o contrato de princípio, o contrato de preferência e o contrato quadro<sup>69</sup>.

##### 1.3.2.1.1. Contrato de princípio

O contrato de princípio obriga as partes a negociar um futuro contrato<sup>70</sup>, sem estabelecer as cláusulas principais ou acessórias da avença projetada.

<sup>66</sup> "Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: [...] II – se o proponente se houver comprometido a esperar resposta."

<sup>67</sup> Cf. *Comentários*,... *ob. cit.*, pp. 16, 18 e 45/46.

<sup>68</sup> Cf. PIGNARARO, Gisella. *Buona fede oggettiva*,... *ob. cit.*, p. 97.

<sup>69</sup> Cf. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Responsabilidade*,... p. 47; *cf.* também, discutindo com

maior profundidade o conteúdo típico do contrato de princípio, LEROUX, Brigitte. *La bonne foi dans la formation du contrat*. Québec: Les Éditions Yvon Blais Inc., 1998, pp. 129/132.

Trata-se de figura que costuma surgir em contratos complexos e de execução sucessiva, nos quais as partes podem obrigar-se a negociar sua renovação<sup>71</sup>.

É interessante notar que a obrigaçãõ de negociar pode até mesmo se referir à própria execução do contrato. Trata-se da *clause d'imprevision* ou *hartschip*, por meio da qual as partes obrigam-se a renegociar o contrato em caso de alteração imprevisita das circunstâncias econômicas<sup>72</sup>. Como denota seu próprio nome, a cláusula de imprevisão costuma vir inserida no próprio contrato, o que não significa, entretanto, que possa vir prevista em apartado, ou seja, como contrato autônomo.

A função do contrato de princípio esgota-se na criação da obrigaçãõ de negociar. Trata-se, portanto, de contrato tipicamente preparatório, auxiliando na formaçãõ do futuro negócio jurídico, sem, no entanto, dispor a respeito de suas cláusulas ou mesmo regular o período das negociações.

##### 1.3.2.1.2. Contrato de preferência

O contrato de preferência confere a determinada pessoa o direito de, em igualdade de condições, preferir a terceiros na futura celebração de determinado contrato. A preferência pode surgir por meio de declaração de vontade nesse sentido ou por força de lei, conforme se verifica, a título exemplificativo, nos arts. 504<sup>73</sup>, 519<sup>74</sup>, 1.322<sup>75</sup> e 1.338<sup>76</sup> do novo

<sup>71</sup> Cf. PIGNARARO, Gisella. *Buona fede oggettiva*,... *ob. cit.*, p. 98.

<sup>72</sup> Cf. PIGNARARO, Gisella. *Buona fede oggettiva*,... *ob. cit.*, p. 100. A autora italiana, no entanto, qualifica a cláusula de imprevisão na categoria dos contratos parciais, entendidos como aqueles que, sucessivamente, vão compondo o contrato definitivo. A solução, todavia, não parece mais adequada, visto que a cláusula de imprevisão somente obriga as partes a negociar, sem, no entanto, estabelecer qualquer das cláusulas do contrato futuro, elemento essencial para que se cogite de contrato parcial.

<sup>73</sup> "Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quiser, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de 180 dias, sob pena de decadência."

<sup>74</sup> "Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa."

<sup>75</sup> "Art. 1.322. Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que viver na coisa benfiteiros mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior."

<sup>76</sup> "Art. 1.338. Resolvendo o condômino alugar área no abrigo para veículos, preferir-se-á, em condições iguais, qualquer dos condôminos a estranhos, e, entre todos, os possuidores."



Código Civil e nos arts. 277<sup>77</sup> e 337<sup>78</sup> da Lei n. 8.245/91, que rege as locações urbanas.

Nada obsta que essa categoria negocial decorra de uma declaração unilateral de vontade, podendo-se pensar numa promessa de recompensa cujo prêmio seja precisamente a outorga de direito de preferência ao vencedor<sup>79</sup>. Tratando do direito de preferência voluntário, no entanto, o mais comum é que advinha de uma declaração bilateral de vontade, como admite expressamente o novo Código Civil ao cuidar das cláusulas especiais ao contrato de compra e venda em seus arts. 513<sup>80</sup> e seguintes, o que não significa, em absoluto, que a figura não possa estar relacionada a outros contratos.

A preferência costuma vir inserida em outros instrumentos contratuais, o que, de modo algum, impede sua pactuação em instrumento autônomo, hipótese examinada neste momento. O contrato de preferência não se confunde com o contrato preliminar, pois confere desde logo ao seu titular o direito de, em caso de futura celebração de contrato, preferir a terceiros<sup>81</sup>. A celebração do contrato futuro consiste no mero exercício do direito de preferência, cujo objeto não é o próprio contrato futuro, como ocorre no contrato preliminar, mas sim o poder de, em igualdade de condições, celebrá-lo na frente de quem quer que seja.

O contrato de preferência é muito semelhante ao de opção, com a diferença de que, no segundo caso, não é necessário qualquer ato do promitente

<sup>77</sup> Art. 27 No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

<sup>78</sup> Art. 33. O locatário preferido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no Cartório de Imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

<sup>79</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, *ob. cit.*, l. XXXVIII, pp. 383/384.

<sup>80</sup> Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de preferência na compra, tanto por tanto.

<sup>81</sup> Em todos [factos de preferência] há, como efeito, o direito formativo gerador, cujo exercício nasce ao querer o outorgante alienar o bem e estar em via de aliená-lo. Não é o direito que nasce nesse momento. O direito formativo gerador já nasceu. O que está em suspenso é o seu exercício. Esse exercício é que está condicionado. O direito é a ficar à frente de qualquer interessado em adquirir o bem: preferir. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, *ob. cit.*, l. XXXVIII, p. 383) (colchetes nossos).

para que surja o novo contrato, ao passo que, no primeiro, o exercício do direito fica condicionado à declaração de vontade deste de concluir um novo contrato<sup>82</sup>.

Note-se que o contrato de preferência possui eficácia própria, visto que confere a uma das partes a possibilidade de preferir a quem quer que seja na celebração de um futuro contrato. Naturalmente, o direito de preferência insere-se no processo de negociação de um futuro contrato, dado que, a despeito de sua existência, o terceiro sempre poderá celebrar o contrato futuro caso se proponha a fazê-lo em melhores condições, objetivamente avaliáveis.

### 1.3.2.1.3. Contrato quadro

O contrato quadro serve para definir as cláusulas de sucessivos contratos que serão negociados. Trata-se de figura que auxilia na rápida conclusão dos negócios jurídicos, evitando custos excessivos com o período de negociação. Apresenta conteúdo extremamente variável, aparecendo principalmente em matéria comercial, entre parceiros negociais que se propõem a concluir rapidamente um grande número de contratos<sup>83</sup>.

As cláusulas do contrato quadro, portanto, compõem diversos outros contratos, sem que seja necessário discuti-las novamente. O contrato quadro pode ser melhor compreendido a partir de sua comparação com o contrato preliminar. De fato, enquanto o contrato preliminar deve, conforme dispõe o art. 462 do novo Código Civil, possuir todos os requisitos essenciais do contrato definitivo, o contrato quadro caracteriza-se justamente por não possuir todos esses requisitos, servindo apenas para deixar firmado o consenso das partes a respeito de determinadas cláusulas.

No contrato quadro, portanto as partes obrigam-se apenas a respeitar determinadas cláusulas, caso cheguem a uma composição a respeito de outros pontos de negócios jurídicos mais específicos. Por essa razão, o contrato quadro não comporta execução específica, sendo mesmo ineficaz enquanto não houver

<sup>82</sup> "O direito formativo gerador, nas preferências, só se exerce se há a situação prevista de concorrência, ainda se somente possível, de oferentes ou de aceitantes. No direito de opção, abstrai-se disso: não importa se o outorgante vai alienar, ou contratar, ou não vai; nem se há interessados que dêem maior preço, ou ofereçam o mesmo preço em melhores cláusulas." (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, *ob. cit.*, l. XXXVIII, p. 383).

<sup>83</sup> Cf. PIGNARARO, Gisella. *Buona fede oggettiva...*, *ob. cit.*, p. 98; cf. também ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. *Responsabilidade...*, *ob. cit.*, p. 47.

consenso relativo aos pontos restantes e necessários para a conclusão do contrato inicialmente imaginado.

A título exemplificativo, pode-se pensar num contrato quadro firmado entre parceiros comerciais que pretendem celebrar diversos contratos de compra e venda de diferentes tipos de grãos, estabelecendo a forma e o local de pagamento sem que, no entanto, seja estipulado qualquer valor ou mesmo sejam especificadas as quantidades a serem adquiridas. Referido contrato, como apontado, não comporta execução específica, pois não apresenta os elementos essenciais à compra e venda. Sua utilidade reside precisamente no fato de que, quando forem celebrados os diversos contratos de compra e venda, a forma e o local de pagamento já estarão definidos.

### 1.3.2.2. Contratos temporários

Os contratos temporários têm por função criar obrigações que vinculam as partes somente no período anterior à conclusão do contrato definitivo. São encontrados, sobretudo, nos acordos industriais, como, por exemplo, no desenvolvimento da operação de transferência de tecnologia, na qual é muito comum estipular a obrigação de confidencialidade<sup>84</sup>. Além disso, também é bastante comum se estabelecer que as negociações terão caráter exclusivo, ou seja, que não haverá outros candidatos a contratar, ao menos durante determinado período, bem como disciplinar a responsabilidade com os gastos havidos com estudos e pesquisas destinados à celebração de um contrato futuro.

Diferentemente do que ocorre com os contratos preparatórios, os contratos temporários não apresentam uma tipologia bem definida, o que, muito provavelmente, decorre do fato de, em geral, não surgirem como estipulação autônoma, embora não haja qualquer proibição nesse sentido. Isso porque, em termos práticos, mostra-se mais razoável que as partes, por meio de um único contrato, obriguem-se a negociar, disciplinem as responsabilidades do período das negociações e, ainda, estabeleçam algumas cláusulas do futuro contrato, combinando assim os contratos temporário, de princípio e parcial, do qual se cuidará a seguir.

Funcionalmente, no entanto, os contratos temporários gozam de perfeita autonomia, na medida em que têm como objetivo exclusivo disciplinar o período das negociações, não havendo preocupação manifesta com a celebração ou com as futuras cláusulas do contrato, o que permite diferenciá-los dos contratos preparatórios e dos parciais.

<sup>84</sup> Cf. PIGNARARO, Gisella. *Bonum fidei oggettiva...*, ob. cit., p. 99.

### 1.3.2.3. Contratos parciais

Os contratos parciais propiciam a formação de determinado contrato definitivo em estágios sucessivos, cujas cláusulas, assim, vão sendo paulatinamente estabelecidas, situação especialmente considerada por CARNELUTTI em seu clássico estudo sobre a formação do contrato, anteriormente mencionado<sup>85</sup>. Para que um contrato possa ser considerado parcial, portanto, deve conter pelo menos uma cláusula do contrato definitivo a ser futuramente formado.

Note-se que o contrato parcial difere do contrato quadro devido à determinação do contrato futuro. Com efeito, enquanto o contrato quadro auxilia na conclusão de negócios jurídicos ainda não determinados, o contrato parcial contém estipulação referida a um futuro contrato específico. Nesse sentido, o contrato parcial guarda maior relação funcional com o contrato definitivo, pois influi mais decisivamente em sua formação, o que autoriza sua classificação em separado.

Podem-se distinguir os contratos parciais considerando sua eficácia<sup>86</sup>. Numa primeira hipótese, a eficácia do contrato parcial fica sujeita à concordância a respeito de todos os pontos faltantes. Além disso, pode-se convencionar que a concordância com relação a alguns pontos faz presumir a dos demais, o que, no fundo, não deixa de ser um desdobramento da primeira hipótese. Nesses casos, ou se formou o contrato definitivo, ou o contrato parcial não gerou qualquer efeito.

Tais contratos parciais atendem a um duplo objetivo prático. De um lado, permitem que as partes não estejam vinculadas até chegarem a um consenso com relação a todos os pontos, ficando mantida assim a liberdade de tratar. De outro, tornam irretiráveis as declarações atinentes a alguns pontos, ficando contratada desde logo que, caso seja atingido o consenso com relação aos pontos faltantes, estará formado o contrato, sem necessidade de qualquer outra declaração e sem possibilidade de serem unilateralmente modificadas as precedentes<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> Formazione progressiva del contratto, ob. cit., p. 317.

<sup>86</sup> A classificação feita a seguir parte das lições de Gisella PIGNARARO (*Bonum fidei oggettiva...*, ob. cit., pp. 99/100).

<sup>87</sup> Essa a lição de Giuseppe TAMBURO: "Trattando dello scopo pratico tenuto presente dalle parti, si è messo in luce la duplice finalità cui le medesime mirano: da un lato la libertà delle ulteriori trattative e la eventualità della conclusione del contratto definitivo, dall'altro la ferma ed irrevocabile fissazione attuale delle clausole, dei punti o delle parti del contenuto contrattuale su cui si è raggiunto l'accordo, di modo che in ordine a dette clausole, punti o parti non è necessaria la manifestazione di alcun'altra volontà: se il contratto si concluderà.

Dentre os contratos parciais, merece destaque o contrato preliminar, que, pela sua importância, deve ser tratado de maneira mais pormenorizada. Além disso, também cumpre ter algumas considerações específicas sobre o contrato de opção, que, embora não se enquadre precisamente na categoria dos contratos parciais, dela muito se aproxima.

### 1.3.2.3.1. Contrato preliminar

O contrato preliminar tem por objeto a conclusão de um outro contrato, chamado de definitivo<sup>88</sup>. No mundo negocial, o contrato preliminar revela-se como instrumento de grande utilidade, permitindo às partes definir os termos do negócio a ser celebrado sem que, no entanto, estejam obrigadas a dar pronto início à sua execução<sup>89</sup>.

Como anota Custódio da Piedade Ubalino MIRANDA, em seus comentários ao novo Código Civil ainda não publicados, há várias razões para que a celebração do contrato definitivo seja precedida pela do preliminar, a saber: (i) falta da disponibilidade do numerário; (ii) falta dos documentos necessários;

esse entenderam senz'altro a far parte del medesimo". (*I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*. Milano: Giuffrè, 1954, pp. 104/105).

<sup>88</sup> Vale conferir a interessante definição de PONTES DE MIRANDA, *in verbis*: "Contrato preliminar, ou melhor, pré-contrato (*Vorvertrag*, nome proposto por H. Thöl), *patrim de conteúdo*, entende-se o contrato pelo qual uma das partes, ou ambas, ou todas, no caso de pluralidade subjetiva, se obrigam a concluir outro negócio jurídico, dito *negócio principal*, ou *contrato principal*. A nossa definição corrige o erro de outras definições, que, aludindo a contrato principal, excluem o contrato preliminar para as declarações unilaterais de vontade. Não é contrato preliminar o que apenas estipula certa forma especial, ou certo estado de preços, ou qualidades. Mas é contrato preliminar o em que se promete a alguém contratar com terceiro. O que é essencial à noção de pré-contrato é que se obriga alguém a concluir contrato ou outro negócio jurídico." (*Tratado de direito privado*, 4<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. XIII, p. 30).

<sup>89</sup> "Com o contrato-promessa, na verdade, as partes não se obrigam simplesmente a prosseguir nas negociações (permanecendo firmes os eventuais acordos já alcançados), mas obrigam-se, sem mais, a concluir um contrato com um certo conteúdo. A peculiaridade de tal instrumento jurídico é justamente esta: as partes já definiram os termos essenciais da operação econômica que tentavam realizar [...] mas não querem passar de imediato a actua-la juridicamente, não querem concluir, desde já, o contrato. produtor dos efeitos jurídico-econômicos próprios da operação; preferem reter a produção de tais efeitos para um momento subsequente, mas, ao mesmo tempo, desejam a certeza de que estes efeitos se produzirão no tempo oportuno, e por isso não aceitam deixar o futuro cumprimento da operação à boa vontade, ao sentido ético, à correção recíproca, fazendo-a, ao invés, desde logo matéria de um vínculo jurídico." (ROPPA, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 102/103).

(iii) falta de consentimento ou autorização de terceiros; (iv) inexistência atual da coisa; (v) complexidade da operação econômica, por exemplo, a aquisição de estabelecimento comercial, que exige a verificação da dívidas, balanços, inventários, avaliações de estoque etc.<sup>90</sup>. Por meio do contrato preliminar, as partes projetam outro contrato porque ainda não entendem convenientemente definir integralmente o regime contratual nem deixá-lo a seu exclusivo arbítrio<sup>91</sup>.

O Código Civil de 1916 não cuidava expressamente do contrato preliminar como categoria geral, o que não significa, entretanto, que houvesse óbice para a admissão da figura com fundamento no princípio da autonomia da vontade. Além disso, segundo Clóvis BEVILÁQUA, o contrato preliminar encontraria expresso abrigo na art. 1.088 do referido diploma legal<sup>92</sup>, conferindo-se o direito de ressarcimento em caso de não-cumprimento de promessa de escritura pública<sup>93</sup>.

Durante o longo período de vigência do Código Civil de 1916, muito se discutiu a respeito dos requisitos necessários para a configuração do contrato preliminar. Julgando caso tido por paradigmático, o Ministro José Carlos MOREIRA ALVES partiu da lição do direito estrangeiro para sintetizar a contravérsia a respeito do tema, identificando três correntes doutrinárias<sup>94</sup>. De acordo com a primeira corrente, somente há contrato preliminar quando todos os elementos do contrato definitivo estejam presentes, sejam essenciais, sejam acidentais. Para a segunda corrente, o contrato preliminar perfaz-se quando há concordância sobre todos os elementos essenciais, a não ser que as partes reservem-se o direito de discutir os acidentais. Já para a terceira corrente, o contrato preliminar reputa-se celebrado quando as partes acordam sobre os pontos essenciais, cabendo ao juiz determinar o restante regime contratual a partir da natureza do negócio, ainda que haja cláusula permitindo que as partes continuem negociando sobre os pontos acidentais.

<sup>90</sup> Cf. *Comentários*,... p. 147.

<sup>91</sup> Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubalino. *Comentários*,... *ob. cit.*, pp. 146/147.

<sup>92</sup> "Art. 1.088. Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrendimento, sem prejuízo do estatuido nos arts. 1.095 a 1.097."

<sup>93</sup> "Enquanto não for assinado o instrumento público, as partes podem arrender-se, porque, sem essa forma, o acto não tem existência jurídica. Se, porém, havia promessa de lavrar a escritura, constante de um contrato preliminar, o não cumprimento dela acarreta responsabilidade por perdas e danos, como acontece em toda obrigação de fazer não cumprida por culpa do devedor (art. 879)." (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 5<sup>a</sup> ed., São Paulo: Francisco Alves, 1938, v. IV, pp. 257/258).

<sup>94</sup> RE n. 88-716-RJ, 2<sup>a</sup> T., r. Min. Marcia Alves, j. 11.9.1979, in RTJ 92:281.

Aplicando o art. 191 do Código Comercial de 1850<sup>95</sup> com foros de generalidade, o Ministro MOREIRA ALVES concluiu que, no direito comercial brasileiro, somente se poderia cogitar de contrato preliminar se todos os elementos do contrato já tivessem sido estipulados, sejam essenciais, naturais ou acidentais, adotando-se assim a primeira corrente, mencionada no parágrafo anterior<sup>96</sup>. Nesse sentido, afirmou o Ministro MOREIRA ALVES que eventuais acordos obtidos no curso das negociações somente poderiam ter por efeito tornar irretratáveis os pontos convenencionados, sem que, no entanto, seja possível cogitar de contrato preliminar ou definitivo, enquanto houvesse alguma cláusula em discussão<sup>97</sup>. Simpletamente, portanto, o direito brasileiro não admitiria que o juiz substituisse as partes, determinando o regramento sobre aspectos ainda não convenencionados em sua integralidade<sup>98</sup>.

De acordo com o aresto do Supremo Tribunal Federal, vigoraria no direito brasileiro o princípio da identidade entre contrato preliminar e contrato definitivo, o que, como bem anota o Professor Alcides TOMASETTI JR. em sua tese de doutorado, acaba por esvaziar a finalidade prática da contratação preliminar, que consiste precisamente em diferir a definição integral do conteúdo da avença para momento posterior<sup>99</sup>. De fato, como bem salienta o jurista, os contratos preliminares existem justamente para assegurar às partes a introdução diferenciada do regramento contratual, determinando desde logo sua conformação básica, a ser definida por meio de um segundo contrato, cuja conclusão está vinculativamente prevista no primeiro<sup>100</sup>.

<sup>95</sup> Art. 191. O contrato de compra e venda mercantil é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordam na coisa, no preço e nas condições; e desde esse momento nenhuma das partes pode arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a coisa se não ache entregue nem o preço pago. Fica entendido que nas vendas condicionais não se repeta o contrato perfeito se não depois de verificada a condição (art. 127). É unicamente considerada mercantil a compra e venda de efeitos móveis ou semovíveis, para os revender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados; ou para alugar o seu uso; compreendendo-se na classe dos primeiros a moeda metálica e o papel moeda, títulos de fundos públicos, ações de companhias e papéis de crédito comerciais, contanto que nas referidas transações o comprador ou vendedor seja comerciante."

<sup>96</sup> "[...] no Direito Comercial brasileiro, só se forma o vínculo contratual (preliminar ou definitivo), quando as partes chegam a acordo sobre todas as cláusulas que devem constar do contrato, sejam elas relativas aos denominados elementos essenciais, sejam elas referentes aos chamados elementos acidentais, ambos objetivamente considerados." (RTJ 92:290).

<sup>97</sup> Cf. RTJ 92:290.

<sup>98</sup> Cf. RTJ 92:290.

<sup>99</sup> Execução do contrato preliminar. São Paulo, 1982, p. 44. Tese.

<sup>100</sup> Cf. Execução..., *ob. cit.*, p. 9.

Após analisar detidamente o julgado do Pretório Excelso, o Professor Custódio da Piedade Ubalдино MIRANDA conclui que a posição então adotada pelo Ministro MOREIRA ALVES não encontra abrigo no regime inaugurado pelo novo Código Civil<sup>101</sup>, sendo mesmo natural que, ao celebrarem o contrato preliminar, as partes deixem para momento posterior a fixação de determinados pontos, embora já estabeleçam os critérios que serão utilizados para completá-los<sup>102</sup>. Realmente, o novo Código Civil, em seu art. 462<sup>103</sup>, dispõe que o contrato preliminar deve conter todos os requisitos essenciais do contrato definitivo, exceção feita à forma, sem que seja imprescindível a coincidência integral entre ambos<sup>104</sup>. Assim, veda-se apenas que a reserva de complementação vá tão longe a ponto de versar sobre um elemento essencial do contrato<sup>105</sup>.

Anota MIRANDA, entretanto, que o novo Código Civil teria andado melhor se, ao invés da menção genérica a requisitos, tivesse se referido a elementos e requisitos, os primeiros relacionados à existência e os últimos à validade do negócio jurídico<sup>106</sup>. Prosseguindo em seu raciocínio, assevera que os elementos de existência são (i) a declaração de vontade, (ii) o conteúdo e (iii) a forma, e os requisitos de validade, (i) a capacidade dos agentes, (ii) a licitude do conteúdo e (iii) a observância da forma prescrita em lei, caso não seja deferida a forma livre<sup>107</sup>. Ao final, salienta que também são necessários os pressupostos de todo e qualquer negócio jurídico, quais sejam: (i) sujeito e (ii) objeto da declaração<sup>108</sup>.

Concluindo, o art. 462 do novo Código Civil exige apenas que o contrato preliminar contenha os elementos e requisitos essenciais do contrato definitivo, devendo-se acrescentar que os elementos naturais do negócio jurídico, supletivamente estabelecidos na legislação, integram o conteúdo da avença

<sup>101</sup> Cf. Comentários..., *ob. cit.*, p. 171.

<sup>102</sup> Cf. Comentários..., *ob. cit.*, p. 172.

<sup>103</sup> Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.

<sup>104</sup> "Quer isso dizer que não há nenhuma exigência legal para que o contrato definitivo coincida integralmente, no seu conteúdo, com o contrato preliminar, o que este não pode deixar de ter são os requisitos (de validade) e consequentemente os elementos (de existência) do contrato definitivo [...]". (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubalдино. Comentários..., *ob. cit.*, p. 161).

<sup>105</sup> Cf. Comentários..., *ob. cit.*, p. 174.

<sup>106</sup> Cf. Comentários..., *ob. cit.*, pp. 153/154.

<sup>107</sup> Cf. Comentários..., *ob. cit.*, p. 157.

<sup>108</sup> Cf. Comentários..., *ob. cit.*, p. 157.

definitiva, ainda que não haja expressa previsão nesse sentido<sup>109</sup>. Desse modo, o contrato preliminar permite identificar o tipo do contrato definitivo<sup>110</sup>, embora com ele não se confunda necessariamente.

O direito de se exigir o cumprimento do contrato definitivo está condicionado à inexistência de cláusula de arrependimento, nos termos do art. 463 do novo Código Civil<sup>111</sup>. Além disso, de acordo com o art. 464 do novo Código Civil<sup>112</sup>, a natureza da obrigação não pode excluir a possibilidade de execução específica, como ocorre, por exemplo, nos contratos reais, os quais exigem a tradição da coisa para seu aperfeiçoamento<sup>113</sup>. Caso a execução específica não seja possível, resta ao prejudicado a tutela indenizatória, de acordo com o art. 465 desse mesmo diploma legal<sup>114</sup>, desde que esteja configurado o não-cumprimento da obrigação de celebrar o contrato definitivo.

O problema fundamental diz respeito aos limites da relação necessária entre o conteúdo do contrato preliminar e o do definitivo<sup>115</sup>, surgindo as principais divergências quando há largo espectro de reserva de complementação, ou seja, quando há vários pontos no contrato preliminar que somente poderão ser preenchidos com a celebração da avença definitiva<sup>116</sup>. Isso, no entanto, extrapola os limites desta obra, voltada à determinação do regramento da responsabilidade pela ruptura das negociações. Nesse momento, importa apenas precisar que o contrato preliminar pode surgir nas negociações, tendo eficácia própria, qual seja, a de formação coativa do contrato definitivo, ou a de gerar o dever reparatório quando isso não seja possível.

Deve-se notar, ainda, que o contrato preliminar pode apresentar qualquer uma das eficácias possíveis para os contratos parciais, dependendo das cláusulas

<sup>109</sup> Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. *Comentários*.... *ob. cit.*, pp. 161 e 173.

<sup>110</sup> Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. *Comentários*.... *ob. cit.*, p. 155.

<sup>111</sup> "Art. 463. Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive. Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente."

<sup>112</sup> "Art. 464. Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação."

<sup>113</sup> Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. *Comentários*.... *ob. cit.*, pp. 175/176.

<sup>114</sup> "Art. 465. Se o estipulante não der execução ao contrato preliminar, poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos."

<sup>115</sup> Cf. MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. *Comentários*.... *ob. cit.*, p. 151

<sup>116</sup> Cf. TOMASETTI JR., Alcides. *Execução*.... *ob. cit.*, p. 40.

que nele se incluam. De fato, o contrato preliminar pode condicionar sua eficácia à formação do consenso com relação a todos ou a alguns pontos, ou ainda, como exposto, comportar execução específica. A nota característica do contrato preliminar, que permite diferenciá-lo dos demais contratos parciais, consiste justamente em sempre possuir todos os elementos e requisitos essenciais ao contrato definitivo.

Assim, o descumprimento do contrato preliminar comporta uma tutela própria, que não se identifica com aquela decorrente da ruptura das negociações, como será exposto mais adiante. Realmente, as negociações não se confundem com o contrato preliminar, que, em função de seu caráter vinculativo, identifica com precisão o encerramento daquelas nos pontos nele disciplinados<sup>117</sup>. A afirmação é extremamente importante e deve ser lembrada, evitando-se construções equivocadas, como já ocorreu na jurisprudência nacional<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> "Pode-se dizer que não se sai do campo das negociações enquanto não haja acordo, mas uma vez eleito este, já se superou a fase das tratativas, todos os entendimentos são absorvidos pelo acordo alcançado e quaisquer elementos a serem determinados por critérios estabelecidos não influem de modo algum na sua existência, antes, são o índice seguro de que foram objeto de acordo. O que interessa, no domínio do direito atual, e em vista do art. 462, é saber se os acordos alcançados no contrato preliminar o foram quanto aos elementos essenciais – e apenas estes – do contrato definitivo, tanto bastando para que aquele exista como tal e para que o instrumento que o corporifica seja qualificado como contrato preliminar e não como simples minuta ou punctuação." (MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldo. *Comentários*.... *ob. cit.*, p. 172).

<sup>118</sup> Veja-se, por exemplo, acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, contrariando a melhor técnica, afirma que somente se pode cogitar de responsabilidade pré-contratual quando das negociações estejam concluídas, ou seja, quando já houver contrato, o que, partindo da linha de raciocínio sugerida nesta obra, carece de sentido. A transcrição da ementa do julgador é elucidativa. *lituris*: "Como a responsabilidade pré-contratual não é contemplada explicitamente pelo legislador, o juiz, para reconhecê-la, há de convencer-se de que a fase de negociações encontrava-se inquestionavelmente concluída, em toda sua amplitude e abarcando os pormenores, tudo sob pena de se dar às negociações preliminares maior força do que aquela dimanada do contrato." (Ap. n. 29.880-2, 10ª Câm. Civ., r. Des. Prado Rossi, j. 5.10.1982, in RT 574:109). Até mesmo o Supremo Tribunal Federal tratou o tema da responsabilidade pela inexecução do contrato preliminar sob a rubrica de responsabilidade pré-contratual, tendo sido citada, de modo incorreto, a lição de Orlando Gomes, exclusivamente referente à ruptura das negociações. (RE n. 87.778-RJ, 2ª T., r. Min. Djaci Falcão, j. 28.3.1978, in RTJ 86:331).



### 1.3.2.3.2. Opção

A opção consiste em verdadeiro contrato<sup>119</sup>, tendo por objeto a outorga a uma das partes do poder de concluir um outro contrato<sup>120</sup>. A opção tem os mesmos efeitos que a proposta irrevogável, diferenciando-se pela sua origem bilateral, e encontra no direito societário seu principal campo de atuação.

No contrato de opção, figuram como partes, de um lado, o promitente, que se obriga a celebrar o contrato futuro nas condições previamente ajustadas, e, de outro, o promissário, que, no momento combinado, pode, com sua declaração de vontade, fazer surgir o referido contrato.

A natureza jurídica do contrato de opção suscitou acesa polémica na doutrina, notadamente devido à sua inerente relação com o contrato futuro<sup>121</sup>. Sustentou-se que a opção se confundiria com o próprio contrato futuro, cuja

<sup>119</sup> A melhor doutrina italiana parece se posicionar unanimemente nesse sentido: TAMIRIANO, Giuseppe. *Patto d'opzione in Novissimo digesto italiano*. Torino: UTET, 1965, v. XII, pp. 721/127; GENOVESE, Anteo. *Il contratto di opzione, nuovo strumento per la formazione dei contratti in Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, 1ª parte, Milano, Casa editrice dottor Francesco Vallardi, 1965, pp. 163/192; MISSIRO, Francesco. *Il contratto in genere, ob. cit.*, p. 480 e ss.; CESARO, Ernesto. *Il contratto e l'opzione Napoli*. Jovene, 1969, pp. 48/60 e Opzione nel contratto in *Enciclopedia del Diritto*, v. XXX, Milano: Giuffrè, 1980, pp. 561/573; BANKA, Massimo. *La vendita e la permuta*. Torino: UTET, 1972, pp. 145/150; PERRO, Enrico. *I vincoli preliminari e il contratto*. Milano: Giuffrè, 1974, pp. 43 e ss.

<sup>120</sup> Nesse sentido, vale conferir interessante julgado da Corte de Cassação italiana, *in verbis*: "L'opzione è un accordo intervenuto fra due o più parti, ed è perciò un contratto (Cass. 26 luglio 1977, n. 3341, 6 maggio 1977 n. 1729, 4 dicembre 1974 n. 3986, 27 ottobre 1973 n. 2794, 24 novembre 1969 n. 3815, 13 luglio 1967 n. 1739), avente per contenuto, sotto il profilo del preceito negoziale, e quale funzione, sotto il profilo causale, l'imposizione ad una delle parti dell'obbligo di rimanere vincolata, per un certo termine, alla sua dichiarazione relativa alla conclusione di un futuro eventuale contratto (dichiarazione traducendosi, perciò, in una proposta contrattuale) e, correlativamente, l'attribuzione all'altra parte della facoltà di accettare quella dichiarazione nello stesso termine (distinguendosi così l'opzione di cui all'art. 1331 cc. avente natura di contratto, dalla proposta irrevocabile di cui all'art. 1329 cc., avente natura di dichiarazione unilaterale recettizia)". (j. 11.2.1980 in *Giustizia civile*, ano XXX, II, pte. II, 1980, p. 1.949).

<sup>121</sup> A polémica em torno da devida qualificação jurídica do contrato de opção, que será descrita, parte das considerações de Biagio VIRCALI, em artigo denominado *Opzione e responsabilità precontrattuale*, in *Giustizia civile*, ano XXX, II pte., II, 1980, pp. 1952/1955. O referido texto, que comenta a decisão da Corte de Cassação italiana citada na nota precedente, notabiliza-se pela clareza e poder de síntese do autor, que, valendo-se de abundantes referências doutrinárias e jurisprudenciais, cuida com precisão da intrincada questão a respeito da natureza do contrato de opção.

eficácia estaria subordinada à posterior aceitação de uma das partes, ao que se respondeu, com maior razão, ser a aceitação não apenas condição para a eficácia, mas sim para a própria existência do contrato futuro, que assim não se confunde com a opção. Trata-se, portanto, de negócios jurídicos contratuais distintos, que, embora relacionados, não se identificam.

Também se afirmou que a opção seria um contrato preliminar, caracterizado pela obrigação de uma das partes em assentir na conclusão do contrato definitivo. Deve-se observar, no entanto, que, após a celebração do contrato de opção, a declaração de vontade do promissário é, por si só, suficiente para que surja o contrato definitivo, sem que seja necessária qualquer outro ato do promitente. Este não tem assim uma prestação a cumprir, estando definitivamente vinculado à celebração do contrato futuro. Ao promissário, por sua vez, não assiste um simples direito de crédito, mas sim um verdadeiro direito potestativo de fazer surgir o novo contrato<sup>122</sup>.

Por outras palavras, na opção há um objeto bem definido, que consiste no poder, atribuído a uma das partes, de fazer nascer um novo contrato. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico contratual autônomo que torna irrevogável a declaração de vontade de uma das partes, de modo a permitir à outra que, sozinha, faça surgir o contrato.

O contrato de opção não consiste propriamente num contrato parcial, uma vez que, por definição, contém todos os elementos necessários à conclusão do contrato definitivo, conferindo, como exposto, um direito potestativo ao promissário. Sua menção neste ponto do trabalho, no entanto, justifica-se porque, além de ser muito comum no curso de grandes negociações societárias, a opção se assemelha ao contrato preliminar, especialmente quando este comporta execução específica. Sua presença se dá, portanto, por força da aproximação, e não de um perfeitio enquadramento na categoria dos contratos parciais.

### 1.3.3. Formas

Os documentos trocados entre os candidatos a contratantes no curso da fase de formação do contrato não costumam vir com os títulos mencionados

<sup>122</sup> "Não se confunde, outrossim, o contrato preliminar ou pré-contrato com a opção. [...] Em outras palavras, a opção confere a uma das partes o direito potestativo de emitir uma declaração de vontade e assim completar o contrato para o qual a outra parte já prestou a sua própria declaração de vontade. Ao invés disso, o que do contrato preliminar ou pré-contrato advém para cada uma das partes é uma pretensão resultante do direito subjetivo à realização do contrato definitivo ou principal". (CORRÊA, Luiz Fabiano. *Contratos preliminares ou pré-contratos in Revista dos Tribunais*, n. 735, São Paulo, 1997, p. 743).



precedentemente. No plano dos fatos, as partes firmam documentos intitulados como cartas de intenção, protocolos de intenção, memorandos de entendimento, minutas, entre outros.

Com a redação de tais documentos, as partes podem: (i) comunicar informações; (ii) disciplinar as fases do processo de negociação; (iii) estabelecer os pontos com relação aos quais estão de acordo; e até mesmo (iv) firmar o próprio contrato.<sup>123</sup> A finalidade de tais documentos é não diversificada que não é possível agrupá-los sob sua função comum, que é a de auxiliar na conclusão do contrato.<sup>124</sup>

No âmbito da contratação de bens de maior valor – bloco de ações; grandes empreitadas de obras e serviços; transferência de tecnologia; assistência técnica; condições de financiamento – que requerem uma negociação longa e complexa, recorre-se frequentemente a tais documentos, cuja nota distintiva é precisamente a flexibilidade.<sup>125</sup> Nesse tipo de negócio, assiste-se a uma verdadeira inversão do esquema clássico de formação do contrato: à minuciosa documentação das tratativas, segue-se a celebração informal – até mesmo oral – do contrato, por razões de celeridade.<sup>126</sup>

O que importa verificar, nesse passo, é que tais documentos não podem ser qualificados autonomamente, ou seja, em decorrência de seu título, exceção feita à previsão legal em sentido contrário, como ocorre, por exemplo, na Lei n. 6.404/1976, que, em seu art. 224<sup>127</sup>, cuida especificamente do protocolo de

<sup>123</sup> De acordo com JUDITH MARRINS-COSTA, esses são os conteúdos mais comuns das cartas de intenção (As cartas de intenção.... *ob. cit.*, p. 49).

<sup>124</sup> A conclusão é de Gisella PIGNATARO, cuidando especificamente das cartas de intenção. *Buona fede oggettiva*.... *ob. cit.*, p. 118.

<sup>125</sup> Cf. PIGNATARO, Gisella. *Buona fede oggettiva*.... *ob. cit.*, p. 119.

<sup>126</sup> Cf. PIGNATARO, Gisella. *Buona fede oggettiva*.... *ob. cit.*, pp. 119/120.

<sup>127</sup> Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão são incorporadas em sociedade existente constando de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá: I – o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição; II – os elementos ativos e passivos que formam cada parcela do patrimônio, no caso de cisão; III – os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores; IV – a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra; V – o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação; VI – o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para elevar a operação; VII – todas as demais condições a que estiver sujeita a operação. Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

incorporação, fusão e cisão, atribuindo-lhe eficácia própria.<sup>128</sup> De fato, os diferentes tipos de cartas, protocolos, memorandos e minutas não gozam de eficácia jurídica própria que, em verdade, deve ser avaliada em conformidade com seu conteúdo.<sup>129</sup> Como apontado há pouco, tais documentos podem desempenhar as funções de contratos preparatórios, temporários ou parciais, inclusive ao mesmo tempo. Além disso, pode ocorrer que tais documentos sejam absolutamente ineficazes, servindo, no entanto, como prova do estágio em que se encontram as negociações.<sup>130</sup>

Saliente-se, ainda, que tais documentos podem corresponder ao contrato final, o que se revela particularmente comum em se tratando de uma minuta. Se a minuta contiver todos os pontos principais do contrato e os demais puderem ser supridos por meio de normas dispositivas ou da interpretação, tem-se um contrato perfeito, ainda que o documento não se mostre com esse nome, desde que a lei ou a convenção não exija forma especial para tanto.<sup>131</sup> Além disso, a minuta também pode assumir a natureza de contrato preliminar.<sup>132</sup>

<sup>128</sup> Para Modesto CARVALHO, o referido protocolo deve ser classificado como pré-contrato, *in verbis*: “O protocolo inclui-se na qualificação clássica do pré-contrato, com a característica especial de tratar-se de uma avença que, ao mesmo tempo, contém elementos de bilateralidade quanto à atividade-meio e a pluralidade quanto à atividade-fim. As cláusulas mínimas estão determinadas no artigo ora comentado [art. 224 da Lei n. 6.404/1976], em face do interesse de ordem pública que resultará do negócio jurídico de fusão, incorporação e cisão. O protocolo não apresenta, pura e simplesmente, a intenção das partes manifestada pelos seus administradores, mas um pré-contrato, sujeito à aprovação pela assembleia geral ou mediante contrato.” (*Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 4, l. 1, p. 228) (colchetes nossos).

<sup>129</sup> Cf. PIGNATARO, Gisella. *Buona fede oggettiva*.... *ob. cit.*, p. 121; GRIMANI, Giovanni. Um ângulo das relações contratuais (tratativas e minutas). O princípio da boa-fé, in *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, n. 27, São Paulo, 1984, p. 57.

<sup>130</sup> Cf. PIGNATARO, Gisella. *Buona fede oggettiva*.... *ob. cit.*, pp. 122/123.

<sup>131</sup> “La puntazione perfetta ha valore di contratto e obbliga le parti all’osservanza di essa. [...] Quando la forma sia richiesta solo ad probationem il contratto è perfetto con l’accezione della proposta e la osservanza della forma è un semplice atto di esecuzione del contratto. Nel nostro caso, quindi, il contratto è de ritenersi formato con l’approvazione della firma alla puntazione.” (CARRARA, Giovanni. *La formazione*.... *ob. cit.*, pp. 171/19). “A minuta sem horários, rasuras ou cousa que dividida faça, uma vez assinada pelas partes vale pelo próprio contrato, quando este não é solene, ou quando a intenção de contratar não está subordinada ao fato de dar forma solene à convenção minutada.” (LACCENGA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. *Obrigações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916, p. 232).

<sup>132</sup> Cf. DELGADO, Abel Pereira Delgado. *Do contrato promessa*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978, p. 24.

Até mesmo as cartas de intenção, supostamente não vinculantes, podem, em razão de seu conteúdo, ser consideradas verdadeiros contratos. Nesse sentido, vale conferir interessante *leading case* do direito inglês de 1923 – *Rose and Frank versus Crompton Bros* – em que as partes firmaram somente uma *intent letter* para que fossem enviados da Inglaterra para a América estoques de papel pintado, constando, no entanto, que não pretendiam vincular-se juridicamente. Mais tarde, com fundamento na carta de intenção, foram enviadas três remessas de papel para os Estados Unidos de América. O tribunal inglês considerou perfeito o contrato, vez que a *intent letter* disciplinava de modo suficientemente preciso a relação entre as partes, permitindo que lhe fosse conferida eficácia contratual<sup>131</sup>.

Verifica-se, portanto, que, a despeito de serem muito frequentes no mundo negocial, as cartas, os memorandos, os protocolos e as minutas não podem ser enquadrados em categorias jurídicas próprias, devendo sempre ser examinado seu conteúdo, a fim de verificar qual sua eficácia, caso esta exista. São apenas formas, cuja relevância somente pode ser determinada mediante seu exame em concreto.

#### 1.4. DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

O período que antecede à conclusão do contrato não pode ser enquadrado numa única categoria. Para melhor compreendê-lo, importa dividi-lo, tomando emprestada a lição do direito italiano, em duas fases: tratativas e formação do contrato.

A fase das tratativas consiste no contato inicial realizado pelas partes, com o intuito de celebrar um contrato, cujos contornos ainda não são necessariamente conhecidos. Na fase de formação do contrato, por sua vez, as partes praticam atos devidamente dirigidos para tanto, sendo comum o surgimento de figuras com eficácia jurídica própria. Ambas são estágios do período de negociações, diferenciadas, para fins de compreensão, em decorrência da proximidade ao contrato definitivo.

A presença de figuras com eficácia jurídica própria auxilia na resolução dos conflitos de interesses verificados no período das negociações, tutelando os interesses do prejudicado, sem que seja necessário recorrer a qualquer

<sup>131</sup> Caso referido por Judith MARTINS-COSTA (As cartas de intenção... *ob. cit.*, p. 43).

outro vetor decisório<sup>134</sup>. Assim se dá, por exemplo, com relação à oferta e ao contrato preliminar, cujo não-cumprimento, desde que observados determinados pressupostos, pode levar à execução específica do negócio projetado ou gerar o direito à indenização pelos prejuízos sofridos.

A situação se complica quando um dos candidatos a contratante sofre um dano em razão da ruptura das negociações, sem que, no entanto, possa buscar sua reparação por meio do recurso a uma dessas figuras. Note-se que isso pode ocorrer ainda que tais figuras estejam presentes, bastando que sua eficácia jurídica não diga respeito ao dano experimentado por um dos candidatos a contratante. A título exemplificativo, pode-se pensar no caso em que o oblato, após criar no ofertante a justa expectativa de que iria aceitar a oferta, levando-o a realizar diversas despesas, simplesmente retira-se da negociação, alegando ter recebido proposta mais vantajosa. A disciplina da oferta no direito brasileiro não soluciona esse conflito de interesses, deixando sem resposta a pergunta a respeito da indenizabilidade do dano.

No direito brasileiro, portanto, a disciplina do conflito de interesses havido nas negociações assume contornos particulares sempre que não for possível recorrer a outras figuras com eficácia jurídica própria. Seu âmbito operativo, portanto, define-se por exclusão, consistindo no espaço do simples trato, em que ainda não há vinculação negocial<sup>135</sup>. O regramento desse período, agora devidamente delimitado, é o objeto dos capítulos seguintes.

<sup>134</sup> Cf. Mário Júlio de Almeida Costa: "Não é a respeito desses negócios preliminares que o caracterizado problema da responsabilidade na formação dos contratos se põe: a sua violação gera a responsabilidade própria do incumprimento de um contrato. A questão apenas se levanta quanto aos atos pré-negociais destituídos de qualquer garantia contratual específica, como em regra sucede (*Responsabilidade*... , p. 47).

<sup>135</sup> "... qual é o espaço onde se move a figura da responsabilidade pré-negocial? [...] O seu espaço é o do 'anda-não-contrato', o da inexistência, ainda, de vinculação contratual, o espaço do 'trato'." (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 481).