

# DA NEGOCIAÇÃO PRELIMINAR À NÃO CONTRATAÇÃO: A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DE LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS

From pre contract negotiations to not contracting: the need for legitimate expectations protection  
Revista de Direito Privado | vol. 96/2018 | p. 77 - 109 | Dez / 2018  
DTR\2018\21280

## Marília Siqueira da Costa

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo. Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getulio Vargas (GvLaw). Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogada em Salvador/BA. marilia.siqueirac@gmail.com

### Área do Direito: Comercial/Empresarial

**Resumo:** Este trabalho pretende analisar a ruptura do processo de formação de um contrato, isto é, a não celebração do contrato final após a prática de atos no curso da fase de negociação preliminar, considerando três possibilidades fáticas distintas: (i) celebração de contrato preliminar com instrumento; (ii) celebração de contrato preliminar sem instrumento; e (iii) criação de legítimas expectativas de contratação sem conformação de contrato preliminar. O estudo que se propõe será feito, no âmbito dos contratos empresariais, à luz do princípio da proteção da confiança, com o objetivo principal de identificar as consequências jurídicas decorrentes de sua incidência nas três situações supradestacadas.

**Palavras-chave:** Contratos empresariais – Fase negocial – Contrato preliminar – Legítimas expectativas – Princípio da proteção da confiança

**Abstract:** This paper intends to analyze the disruption of the contract production process, that is, not contracting after previous negotiations, regarding three different hypotheses: (i) negotiations the result in a written pre-contract; (ii) negotiations that result in a non-written pre-contract; (iii) the existence of legitimate expectations not based on a pre-contract. The proposed study is developed in the context of the business contracts, based on the principle of protection of legitimate expectations, mainly aiming to identify the legal consequences of its incidence in the three situations mentioned above.

**Keywords:** Business contracts – Negotiation – Pre-contract – Legitimate expectations – Principle of the protection of legitimate expectations

### Sumário:

1 Introdução - 2 O contrato preliminar, a fase de negociação e o direito de não contratação - 3 O comportamento concludente na fase preliminar à contratação e suas consequências - 4 O princípio da proteção da confiança - 5 As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança no caminho entre a negociação e a não contratação - 6 Considerações finais - Referências bibliográficas

## 1 Introdução

A velocidade com que são feitas e desfeitas as relações na atualidade, associada ao aumento da complexidade das operações estabelecidas entre as empresas e entre estas e os indivíduos, tem gerado dificuldades na interpretação das situações verificadas no mundo dos fatos (o problema da conformação antecedente normativo). Isso porque, muitas vezes, não é possível saber qual norma jurídica nelas incidirá, dificultando a definição, pelo intérprete, de quais os elementos fáticos suficientes para a conformação do seu suporte fático.

Consequentemente, há o problema de saber quais os efeitos jurídicos serão daí irradiados (o problema do conseqüente normativo). É, para eles, que a atenção deste trabalho se volta. Escolheu-se esse enfoque pois viu-se que, mesmo quando se sabe qual a norma terá incidência, a mutabilidade das situações requer, na maioria dos casos, a aplicação de norma decorrente de texto normativo aberto, as chamadas cláusulas gerais<sup>1</sup>, que são caracterizadas, justamente, pela abertura no antecedente e, também, no conseqüente normativo.

Com efeito, a opção pelo uso da técnica legislativa pela cláusula geral, como sói acontecer, tem seus ônus e bônus: se, de um lado, traz a dificuldade de identificação das situações fáticas que atrairão sua incidência e dos efeitos jurídicos a serem irradiados, de outro lado, permite que o direito se adéque à evolução da sociedade, possibilitando uma tutela que mais bem se adapte aos interesses lesados. É sob essa segunda perspectiva que o presente trabalho será desenvolvido, pois a pretensão, aqui, não é meramente de crítica às dificuldades enfrentadas, mas, sobretudo, de apresentação de soluções ao problema a seguir delineado.

Seguindo na delimitação do tema, esclarece-se que, partindo da cláusula geral da boa-fé, o problema será tratado à luz do princípio da proteção da confiança, que compõe o seu conteúdo, sendo dela um desmembramento (um subprincípio decorrente do princípio da boa-fé). Por isso mesmo, também o princípio da proteção da confiança é caracterizado pela abertura no antecedente e consequente normativo, ainda que com limites diversos, mais bem traçados.

Assim, no seu amplo âmbito de incidência, optou-se pelo recorte nas relações jurídicas preliminares, expressão ora empregada de forma ampla, para abranger o processo de formação de um contrato definitivo (usa-se o adjetivo definitivo, pois o contrato preliminar é, também, um contrato e a sua celebração se dá nesse processo), uma vez que, aqui, as dificuldades interpretativas parecem ganhar um contorno especial (para não dizer mais grave), em razão da falta de conhecimento das partes acerca das situações jurídicas<sup>2</sup> por elas titularizadas, especialmente na hipótese de não contratação definitiva.

O problema agrava-se, ainda, pelas soluções restritas oferecidas pela doutrina e jurisprudência para tutela das expectativas legítimas criadas nas partes nesse processo de contratação, quando há ao seu alcance mecanismos que permitem seja dada uma resposta mais adequada (efetiva) ao caso concreto.

O estímulo para a escolha do tema e elaboração do presente trabalho, portanto, foi não ter encontrado, na jurisprudência, um quadro bem definido para o enfrentamento das questões que envolvem a não contratação após o percurso total ou parcial do processo de formação do contrato, o que reflete na falta de soluções adequadas para o problema, no sentido de garantir máxima efetividade à prestação da tutela jurisdicional, considerando as especificidades e os interesses envolvidos em cada caso.

Com especial enfoque no âmbito empresarial, viu-se que a variedade das relações existentes, pela amplitude dos serviços atualmente prestados e, também, pela complexidade das relações estabelecidas, muitas vezes em uma rede de interdependência entre mais de uma relação, requer não só maior segurança por parte das decisões do Poder Judiciário, mas, principalmente, maior sofisticação nessas soluções, a fim de minimizar (ou, quando menos, não ampliar) os riscos das operações em que estão, diariamente, envolvidas.

Nessa perspectiva, o presente trabalho foi estruturado em dois enfoques: (i) a análise dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do caso paradigmático do RE 88.716-RJ, julgado Supremo Tribunal Federal a respeito dessa temática, o que foi essencial para possibilitar a identificação do problema e sua extensão; (ii) a proposta de uma solução mais sofisticada para o problema das consequências jurídicas decorrentes da quebra de legítimas expectativas, notadamente quando não se constata a formação de um contrato preliminar.

Essa solução, que será apresentada no último tópico deste artigo, vai se pautar, principalmente, pela necessidade de análise do caso concreto, constituindo-se apenas em parâmetros genéricos (abstratos), os quais deverão ser conformados na situação fática posta para julgamento, de modo a melhor adequar a tutela aos interesses envolvidos no litígio.

A proposta, aqui, como se verá, é de análise dos problemas relativos à fase preliminar de contratação (que serão estruturados no capítulo seguinte) pela perspectiva da incidência do princípio da proteção da confiança tanto nos casos de existência de contrato preliminar, com ou sem instrumento, quanto nos casos em que não restou conformado o contrato preliminar, limitando-se à situação fática em que houve criação de legítimas expectativas na parte, em razão do comportamento adotado no curso da contratação.

Na linha do que foi dito, a ideia é que a incidência da referida norma principiológica, por sua abertura, forneça ao intérprete, seja ele advogado, magistrado ou até mesmo a parte, um espaço mais amplo para a tutela adequada aos interesses envolvidos que eventualmente venham a ser violados. Será proposta, com isso, a saída do âmbito restrito da responsabilidade civil, que somente é capaz de conferir às partes o direito à indenização, o que, no mais das vezes, não se revela suficiente para a reparação das violações suportadas em razão do comportamento da contraparte.

## **2 O contrato preliminar, a fase de negociação e o direito de não contratação**

### **2.1 Considerações iniciais**

A formação de um contrato constitui-se, conforme nos ensina Enzo Roppo, em um processo, "isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si, segundo um modelo não já 'natural' e 'necessário', mas sim pré-fixado de modo completamente convencional e arbitrário pelo direito [...]"<sup>3</sup>. Se assim é, caso essa sequência de atos corresponda a um esquema estabelecido, abstrata e previamente, pelo ordenamento jurídico, ter-se-á por formado/existente o contrato<sup>4</sup>.

Pode-se, com isso, afirmar que o processo de formação de um contrato envolve a passagem das partes por fases (momentos, atos) distintas, o que varia em duração e complexidade, a depender da relação de fundo a ser estabelecida. Cuida-se de um processo dinâmico, o que dificulta o estabelecimento do

momento em que há a passagem de uma fase para outra<sup>5</sup>, o que tem interferência direta nos direitos e deveres irradiados para cada um dos sujeitos envolvidos na negociação, afinal, o avanço na formação do contrato implica a prática de novos atos, os quais entraram no mundo do direito produzindo os efeitos jurídicos que lhes são correspondentes.

Quanto à duração, cada caso vai demandar um tempo diverso para conclusão dessas fases, as quais podem, inclusive, sofrer supressão – nem toda contratação demanda, por exemplo, a celebração de um contrato preliminar. No que concerne à distinção de complexidade, significa a diferença do feixe de situações jurídicas irradiadas a depender dos atos praticados pelas partes, ou seja, as obrigações por elas assumidas, expressa ou tacitamente – são distintas as consequências dos casos em que há contrato preliminar daqueles em que houve meras tratativas sem vinculação.

Há, assim, a fase de negociação (tratativas), a possível celebração de um contrato preliminar (com ou sem instrumento que o formalize) e, por fim, a celebração do contrato definitivo que, do mesmo modo, pode prescindir de um instrumento para que exista, seja válido e eficaz. Essa ideia de estruturação em fases e a inserção do contrato preliminar no processo de formação do contrato, entretanto, não implica retirar a sua autonomia<sup>6</sup>.

Assim, no momento que precede o fato da não contratação, a fase preliminar pode ter conformado quatro situações distintas: (i) a celebração de um instrumento de contrato preliminar; (ii) a conformação de um contrato preliminar sem instrumento que o formalize; (iii) a criação de expectativas legítimas de contratação definitiva sem que haja a conformação de um contrato preliminar – captação de confiança da contraparte; (iv) ocorrência de meras tratativas sem vinculação, sem expectativas de futura contratação.

Há, nesse contexto, duas ordens de problemas: (i) saber em qual dessas situações se encontra determinado caso concreto; e (ii) uma vez identificado seu enquadramento, quais os direitos e deveres irradiados para cada uma das partes, notadamente para aquela que foi surpreendida pela recusa de celebração do contrato definitivo. Como dito, este trabalho vai se voltar a essa segunda parte do problema; não há, pois, pretensão de estabelecer critérios de identificação do primeiro problema, no entanto é preciso esclarecer em que consiste cada uma das quatro situações destacadas *supra*.

## 2.2 O contrato preliminar

O contrato preliminar caracteriza-se por ser um negócio jurídico<sup>7</sup> bilateral celebrado pelas partes que comporão a relação jurídica futura definitiva. A sua função, de acordo com Wanderley Fernandes e Jonathan Oliveira, é conferir *segurança* às partes de que haverá efetiva realização de um negócio futuro que, por razões diversas, não pode ser perfectibilizado naquele momento<sup>8</sup>.

Na definição de Rodolfo Pamplona, contrato preliminar é “uma avença por meio da qual as partes criam em favor de um ou mais delas a faculdade de exigir o cumprimento de um contrato apenas projetado”<sup>9</sup>. Daí é possível extrair que o objeto do contrato preliminar é a declaração de vontade futura no sentido de celebração do negócio definitivo<sup>10</sup> (restringe-se a uma obrigação de fazer), sendo esse o seu principal traço distintivo com relação ao contrato definitivo, cujo objeto é uma obrigação de fazer, não fazer, dar coisa ou pagar quantia<sup>11</sup> ou mesmo um complexo de obrigações distintas e interligadas entre si.

A disciplina do contrato preliminar encontra-se prevista, expressamente, nos artigos 462 a 466 do Código Civil (LGL\2002\400), nos quais se estabelece a necessidade da presença dos requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado, com exceção da forma, e a consequência correspondente da sua conformação: o direito à celebração do contrato definitivo, salvo se houver cláusula de arrependimento. Esse direito poderá, inclusive, ser objeto de tutela específica, nos termos do artigo 464 do referido Diploma Legal.

A presença ou não dos “requisitos essenciais” constitui o marco distintivo principal entre a situação de conformação do contrato preliminar e aquela em que ele não se forma. Cuida-se de noção fundamental para a identificação do contrato preliminar e que terá o seu conteúdo delimitado em cada caso, a depender da espécie de contrato definitivo com a qual se esteja tratando, considerando, como premissa, que um contrato vale pelo seu conteúdo, e não pelo nome a ele dado.

Ao afirmar que a composição do conteúdo da expressão “requisitos essenciais” será feita a cada caso, quer-se dizer que será preciso identificar, em cada situação, qual o contrato era pretendido pelas partes e se já estavam presentes, por definição das partes, os requisitos essenciais àquela espécie de contrato por elas pretendida. Assim, além dos requisitos gerais do artigo 104 do Código Civil (LGL\2002\400)<sup>12</sup>, devem-se observar os requisitos próprios do contrato principal pretendido pelas partes<sup>13</sup>.

Caso se entendessem os requisitos essenciais como aqueles pertencentes a determinada(s) categoria(s), na maioria dos casos, o magistrado, para a concessão da tutela específica, teria de completar o conteúdo do contrato, o que não é admissível, pois sua atividade, nesse contexto, deve se

restringir a suprir os *efeitos* da declaração de vontade da parte para a celebração do contrato definitivo<sup>14</sup>.

Há, ainda, o problema de verificar a possibilidade de celebração de contrato preliminar sem instrumento<sup>15</sup>, isto é, por meio do comportamento concludente das partes, considerando que contrato e instrumento não se confundem; o instrumento dá a forma ao contrato, não sendo, em regra, pressuposto de sua existência. A análise da formação de contrato por meio do comportamento concludente será analisada, separadamente, no tópico que se segue.

### 2.3 A fase de negociação

Diversamente do que ocorre com o contrato preliminar, propriamente dito, na *fase preliminar* ou *fase de negociação*, que compreende as tratativas e os documentos que não possuem os requisitos essenciais necessários para a formação do contrato preliminar (a exemplo dos acordos provisórios e contratos preparatórios<sup>16</sup>), não há previsão expressa de irradiação de um direito à contratação que vincule as partes.

A fase preliminar caracteriza-se pelas negociações e estabelecimento de condições que ainda não atingiram os requisitos essenciais do contrato que se pretende celebrar ao final; por não haver essa definição, não se irradia o direito à contratação, nos termos do já citado artigo 463.

A esse respeito, válida e esclarecedora é a lição de Manuel Antonio de Frada:

Antes da conclusão de um contrato, é do interesse da ordem jurídica preservar um espaço de liberdade para que os sujeitos possam negociar, avaliar os seus interesses, e tomar automaticamente a decisão de contratar. As partes devem naturalmente tê-lo presente. Assim, como ponto de partida, a interrupção do processo negocial não constitui seguramente fato ilícito. Até a consumação do contrato mantém-se a possibilidade de não contratar, o que constitui uma faceta imprescindível da liberdade de celebração dos negócios jurídicos (correspondente ao seu exercício negativo)<sup>17</sup>.

Por outro lado, ainda que não haja a obrigatoriedade de contratação, nessa fase, é possível identificar uma gama de níveis de vinculação (níveis inferiores, é verdade, daquele correspondente à obrigação de contratação final).

Isso porque, na ausência de um contrato preliminar, cujos pressupostos (presença dos requisitos essenciais do contrato principal) e consequência (direito de exigir a contratação definitiva) são expressos, o comportamento das partes e os documentos por elas produzidos podem gerar desde a consciência do risco permanente de não contratação até a crença efetiva na contratação futura, passando, ainda, pela possível vinculação restrita à conclusão da atividade intermediária/preparatória da contratação final.

Ou seja, a atuação das partes pode ser pautada tão somente pela vontade de assunção do risco (correspondente à noção de exercício negativo da liberdade de celebração dos negócios jurídicos), como também por indução de comportamento feita pela outro sujeito; esse é o ponto principal de verificação para saber quais as consequências decorrerão de eventual não contratação.

Nesse sentido, Wanderley Fernandes faz o seguinte alerta:

Em outras palavras, toda empresa tem um custo calculado sobre o risco de realizar ou não determinados negócios. Esse custo é o preço do risco no negócio. Porém, em determinadas circunstâncias, certos custos são incorridos não apenas sob o risco do negócio, mas motivados pelo incentivo dado pela outra parte sob a promessa de que determinada operação econômica seria efetivamente realizada<sup>18</sup>.

A análise dos fatos envolvendo a relação estabelecida entre as partes deve ser feita com frieza, considerando sempre a atuação como decorrência de um risco assumido conscientemente pela parte, risco que está atrelado à possibilidade de não contratação definitiva. É preciso, portanto, perquirir a motivação da atuação das partes: se o risco inerente à negociação ou se o incentivo (confiança) dada pela outra parte.

Nesse processo, os documentos formados pelas partes, a exemplo dos acordos provisórios, atas de reuniões, memorandos de entendimentos, assumem um papel de extrema relevância, pois deles, com maior facilidade, será possível extrair a motivação da atuação das partes e o nível de vinculação por elas estabelecido. Mas não é só: o comportamento das partes, com a prática de atos preparatórios da atividade final, constituição de sociedade com terceiros, a contratação de financiamento com instituições financeiras, serão, também, relevantes para interpretação do quadro fático conformado pelas partes e os efeitos que serão irradiados para elas em caso de não contratação definitiva.

Além disso, não é demais esclarecer que a tão só existência desses documentos não é suficiente para afirmar a existência de crença efetiva na contratação, a análise do seu conteúdo e dos compromissos assumidos será indispensável para a correta interpretação das expectativas criadas nas partes quanto à

contratação final. Eles podem ser apenas meios para garantir que pontos já negociados não sejam perdidos, por aplicação da “técnica *punctatio*”, que tem por objeto a documentação dos “pontos do programa de negociação sucessivamente esclarecidos”<sup>19</sup>, o que não necessariamente vai permitir gerar na parte a certeza da contratação futura.

A consciência de uma faceta negativa da liberdade de celebração de negócios jurídicos, bem pontuada por Manuel Antonio Frada, com essa noção de que a celebração de instrumentos intermediários não constitui por si só elemento de constituição da crença efetiva de contratação final, é fundamental para que o tratamento do tema ora em debate evite chegar a extremos; o equilíbrio na sua análise é fundamental. É dizer: a constatação da conformação de uma crença efetiva de contratação futura (indução de confiança) dependerá de um conjunto de fatores objetivos, que somente podem ser identificados no caso concreto.

#### **2.4 O direito à não contratação**

Pela existência desses instrumentos intermediários e da possibilidade de adoção de comportamentos diversos pelas partes, a depender das nuances da relação de fundo a ser estabelecida, percebe-se que será tênue, também, a linha que separa o momento da mera fase preliminar daquela de formação do contrato preliminar *sem* instrumento, o qual faz gerar o direito de exigir a contratação definitiva.

A questão volta-se para saber qual o fato que determina a concreção do negócio jurídico no mundo do direito, a ocorrência do seu elemento nuclear, que será responsável pela juridicização do fato da vida consistente na manifestação de vontade bilateral com poder de autorregramento<sup>20</sup>.

Com isso, quer-se dizer que, uma vez constatada a formação do contrato preliminar, com ou sem instrumento, não haverá um direito à não contratação (salvo se houver cláusula de arrependimento ou descumprimento do contrato preliminar). O direito à não contratação somente existirá enquanto os atos praticados pelas partes conformarem apenas uma situação de fase preliminar, de processo de formação do contrato, ou seja, quando ainda não estiverem presentes os requisitos essenciais do contrato final, em que as partes ainda são livres para não exercer o seu direito de contratar.

Nesse último caso, se praticadas condutas aptas a criarem expectativas legítimas de contratação final (indução de confiança e exercício de liberdade com base na confiança gerada), a sua frustração gerará consequências jurídicas, como melhor se verá ao final deste trabalho, no entanto elas serão diversas da imposição de celebração de um contrato final.

#### **2.5 Conclusão do ponto**

De tudo o quanto foi dito, pode-se estruturar o raciocínio, sinteticamente, da seguinte forma: no contexto da fase preliminar à contratação definitiva, observa-se que tanto poderá ser constatada a existência de um contrato preliminar, o qual, por sua vez, poderá ter ou não um instrumento que lhe dê forma, existindo, nessa segunda hipótese, em razão do comportamento das partes, associado ou não a outros instrumentos esparsos, quanto poderá haver casos em que não se terá a conformação de um contrato preliminar, pois ausentes os elementos essenciais.

Portanto, surge a necessidade de compreender a possibilidade de celebração de um contrato preliminar sem instrumento, revelando a importância da análise do comportamento das partes para verificação da formação ou não do contrato preliminar<sup>21</sup>. Sendo o caso de não formação do contrato preliminar, ter-se-á, então, de enfrentar a dificuldade de saber quais as consequências decorreriam da quebra das legítimas expectativas criadas na fase de negociação, o que está diretamente ligado à interpretação da intensidade da vinculação estabelecida por esses comportamentos.

Como se vê, as questões ora suscitadas encontram-se totalmente interligadas, pois, no caso em que o comportamento das partes não permitir a constatação da formação de contrato preliminar, com ou sem instrumento, passar-se-á para o problema que envolve saber as consequências decorrentes da quebra de legítimas expectativas (consistente na não contratação final). É sobre o comportamento concludente que se tratará no tópico seguinte.

### **3 O comportamento concludente na fase preliminar à contratação e suas consequências**

A conclusão de um contrato, que pressupõe um processo variado de formação, depende, ao final, da verificação de uma declaração ou, ao menos, manifestação da vontade de concluir feita para o mundo exterior, já que não é dado perquirir, internamente, a vontade dos sujeitos<sup>22</sup>. A manifestação da vontade pode ocorrer de diferentes formas, a palavra, escrita ou falada, é apenas uma delas<sup>23</sup>.

A relevância do tratamento do comportamento concludente decorre de ele carregar em si uma declaração tácita de vontade<sup>24</sup>, e a declaração de vontade (tácita ou expressa), como visto, constitui elemento cerne de existência do negócio jurídico – gênero do qual o contrato é espécie. Quando se fala em comportamento concludente, quer-se tratar, justamente, da conduta da qual é possível inferir uma

declaração tácita; aquele constitui o elemento objetivo desta, devendo ter o seu conteúdo determinado por meio de interpretação, da mesma forma como ocorre com a declaração expressa<sup>25</sup>.

Nesse ponto, o objetivo será demonstrar que, a partir do comportamento de um sujeito, pode-se constatar a conformação de duas situações: (i) formação de um contrato preliminar por declaração tácita, ou seja, sem um instrumento que lhe formalize; ou (ii) criação de legítimas expectativas, que, caso violadas, poderão ser juridicamente tuteladas. Essas duas situações, como alertado, geram consequências jurídicas distintas para as partes.

Por outro lado, é importante lembrar que sempre haverá a possibilidade de o comportamento das partes não dar azo à criação de qualquer situação juridicamente relevante; com isso, quer-se enfatizar a importância de tratar o problema de forma imparcial, lembrando sempre que nem toda relação pré-contratual será a apta a irradiar direitos e deveres para as partes. A conduta qualificada como não geradora de declaração tácita correspondente não pode ser tida como fato concludente<sup>26</sup>.

Pois bem. Para o negócio jurídico e, conseqüentemente, para sua espécie contrato, o que importa, ao final, é o *significado* do comportamento<sup>27</sup>; a importância será, pois, o *significado negocial* do comportamento do sujeito, o que reduz a relevância, por via de regra, da realização de um ato específico ou respeito a determinada forma. A conclusão a que se tem referido é a possibilidade de ligar o componente material externo (comportamento/conduta) a um significado.

Não por outra razão, um dos problemas na análise e tutela das duas situações supradestacadas consiste na interpretação do comportamento do sujeito ao longo da fase negocial, a fim de verificar a possibilidade ou não de se extrair dele um significado negocial ou, no mínimo, um significado que permita afirmar a criação de expectativas legítimas no outro polo da relação. A interpretação, no caso, voltar-se-á não só para identificação da situação conformada pelo comportamento, mas, também, do conteúdo da declaração dele decorrente; saber se o comportamento gerou um contrato ou criou legítimas expectativas é diferente de saber qual o conteúdo do contrato e quais as expectativas criadas.

Bem percebidas as coisas, observa-se que, na declaração tácita, não se visará nada diferente do que se busca na interpretação da declaração expressa, pois, se nesta não se tenta encontrar um elemento volitivo, naquela também não se tentará; em ambas, o objetivo do intérprete é exatamente o mesmo: identificar a existência e o conteúdo da declaração<sup>28</sup>.

A especificidade estará no objeto da interpretação que, no caso da declaração tácita, é o comportamento do sujeito. A regra é que se encontre maior facilidade ao interpretar palavras do que comportamentos, mas, como bem se sabe, toda regra possui uma exceção que lhe seja correspondente, o que ajuda a desmistificar a atividade interpretativa do comportamento concludente.

A determinação da conclusão do comportamento não deve ser feita pela análise dos elementos subjetivos do sujeito; a verificação há de ser objetiva, voltada para a conduta. O nexo de conclusão deve ser caracterizado a partir de padrões práticos, ou seja, de acordo o "metro do homem médio" ou a "vida dos negócios"<sup>29</sup>. Assim, reforçando o que se afirmou anteriormente, Paulo da Mota Pinto explica que não há maiores especificidades na interpretação da declaração tácita, devendo-se aplicar a ela os mesmos critérios gerais de interpretação da declaração expressa<sup>30</sup>.

A conclusão, aqui, parece clara: no âmbito das relações empresariais, caracterizado pela forte influência das práticas reiteradas do mercado, em todo o processo de formação do contrato final, que compreende a fase de negociação, a celebração de contrato preliminar ou o simples comportamento imediato no sentido da contratação final (casos em que o contrato se forma de maneira instantânea), o significado a ser extraído das condutas adotadas pelas partes vai depender do contexto de sua ocorrência e da relação de fundo existente entre as partes.

No que concerne ao contrato preliminar, especificamente, ainda que não haja um instrumento que o formalize, a troca de *e-mails*, as atas de reuniões e documentos intermediários, com autorizações da prática de condutas e a resolução de pontos específicos de negociação, podem, em conjunto ou isoladamente, conter a definição dos requisitos essenciais do contrato final/definitivo.

Se assim ocorrer, ter-se-á formado o contrato preliminar, mesmo sem um instrumento formal com essa designação, pois isso equivale à manifestação de vontade, no mundo exterior, no sentido de conclusão do negócio. Haverá, dessa forma, a concreção do negócio jurídico no mundo dos fatos, caso em que, se necessário (há casos em que o comportamento provoca o nexo de conclusão do próprio contrato final, notadamente, naqueles em que não há forma prescrita em lei), surgirá o direito de celebração do contrato final/definitivo.

Nesse sentido, é válida a transcrição da ementa de precedente do Superior Tribunal de Justiça que já em 1998 reconheceu a formação de contrato preliminar sem que houvesse o instrumento de sua formalização:

Promessa de venda e compra. Recibo passado pelos promitentes-vendedores. Alegação de que as negociações não passaram de meras tratativas preliminares. Negócio jurídico, porém, consumado, tendo as partes deixado de formalizá-lo através de instrumento público.

A despeito de instrumentalizado mediante um simples recibo, as partes celebraram um contrato preliminar, cuja execução se consumou com a entrega do imóvel ao compromissário-comprador e com o pagamento do preço por este último, na forma convencionada.

Improcedência da alegação segundo a qual as negociações não passaram de simples tratativas preliminares.

Em sede de recurso especial não se reexamina matéria de fato (Súmula 7-STJ).

Exercida a posse por força de contrato de promessa de venda e compra, inadmissível é a reivindicatória contra o compromissário-comprador sem a prévia ou concomitante rescisão do contrato. Enquanto não desfeito o negócio jurídico, não pode ser tida como injusta a posse daquele que se comprometeu a adquirir.

Precedentes.

Recurso especial não conhecido<sup>31</sup>.

Quanto à criação de legítimas expectativas, pela sua amplitude conceitual, convém ter maior cuidado com o fato de que a composição de conteúdo das palavras e dos comportamentos acompanha a evolução de tempo e espaço em que estão inseridas. Desse modo, o significado de um memorando de entendimento para empresas que não possuem qualquer relação anterior poderá ser distinto daquele atribuído a empresas que mantêm relações há um longo tempo.

No primeiro caso, pode ser que não haja criação de qualquer expectativa de contratação ou se, havendo, ela esteja muito bem balanceada com a contraposta noção de possibilidade de não contratação que é inerente à fase anterior à celebração do contrato final, ao passo que, no segundo caso, o memorando de entendimento pode constituir uma etapa necessariamente anterior ao contrato definitivo, que se repete periodicamente, isto é, sempre se celebra o memorando para logo em seguida se celebrar o contrato definitivo.

Outro exemplo pode ajudar na elucidação da questão: duas empresas, A e B, contratam novos funcionários e se consorciam com terceiros para a possível celebração de um contrato. A motivação para a adoção dessas condutas, todavia, foi distinta para um e para a outra. No caso da empresa A, esse comportamento foi adotado antes mesmo de apresentar a proposta para sua futura contratante – a conduta foi adotada para que, ao aparecer na negociação, a empresa contratante notasse a solidez de sua estrutura operacional –; por outro lado, a empresa B adotou exatamente mesma conduta, depois de já ter se apresentado para a sua futura contratante, que, por *e-mail*, garantiu-lhe a futura contratação, autorizando a realização dos referidos gastos. As condutas são idênticas, os significados, distintos.

A situação hipotética da empresa B carecia de contrato preliminar, mas, apesar disso, houve a conformação de condutas juridicamente relevantes, em virtude da crença que lhe foi gerada pela futura contratante. Houve uma atuação pautada pela confiança, gerada a partir de um documento informal (o *e-mail*), muito embora não tenha havido a formação de contrato preliminar e, conseqüentemente, não exista, como visto, um direito à contratação.

No entanto, questiona-se: a inexistência de um direito à contratação impede que sejam irradiados outros direitos, com conteúdo diverso? A conclusão do comportamento somente é relevante para o direito quando há significado negocial? Extrair, como significado, a criação de legítimas expectativas não atrai a incidência de qualquer norma jurídica no nosso ordenamento? Nos tópicos anteriores, foram dados alertas a respeito das respostas a esses questionamentos, no entanto eles serão tratados com maior vagar nos tópicos que se seguem.

#### **4 O princípio da proteção da confiança**

A boa-fé objetiva (ou princípio da boa-fé) constitui norma que exprime os valores fundamentais do sistema, que, com ela, é composto pelos direitos subjetivos<sup>32</sup>; formam, assim, um todo que se pretende coeso e coerente. O exercício dos direitos subjetivos deve, pois, observar os deveres impostos pela boa-fé, pois ela mesma se projeta para dentro do conteúdo dos próprios direitos subjetivos, limitando-os desde o nascedouro<sup>33</sup>. Não por outra razão se afirma que todas as condutas devem estar pautadas pela boa-fé.

A noção jurídica de boa-fé traz consigo duas acepções distintas: a boa-fé objetiva (norma jurídica) e a boa-fé subjetiva (fato)<sup>34</sup>; assim, ao se falar em violação à boa-fé, refere-se à violação à boa-fé objetivamente considerada.

Além de proibir e impor determinadas condutas, a boa-fé objetiva cria situações jurídicas ativas e passivas ao incidir no seu suporte fático respectivo<sup>35</sup>. A capacidade de irradiar-se por todo o sistema faz que a boa-fé objetiva seja um de seus pilares de sustentação; fundamento, pois, para impedir a prática de qualquer ato que lhe seja contrário (leia-se, contrários à boa-fé e, conseqüentemente, aos seus desdobramentos, seus subprincípios).

A boa-fé objetiva ou princípio da boa-fé possui conteúdo complexo, de modo que dela irradiam-se outras normas; aqui, para o que nos interessa, destaca-se o seu desdobramento no princípio da proteção da confiança (*Vetrauensschutz*, no direito germânico). Esclareça-se que, muito embora esse princípio possa ser analisado, também, como um subprincípio da segurança jurídica, a sua faceta individual, neste trabalho, por estar inserido no contexto do direito privado, o estudo será feito enquanto desdobramento da boa-fé.

A confiança<sup>36</sup>, crença efetiva nas motivações e comportamentos de terceiros, tem sido objeto de estudos recentes em muitas das ciências sociais aplicadas, a exemplo da sociologia, economia e ciência política<sup>37</sup>. Isso se deve principalmente ao fato de que, em razão do maior dinamismo social, passou-se a valorizar ainda mais a sua presença na constituição das relações, no que se incluem, para os fins deste trabalho, as relações estabelecidas entre as empresas e entre estas e os indivíduos.

Vínculos são construídos, modificados e desfeitos com tamanha celeridade que é possível arriscar a dizer que, atualmente, está ocorrendo um redimensionamento das características que marcam a estabilidade e, conseqüentemente, a confiança, que passa a necessitar de uma proteção mais efetiva e adequada às nuances da problemática em que está inserida. Além disso, não se pode ignorar que, mesmo sem qualquer redimensionamento, é inerente à confiança a função de redução da complexidade social e da insegurança dos sujeitos<sup>38</sup>, por conferir previsibilidade aos fatos futuros.

Segundo lição de Menezes de Cordeiro, podem ser identificados três elementos (pressupostos) necessários à proteção da confiança: (i) "situação de confiança conforme com o sistema e traduzida na boa-fé subjetiva e ética, própria da pessoa que, sem violar os deveres de cuidado e indagação que ao caso caibam, ignore estar a lesar posições alheias"; (ii) "uma justificação para essa confiança, expressa na presença de elementos objetivos capazes de, em abstracto, provocarem crença plausível"; e (iii) "um investimento de confiança consistente em, da parte do sujeito, ter havido um assentar efectivo de atividades jurídicas sobre a crença consubstanciada, em termos que desaconselhem o seu preterir"<sup>39</sup>. Em síntese: uma situação de confiança gerada em uma das partes, a justificação (crença plausível) para o estabelecimento dessa situação de confiança a partir de elementos objetivos e a atuação da parte pautada por essa situação de confiança.

A proteção da confiança pelo direito, portanto, é a tutela jurídica de um efeito (a confiança) provocado na esfera de um terceiro em razão da conduta de um sujeito (traduzida em um ato ou um conjunto de atos), nos casos em que o terceiro praticar atos motivados pela confiança nele gerada. Cuida-se de norma que tem por finalidade garantir que cada um seja coerente com suas condutas, impedindo a ocorrência de mudanças arbitrárias prejudiciais ao outro<sup>40</sup>.

A conduta referida, para fins deste trabalho, é a atuação da contraparte na fase de negociação preliminar que acaba por orientar o exercício da liberdade de um terceiro, quando a orientação tiver por fundamento a confiança (efeito) nele gerada.

Ao tratar de vinculação obrigacional, Judith Martins-Costa bem esclarece que ela decorre de um complexo de princípios que podem ser sintetizados na autonomia privada, boa-fé e confiança, os quais estão ligados entre si<sup>41</sup>. Afirma a autora que a autonomia privada pode ser decomposta analiticamente em duas dimensões, sendo uma delas a vinculação gerada pela declaração de vontade enquanto fato comunicativo, o qual pode se conformar a partir da própria conduta das partes<sup>42</sup>.

Essa vinculação se justifica por dois fatores: (i) a pretensão de veracidade que o Direito atribui às condutas comunicativas; e (ii) a necessidade de poder confiar no outro como condição básica de toda convivência social<sup>43</sup>. Por outras palavras, esses dois aspectos das relações sociais são recebidos pelo Direito e sintetizados, justamente, no princípio da confiança<sup>44</sup>.

Com isso, Judith Martins-Costa acaba por colocar, no âmbito negocial, o princípio da proteção da confiança como norma incidente no caso de quebra do vínculo estabelecido pela conduta das partes na relação negocial, esta que, como visto, é formada a partir de processo, um complexo de atos. O princípio da proteção da confiança é apto, pois, a gerar conseqüências jurídicas para a parte responsável pelo desfazimento do vínculo geral pela sua manifestação de vontade, entre as quais a referida autora cita a responsabilização pelos danos eventualmente provocados<sup>45</sup>.

Observe-se que, mesmo quando não há a formação de um contrato preliminar, seja escrito ou tácito, os documentos celebrados ao longo da fase de negociação, como os memorandos de entendimentos, protocolos, atas de reunião, constituem-se em negócios jurídicos. A importância de perceber essa

qualificação reside no fato de que “nenhuma ordem jurídica poderia tolerar que os negócios jurídicos fossem atos de leviandade, mutáveis segundo o arbítrio exclusivo de uma das partes, sem nenhuma consideração aos legítimos interesses do *alter*”<sup>46</sup>.

A situação de confiança, no entanto, não poderá ser analisada pelo viés subjetivo; deve, ao contrário, ser constatada por elementos objetivos, consubstanciados na prática de atos pelo sujeito no qual a confiança de contratação definitiva foi gerada. A título exemplificativo, têm-se o incentivo para contratação de financiamento, estabelecimento de consórcio com outras empresas, criação de uma sociedade de propósito específico, contratação de novos funcionários, montagem de estrutura para abertura de filial etc.

As consequências a seguir tratadas como decorrência da incidência do princípio da confiança não serão resultado da não contratação em si, pois, como exposto, não contratar é o direito da parte que se encontra na fase de negociação sem um contrato preliminar (com ou sem instrumento) que lhe seja subjacente, mas, sim, da frustração das expectativas deliberadamente criadas<sup>47</sup>. Na ausência do contrato preliminar, sempre haverá a liberdade de o sujeito não contratar (faceta negativa da liberdade de celebração de negócios jurídicos), no entanto isso não o exime de suportar as consequências da confiança que ele mesmo captou<sup>48</sup>.

Nesse âmbito, é preciso que haja frieza na análise da situação fática, justamente por haver, no mais das vezes, um direito de não contratação, decorrente do direito fundamental à liberdade, que deve ser tutelado; veja-se que não se falou nem se pretende falar aqui que toda tratativa gerará algum efeito para a parte, até porque, nessa fase negocial, ainda que forma relativizada, a parte tem a consciência de estar numa situação precária, não havendo que se falar, a princípio, em direito à contratação; a possibilidade de não contratar existirá, em tese, sempre até a celebração do contrato definitivo<sup>49</sup>.

Entretanto, quando presentes os pressupostos supraelencados – uma situação de confiança gerada em uma das partes, a justificativa para o estabelecimento dessa situação de confiança a partir de elementos objetivos e a atuação da parte pautada por essa situação de confiança –, não poderá o Direito se furtar a tutelar a parte que teve suas legítimas expectativas frustradas.

Assim, composto o suporte fático, será atraída a incidência do princípio da proteção da confiança, que, pela sua abertura no conseqüente normativo, tem o potencial de fazer irradiar conseqüências jurídicas variáveis de acordo com o caso concreto. Há, pois, um leque de possibilidades (variável de acordo com o nível de vinculação estabelecido pelas partes e com o seu conteúdo) que garante a concessão da tutela adequada aos interesses envolvidos no litígio; é a respeito desses efeitos que se passa a tratar.

## **5 As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança no caminho entre a negociação e a não contratação**

### **5.1 O tratamento da questão pelo Superior Tribunal de Justiça**

Na fase preliminar à contratação, a depender dos atos praticados pelas partes, cujo nível de vinculação, como visto, é variável, irradia-se um feixe de situações jurídicas acessórias que vão compor o conteúdo eficaz (também variável) dessa relação jurídica estabelecida no momento de *transição* entre a posição de não contratação para posição de contratação. Frise-se novamente: há uma gradação nessa passagem da posição da não contratação para a posição da contratação definitiva (ou da recusa de fazê-lo) decorrente do dinamismo do processo de formação do contrato.

Com efeito, a variação poderá ser identificada tanto no nível de vinculação estabelecido entre as partes quanto no conteúdo das situações jurídicas irradiadas para cada uma delas; as posições assumidas, portanto, serão distintas a depender do caso, o que, por óbvio, demanda, também, soluções distintas em caso de não concretização da contratação definitiva.

Ou seja, na linha traçada *supra*, de formação do contrato pela passagem por fases distintas, a posição assumida pelas partes, em cada uma dessas fases, pode levar tempo considerável, caracterizada muitas vezes pela expectativa de contratação futura ou até mesmo, no caso de formação de contrato preliminar, pela existência de um direito de exigir o contrato definitivo. Pode-se, com isso, ter configurada, dentro daquele recorte de tempo presente com olhos para o futuro, uma posição jurídica estável, a qual merece ser tutelada, mesmo que não se constate a formação do contrato preliminar.

Atualmente, verifica-se na doutrina a proposta de uma solução única para tutela dessas situações – quando se reconhece o direito à tutela –, qual seja, a existência de um direito à indenização pautado pelo raciocínio de responsabilidade civil pré-contratual<sup>50</sup>. Aplica-se, sem ressalvas, o disposto no artigo 247 do Código Civil (LGL\2002\400), afirmando que, nesse caso, em que não há sequer um contrato preliminar (com ou sem instrumento), não haveria outra solução possível diversa da condenação ao pagamento de indenização pelas perdas e danos sofridos.

Ao tratar de responsabilidade pré-contratual, Enzo Roppo, como um dos exemplos ensejadores da responsabilização, fala, justamente, da interrupção brusca de uma negociação depois de já se ter

incutido na parte a confiança acerca da segurança na conclusão do contrato<sup>51</sup>. O autor apresenta como solução para tutela das expectativas legítimas criadas na parte surpreendida pela não contratação, *apenas nos casos em que houve dano*, a condenação ao pagamento de indenização<sup>52</sup>. E, em seguida, acrescenta: "a ruptura das negociações gera responsabilidade apenas quando é injustificada e arbitrária, e não já quando é apoiada numa justa causa que a torne legítimo exercício de uma liberdade econômica"<sup>53</sup>.

No que concerne à determinação do *quantum*, Enzo Roppo defende que a parte lesada não terá direito ao valor correspondente ao "interesse contratual positivo", ou seja, ao que auferiria caso o contrato fosse ao final concluído, mas, sim, ao "interesse contratual negativo", que se refere às vantagens que teria percebido em caso de contratação, *somadas* aos danos e despesas causados pelas negociações<sup>54</sup>.

A pesquisa feita no Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema levou à conclusão de que também a jurisprudência se restringe a solucionar a questão por meio da responsabilidade civil, com a correspondente condenação ao pagamento de indenização<sup>55</sup>, ou, quando há contrato preliminar, a concessão de tutela específica no sentido de suprir os efeitos da declaração de vontade da parte para celebração do contrato definitivo<sup>56</sup>, salvo se não for mais possível a celebração do contrato, caso em que também se resolve em perdas e danos, a exemplo do REsp 1.192.726, no qual, pela perda da *affectio societatis*, não foi possível o ingresso da parte na sociedade (contrato definitivo).

A respeito da hipótese em que não há formação do contrato preliminar, quando reconhecido o direito à tutela dos interesses da parte lesada pela frustração de suas legítimas expectativas (esse reconhecimento nem sempre ocorre), a solução, conforme alertado, tem sido no sentido de aplicar o instituto da responsabilidade civil, com a imposição do dever de indenizar; essa solução também é aplicada aos casos em que há contrato preliminar, mas não é possível ou não é mais interessante a contratação definitiva.

Cabe, então, destacar os seguintes resultados: (i) situação em que não há reconhecimento do direito à tutela da parte que teve sua crença frustrada (resultado visto em precedentes formados antes do Código Civil de 2002); e (ii) a que reconhece o direito à tutela e julga por aplicação da responsabilidade civil.

Na primeira situação, dois casos servem para ilustração, sendo um deles julgado pelo Supremo Tribunal Federal, quando ainda não existia o Superior Tribunal de Justiça; cuida-se do RE 88.716/RJ (década de 1970), em que são partes Pão de Açúcar v. Disco, e o REsp 49.564/SP, que tem como partes Bernardo Bichucher e outros v. Banco do Brasil (década de 1990).

A questão central discutida no RE 88.716/RJ voltava-se para saber se a natureza jurídica de um determinado documento era de uma etapa da fase de negociação (documento de punctação) ou de contrato (há ainda a discussão se o contrato seria preliminar ou definitivo, mas a questão é colocada em segundo plano), tendo o STF entendido pela não configuração de um contrato, preliminar ou definitivo, pois não estavam presentes *todos* os elementos da contratação final, os quais seriam imprescindíveis para o reconhecimento da existência tanto do contrato preliminar quanto do contrato definitivo.

Note-se, porém, que o caso, por envolver compra e venda de ações, era regido à época pelo Código Comercial, atraindo a incidência da norma decorrente do seu artigo 126<sup>57</sup>, cuja redação obscura, com o disposto no artigo 191 do mesmo Diploma Legal<sup>58</sup>, dava margem ao intérprete para entender pela necessidade de, no contrato preliminar ou definitivo, conter os elementos integrais da relação estabelecida entre as partes.

Conclui-se, então, que, muito embora o caso seja tido como paradigmático pela situação fática envolvida, a *ratio decidendi* extraída do precedente não mais pode ser aplicada por alteração da norma jurídica que regula essa espécie de litígio, bem como pela previsão expressa do princípio da boa-fé no Código Civil de 2002 e desenvolvimento do seu alcance pela doutrina e jurisprudência (composição do conteúdo da cláusula geral), e, conseqüentemente, dos seus desdobramentos, como o princípio da proteção da confiança.

No caso do REsp 49.564/SP, o contexto fático relatado no acórdão evidencia que efetivamente houve frustração de expectativas legítimas por parte Banco do Brasil que, para consertar anterior concessão de empréstimos sem garantia real e desconto de duplicatas frias, prometeu a Bernardo Bichucher que, depois de retirar as duas empresas beneficiárias dos referidos empréstimos do estado de concordata, por meio de novos financiamentos, continuaria a financiá-las para a recuperação das suas atividades.

Entretanto, o financiamento foi sobrestado logo após as empresas terem saído do estado de concordata (até então o Banco era mero credor quirografário, por isso seu interesse na concessão dos novos financiamentos) e o Banco ter conseguido a celebração de instrumento de confissão de dívida com

Bernardo Bichucher, no qual foram prestadas garantias reais por ele, sua esposa e outras empresas (solventes) totalmente desvinculadas da situação.

Há mais um dado relevante: Bernardo Bichucher era sócio de outras empresas na região Nordeste e somente mudou-se para São Paulo para conduzir a recuperação das empresas que requereram a concordata, tudo isso na crença de que teria o auxílio do Banco do Brasil no processo de saída do estado da concordata e, posteriormente, de recuperação de suas atividades.

Surpreendendo a todos, o Banco sobrestou o financiamento e iniciou o processo de execução judicial, agora com a garantia real do patrimônio de Bernardo Bichucher, sua esposa e das empresas referidas, que eram desvinculadas daquelas que haviam requerido a concordata. Com isso, os executados ajuizaram ação indenizatória, com fundamento em responsabilidade pré-contratual, para ressarcimento dos prejuízos por eles sofridos, sendo o ato ilícito caracterizado pela ruptura da fase de negociação envolvendo os contratos de financiamento para recuperação das atividades das empresas.

Ocorre que, em todas as instâncias, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, o pedido indenizatório foi julgado improcedente ao argumento de que não havia o instrumento do contrato preliminar que garantisse aos autores a futura contratação dos financiamentos após a saída do estado de concordata para a recuperação das atividades da empresa.

Apenas no voto vencido da Ministra Nancy Andrighi é que se reconheceu que houve ruptura indevida da promessa de continuação do financiamento, no qual a Ministra, acertadamente, afirmou que "o pré-contrato se caracteriza por um conjunto de atos que demonstrem a intenção inequívoca de negociar, que embora ainda não constituam um contrato formalizado, geram vínculos e, em consequência, responsabilidades para ambos os interessados no negócio". Ou seja, reconheceu que, ainda que não se considerasse formado o contrato preliminar, a tão só crença na contratação, com a adoção de conduta com base nessa crença, seria apta a gerar responsabilidades para as partes.

Destaca-se, ainda, o REsp 1.192.726/SC interposto no curso de demanda que pretende a rescisão de contrato de cessão de quota social (contrato preliminar à alteração do contrato social) e a condenação ao pagamento de indenização pelos danos sofridos pelos autores; houve reconvenção, por meio da qual se pleiteou, ao revés, a alteração do contrato social para ingresso de ré/reconvinte na sociedade ou pagamento de indenização.

Nesse caso, o STJ entendeu que houve cumprimento por parte da ré/reconvinte do quanto avençado no contrato cessão de quotas sociais (esse contrato previa um complexo de obrigações para ambas as partes, as quais teriam sido cumpridas pela ré/reconvinte), de modo que teria, realmente, o direito de ingressar no quadro societário da empresa cujas quotas foram objeto do contrato de cessão. Entretanto, ponderou, à luz do artigo 1.034, II, CC/2002 (LGL\2002\400), que a sociedade pode ser dissolvida judicialmente a requerimento de qualquer dos sócios, pela quebra da *affectio societatis*.

Com base nisso, muito embora não tenha concedido a tutela específica de ingresso na sociedade, reconheceu a necessidade de tutela da cessionária, determinando a condenação dos autores/reconvindos ao pagamento de indenização pelos danos sofridos (os valores pagos para a aquisição das quotas sociais), com fundamento em responsabilidade civil pré-contratual.

Vale esclarecer, no entanto, que, apesar de se ter verificado a concessão de tutela indenizatória neste último caso, diversamente dos dois primeiros, há, aqui, a peculiaridade de existência de um contrato preliminar formalizado em um instrumento, o que impossibilita a afirmação de que houve uma evolução no entendimento da Corte; afinal, não se sabe se, caso não houvesse o instrumento, o resultado seria este.

De todo modo, importante concluir que a análise desses e de outros precedentes pesquisados conduziu à conclusão de que não há uma tentativa, pelo menos a princípio, de adequação da tutela concedida à situação concreta posta para decisão e que muito disso se deve à associação direta desse tipo de litígio ao instituto da responsabilidade civil. Todavia, esse mecanismo não parece suficiente para todos os casos; por outro lado, o sistema oferece base normativa (o princípio da proteção da confiança) para soluções distintas que precisam ser visitadas, até como forma de dar subsídios aos advogados na busca pela tutela mais adequada aos interesses de seus clientes que, certamente, não se resume a recebimento de pecúnia.

## 5.2 A imposição de contratação

A possibilidade de imposição de contratação pelo Poder Judiciário constitui hipótese de tutela específica do direito, ou seja, aquela que não importa em conversão em perdas e danos quando se tratar, originariamente, de obrigação de fazer ou não fazer e que, no caso de existência de contrato preliminar, encontra-se expressamente prevista no artigo 464 do Código Civil (LGL\2002\400).

A questão, portanto, está em saber não só se, apesar da inexistência de instrumento, houve efetiva celebração de contrato preliminar decorrente de comportamento concludente das partes, mas, também,

se, mesmo não existindo contrato preliminar, com ou sem instrumento, haveria o direito à contratação em razão das legítimas expectativas criadas em uma das partes.

No primeiro caso, não nos parece haver outra resposta senão a de possibilidade de imposição de contratação, por incidência da norma decorrente do referido artigo 464 do Código Civil (LGL\2002\400), sempre que houver sua conformação pelo comportamento das partes<sup>59</sup>. Isso porque é a realização, no mundo dos fatos, dos elementos nucleares do negócio jurídico que lhe garante existência e, uma vez existente, faz-se incidir a norma jurídica correspondente e, conseqüentemente, toda a carga eficaz nela prevista: os direitos e deveres correspectivos dos quais as partes passam a ser titulares.

Exemplo corriqueiro dessa questão é a promessa de compra e venda, em que o promitente vendedor, diante de uma proposta mais vantajosa ou do arrependimento de se desfazer do bem, recusa-se a proceder ao registro da transferência de propriedade, mesmo após o pagamento do preço pelo promitente comprador. Aqui, o Superior Tribunal de Justiça, por entendimento consolidado antes mesmo da entrada em vigor do Código de Civil de 2002, supre os efeitos da declaração de vontade, determinando a realização do registro no cartório competente<sup>60</sup>.

Nesse sentido, bem esclarecem Wanderley Fernandes e Jonatham Oliveira que a intenção das partes ao celebrarem um contrato preliminar ou adotarem outras medidas voltadas à obtenção de segurança nas suas negociações é, justamente, garantir a contratação definitiva, e não assegurar, simplesmente, o direito à percepção de indenização por perdas e danos<sup>61</sup>.

No entanto, é preciso notar que, em virtude da intensa interferência que exerce na esfera de liberdade dos sujeitos, a aplicação desse instituto deve ocorrer de forma bastante criteriosa, observando-se, sobretudo, se houve o estabelecimento, pelas partes, dos elementos essenciais do contrato definitivo<sup>62</sup>. Isto é, se foi conformado o suporte fático de incidência da norma decorrente do artigo 462 do Código Civil (LGL\2002\400), pois não é dado ao órgão julgador substituir a vontade das partes, com a definição do conteúdo do negócio jurídico; o espaço de exercício de poder pelo julgador, portanto, restringe-se ao suprimento dos *efeitos* da vontade já declarada pelas partes<sup>63</sup>.

A exceção, aqui, surge em caso de previsão expressa de cláusula de arrependimento, situação em que é retirada eficácia vinculante irradiada pelo contrato preliminar no sentido de conferir segurança para a imposição da contratação definitiva<sup>64</sup>. Note-se que, mesmo pela ótica da confiança, a existência dessa espécie de cláusula fragiliza sobremaneira o instrumento que configura a "base da confiança" da parte, de modo que as expectativas criadas nas partes acabam sendo mais frágeis, com a expressa assunção de maiores riscos.

A partir daí, é possível perceber que, na segunda hipótese, em razão da previsão expressa do artigo 462, bem como da impossibilidade de o Poder Judiciário conformar o conteúdo da relação jurídica estabelecida entre as partes, o comportamento concludente somente será capaz de gerar o suprimento dos efeitos da declaração de vontade se presentes os elementos essenciais do contrato definitivo. Essa limitação, portanto, *impede* que a comprovação da criação de expectativas legítimas de contratação futura gere o direito à contratação se não estiverem presentes, também, os elementos essenciais do contrato definitivo.

A legítima expectativa na contratação futura, por si só, não gera o direito à contratação definitiva, que apenas irradiará se presentes os seus elementos essenciais. Todavia, essa limitação não implica restrição, nos casos em que não estão presentes os elementos essenciais do contrato, à solução de conversão em perdas e danos. É o que se passa a tratar no tópico que se segue.

### **5.3 O estabelecimento de regras de transição**

Na introdução do presente trabalho, foi feito o alerta de que a velocidade com que são feitas e desfeitas as relações na atualidade, associada ao aumento da complexidade das operações estabelecidas entre as empresas e entre estas e os indivíduos, tem gerado dificuldades interpretativas que se refletem na definição das consequências jurídicas irradiadas dos atos (em sentido amplo) praticados pelas partes na fase preliminar à contratação.

Depois, alertou-se para o redimensionamento da noção de confiança também em razão da velocidade e fluidez na mudança de posições assumidas pelas partes, nos mais diversos contextos, mas com especial atenção para as posições assumidas ao longo do processo de formação do contrato.

Como consequência direta disso, constata-se que a velocidade com que ocorrem as mudanças atualmente requer do direito a apresentação de mecanismos que sejam com ela compatíveis; se mudam as situações, devem mudar, também, as respostas, pois, geralmente, as respostas velhas não se revelam suficientes para as questões novas (questões novas exigem respostas novas). É nesse contexto que se propõem o desenvolvimento e, sobretudo, a aplicação do que se denomina "direito transicional"<sup>65</sup>.

Trata-se da criação de critérios e regras de transição, como consequência da incidência do princípio da proteção da confiança nas situações jurídicas em que houve a quebra da estabilidade<sup>66</sup>. Neste trabalho, considera-se a quebra da estabilidade decorrente da decisão pela não contratação depois de ter passado por um período preliminar de negociação, no qual houve criação de vínculos e realização de esforços que culminaram na criação de expectativas (legítimas) de celebração do contrato principal, mas sem haver a celebração do contrato preliminar, seja ele com ou sem instrumento.

A necessidade de criação de regras de transição nessas hipóteses justifica-se exatamente para evitar uma brusca ruptura de expectativas caracterizadas pela crença de celebração do contrato principal (de conclusão exitosa do processo de formação do contrato). As regras de transição vão possibilitar, então, uma adaptação mais suave à posição de não contratação, após todos os esforços empreendidos ao longo da fase preliminar.

Ressalte-se, no entanto, que tais esforços somente terão relevância para os fins aqui propostos: *a um*, se realizados a partir do incentivo da parte contrária, e não de mera assunção do risco negocial; *a dois*, se, ao longo do processo de formação do contrato, restar conformada uma posição de estabilidade para a parte lesada (por exemplo, prestação continuada de um serviço que seja preparatório para a execução do contrato final).

A não constatação de uma posição de estabilidade no processo de formação do contrato afasta a necessidade de estabelecimento de uma situação/fase de transição, a qual somente se justifica para mudança de um polo estável para outro, quando não esperada essa segunda situação de estabilidade.

O direito a um regime de transição surge no âmbito do direito público, em que o princípio da proteção da confiança é tido como um desdobramento da segurança jurídica; assim, inserido nesse contexto, Humberto Ávila sustenta que esse regime decorreria da incidência do princípio da segurança jurídica, sendo o dever de continuidade uma obrigação advinda da dimensão objetiva da segurança jurídica orientada para o futuro<sup>67</sup>.

Embora a opção feita neste trabalho tenha sido pela análise sob a perspectiva do direito privado, a partir do princípio da boa-fé, é incontestável a importância da noção de continuidade para o enfrentamento do problema também nesse âmbito. A diferença é que, aqui, não se trata de um dever de continuidade do Estado para com o cidadão, mas, sim, o direito da parte lesada em face daquela que lhe criou e frustrou as expectativas de contratação, após um longo período de negociação.

Isso porque a exigência de continuidade busca relacionar o passado, o presente e o futuro, atribuindo ao tempo não mais uma noção fragmentária, mas, sim, a de um todo unitário e contínuo<sup>68</sup>. É justamente a partir da noção de continuidade que se torna possível encontrar o ponto de equilíbrio entre a possibilidade de mudança (existência do direito de não contratar, como face negativa da liberdade de celebração dos contratos) e da proteção das situações de confiança.

A pretensão é que, com esse regime, se estabeleça uma forma menos agressiva, ou seja, mais suave de passagem de uma posição jurídica estável para uma nova posição jurídica decorrente da frustração provocada pela recusa injustificada de celebração do contrato definitivo, após o período de negociação preliminar, o qual, como diversas vezes alertado, poderá ser marcado por níveis e conteúdos distintos de vinculação entre as partes.

Antonio do Passo Cabral ensina-nos, também no âmbito do direito público, mas, aqui, perfeitamente aplicável, que a edição de regras de transição corresponderia a um direito de adequação ou, no alemão, *Recht auf Anpassung*, que garante a redução do impacto na alteração de uma posição estável para novas posições jurídicas<sup>69</sup>. A necessidade de redução de impacto pelas posições assumidas pelos sujeitos não é restrição das relações de direito público, podendo (e devendo) ser transplantada para o âmbito privado, afinal, por meio do direito transicional, busca-se, em qualquer contexto, o equilíbrio entre o sacrifício e a promoção dos valores e interesses titularizados por cada um dos polos da relação.

Ademais, se bem percebidas as coisas, é possível identificar a previsão de regra de transição, no próprio Código Civil (LGL\2002\400), com relação à denúncia unilateral do contrato, ao estabelecer, no parágrafo único do artigo 473, que, se “[...] uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. Essa mesma regra se repete no artigo 720 do Código Civil (LGL\2002\400)<sup>70</sup>.

A análise sistemática do Código Civil (LGL\2002\400), considerando, além do princípio da proteção da confiança, tratado *supra*, que, por si só, já serviria de fundamento suficiente para extrair, como consequência jurídica, o estabelecimento de regras de transição em caso de quebra de expectativas legítimas, também nos permite defender que a intenção do legislador foi justamente proteger, da forma mais eficaz possível, a atuação pautada pela confiança gerada pela contraparte.

A diferença entre a situação prevista no artigo 473 e a ora tratada é que, naquele caso, a situação de confiança é extraída, com maior facilidade e objetividade, do contrato celebrado pelas partes, o que não nos impede de identificar, no mundo dos fatos, outros contextos que permitam extrair também situação de confiança merecedora de tutela equivalente.

É o caso, por exemplo, de ata de reunião realizada entre as partes, na qual resta registrada a efetiva autorização por parte de uma delas para que seja contraído um financiamento, aberto processo de contratação de novos funcionários para atender à demanda do contrato que será celebrado, constituído um consórcio com outras empresas ou, ainda, iniciada a prestação de serviço prévio e preparatório do objeto da contratação final.

Desse modo, caso sejam feitos investimentos, realizadas obras para a contratação final, em virtude de incentivo dado pela outra parte de que a contratação final seria efetivada, não há razão para negar uma tutela específica se assim forem satisfeitos, de forma mais adequada, os interesses da parte lesada.

A título exemplificativo do que poderia ser uma regra de transição, tem-se a situação em que a publicidade decorrente da prestação do serviço para uma determinada empresa seria mais adequada para a satisfação dos interesses da parte lesada, de forma que a possibilidade, ainda que por um curto período, de realização do objeto final (ou mesmo de um serviço intermediário) poderá constituir um meio de redução do impacto na mudança para a posição de não contratação. No caso, a intenção na contratação definitiva poderia não ser a prestação do serviço em si, mas, sim, a possibilidade de divulgação de que se prestou o serviço para aquela empresa de grande porte, de modo que o retorno pela publicidade poderá ser muito maior do que a própria indenização.

O regime de transição caracteriza-se como uma forma de tutela distinta da imposição de contratação, que somente é possível em caso de conformação do contrato preliminar, e da determinação do pagamento de quantia a título de indenização. Esta última constitui, como se sabe, solução alternativa para que a parte lesada, em qualquer que seja a situação, não reste totalmente descoberta, porém, em muitos casos, não consegue colocar a parte no estado em que se encontrava antes da lesão aos seus interesses.

Assim, a implantação de um regime de transição constitui um instrumento (novo) que permitirá a adequação efetiva da tutela aos interesses das partes, garantindo, ainda, que haja um equilíbrio entre a necessária proteção das legítimas expectativas da parte, tutelada pelo princípio da proteção da confiança, e a existência de um direito à não contratação titularizado pela contraparte, irradiado da própria liberdade de celebração de contratos (faceta negativa).

Não por outra razão, o conteúdo do regime de transição apenas poderá ser definido no caso concreto, diante das suas especificidades e dos interesses em questão, até porque haverá casos em que, aparentemente, a melhor solução seja a implantação desse regime, mas que, por questões outras, haja uma preferência pelo pagamento da verba indenizatória. A resposta não pode, pois, ser alcançada *a priori*, mas apenas no julgamento do caso, dada a adaptabilidade inerente ao instituto.

## 6 Considerações finais

O presente trabalho, como foi possível perceber, teve como principal motivação a apresentação de uma solução que pudesse satisfazer da forma mais adequada aos interesses objeto de litígio envolvendo a quebra de legítimas expectativas por ruptura na fase de negociação preliminar. O alcance dessa conclusão, no entanto, demandou que alguns passos prévios fossem dados, inclusive para que fossem apresentadas as possibilidades fáticas surgidas nesse contexto e as soluções usualmente aplicadas na doutrina e jurisprudência.

Primeiramente, demonstrou-se que, no processo de formação do contrato, compreendido entre a fase preliminar e a sua conclusão, há a formação de vínculos com níveis de intensidade e conteúdos distintos, a depender do tempo e esforços empreendidos pelas partes. Assim, pode-se verificar desde a formação de um contrato preliminar, passando pela criação de expectativas legítimas de contratação final, mas sem a conformação de um contrato preliminar, até o simples desenvolvimento da negociação pautado pelo risco de não contratação final. Viu-se, então, que cada uma dessas situações gera consequências jurídicas distintas, e a última hipótese não é sequer relevante para o problema ora em discussão.

No caso em que se constata a existência de contrato preliminar (caracterizado pela verificação dos elementos essenciais do contrato final) e a correspondente recusa de contratação definitiva, analisaram-se as duas soluções, ordinariamente, propostas pela doutrina e jurisprudência: (i) condenação ao pagamento de indenização por perdas e danos; ou (ii) a concessão de tutela específica com a substituição dos efeitos da declaração de vontade da parte por meio de sentença judicial. Para tanto, recortou-se a pesquisa de precedentes no Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, enfrentou-se o problema das situações em que não há um instrumento subjacente ao contrato preliminar, formando-se a relação contratual preliminar pelo comportamento concludente das

partes, que considera, também, outros instrumentos esparsos, sem a denominação “contrato preliminar”.

Nessa oportunidade, verificou-se que a relevância do tratamento do comportamento concludente decorre de ele carregar em si uma declaração tácita de vontade e, bem assim, que somente será possível afirmar a existência de um contrato preliminar se do comportamento for possível extrair um significado negocial, com definição dos elementos essenciais do contrato final; nada obstante, do comportamento também poderá ser extraído, como significado, a conformação de uma situação de crença legítima.

Quanto à hipótese em que há a criação de expectativas legítimas de contratação final, mas sem a conformação de um contrato preliminar, observou-se que a questão principal passa a envolver quais as consequências jurídicas decorrem da frustração da crença legítima de contratação final. Não por outra razão, procedeu-se à análise do princípio da proteção da confiança, demonstrando os pressupostos de sua incidência e a amplitude de seu alcance, por ser ele um desdobramento do princípio da boa-fé, o qual é extraído de uma cláusula geral – texto normativo caracterizado pela abertura no antecedente e consequente normativo.

Constatou-se que, quanto mais confiança (ou maior a sensação de confiança) houver entre as partes, menos formais tendem a ser as relações, no entanto a informalidade decorrente da confiança não pode gerar uma situação de desproteção dos sujeitos que com base nela agiram; não se pode punir por confiar ou deixar de punir por melhor esconder as falsas promessas. A confiança, ao revés, deve ser estimulada, justamente, por retirar a complexidade das relações sociais, o que pode/deve ser feito pelo fornecimento de mecanismos que garantam a tutela daquele que exerce sua liberdade pautado pela confiança.

Passou-se, então, à análise das consequências jurídicas da incidência do princípio da proteção da confiança nas situações compreendidas no processo de formação do contrato quando há recusa na celebração do contrato definitivo.

Ordinariamente, foram vistos, como consequências possíveis, a ausência de tutela pela não verificação do instrumento do contrato preliminar, o suprimento dos efeitos da declaração de vontade por meio de sentença judicial quando existente o contrato preliminar e a condenação ao pagamento de verba indenizatória. Entretanto, a análise dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e das situações hipotéticas sugeridas na doutrina permitiu concluir pela insuficiência dos mecanismos de tutela postos à disposição das partes, advogados e magistrados.

Diante disso, cumprindo a motivação inicial do trabalho, propôs-se, como solução a ser aplicada quando rompida a negociação, após a criação de legítimas expectativas em uma das partes, com atuação pautada pelo incentivo da parte desistente e a configuração de uma situação de estabilidade, o estabelecimento de um regime de transição. A finalidade é permitir, no caso concreto, a adequação efetiva da tutela aos interesses das partes, garantindo o equilíbrio entre a necessária proteção das legítimas expectativas de uma parte e a existência de um direito à não contratação titularizado pela outra.

### Referências bibliográficas

ABREU, Jorge de; PITTA E CUNHA, Tiago. *Responsabilidade civil pré-contratual: um caso de ruptura de negociações e a confiança do lesado*. Lisboa: Abreu & Marques, 1999.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: ente continuidade, mudança e transição de posições jurídicas processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013.

CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência à luz do Código de 2004*. Coimbra: Almedina, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *Pareceres*. Salvador: JusPodivm, 2014.

- FERNANDES, Wanderley. O processo de formação do contrato. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERNANDES, Wanderley; OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato preliminar: segurança de contratar. In: FERNANDES, Wanderkey (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREIRA, Aurélio Albuquerque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.
- JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Trad. Paulo da Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contrato preliminar. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. Autonomia privada, confiança e boa-fé: princípios informadores da relação obrigacional. *Revista Baiana de Direito*, Salvador, n. 4, 2009.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de eficácia*. 1ª parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 1995.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A disciplina do contrato preliminar no novo Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro. *Questões controvertidas no novo Código Civil (LGL\2002\400)*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. 3.
- PRATA, Ana. Notas sobre responsabilidade pré-contratual. Coimbra: Almedina, 2002.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROSENVALD, Nelson. O contrato preliminar. *JUS*, Belo Horizonte, ano 41, n. 23, jul.-dez. 2010.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A tutela da confiança e os limites éticos para a denúncia do contrato. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano XII, n. 69, jan.-fev., 2011.

1 Nesse sentido: FERNANDES, Wanderley. O processo de formação do contrato. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 224.

2 Adota-se “situação jurídica” no sentido amplo proposto por Marcos Bernardes de Mello: “(situação jurídica) em sentido lato designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que um sujeito de direito se encontre no mundo jurídico” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de eficácia*. 1ª parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 95).

3 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 85.

4 ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 85.

5 FERNANDES, Wanderley. O processo de formação do contrato, cit., p. 233.

6 Defendendo a autonomia do contrato preliminar: ROSENVALD, Nelson. O contrato preliminar. *JUS*, Belo Horizonte, ano 41, n. 23, jul.-dez. 2010. p. 160; LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contrato preliminar. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 313.

7 Na definição proposta por Pontes de Miranda, negócio jurídico é o ato jurídico cujo suporte fático tem como um dos elementos essenciais a manifestação da vontade, com o poder de criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões, ações ou exceções, tendo como pressuposto deste poder o autorregramento da vontade. A vontade, portanto, não cria efeitos, apenas constitui o suporte fático de incidência de regra jurídica; somente após a jurisdicização do fato, transformando-se em fato jurídico, é que se irradiarão os efeitos correspondentes. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. 3. p. 29).

8 OLIVEIRA, Jonathan Mendes; FERNANDES, Wanderley. Contrato preliminar: segurança de contratar. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 295.

9 PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A disciplina do contrato preliminar no novo Código Civil brasileiro. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2. p. 358.

10 OLIVEIRA, Jonathan Mendes; FERNANDES, Wanderley. Contrato preliminar: segurança de contratar, cit., p. 297.

11 A respeito do tema, ensina Carlos Augusto Silveira Lobo: "O objeto do contrato preliminar é uma prestação de fazer adjetiva, ou seja, de celebrar o contrato principal. Distingue-se deste por isso, pois o contrato principal tem por objeto uma prestação substantiva, que cria, transfere, ou extingue direito e obrigações" (LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contrato preliminar, cit., p. 313).

12 Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

13 LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contrato preliminar, cit., p. 321-322.

14 LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contrato preliminar, cit., p. 322.

15 Favoráveis à celebração tácita do contrato preliminar: LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contrato preliminar, cit., p. 320; FERNANDES, Wanderley. O processo de formação do contrato, cit., p. 307

16 Exemplos extraídos do texto: LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contrato preliminar, cit., p. 316.

17 FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 506.

18 FERNANDES, Wanderley. O processo de formação do contrato, cit., p. 259.

19 LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contrato preliminar, cit., p. 315 e ss.

20 Por isso mesmo, discorda-se da posição adotada por Wanderley Fernandes no sentido de que não é possível a determinação do momento exato de formação do contrato (FERNANDES, Wanderley. O processo de formação do contrato, cit., p. 227 e ss.). Esclareça-se, por oportuno, que o fato de se entender pela existência de um momento de concreção (existência) do negócio jurídico não desnatura a noção de um processo de formação do contrato. A distinção de posicionamento é que haverá um momento em que se terão por reunidos todos os pressupostos fáticos necessários à incidência da norma. O dinamismo revela-se não na concreção do fato jurídico, mas na formação do seu principal pressuposto fático, a manifestação de vontade com poder de autorregramento; é a manifestação da vontade que se dará de forma fluida.

21 Pela extensão do presente trabalho, a segunda questão deste primeiro problema não será enfrentada à exaustão, sendo feita referência a ela de forma acessória apenas, pois não será objetivo verificar quais seriam os critérios a serem observados para verificação da conformação do contrato.

22 ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 93.

23 ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 93.

24 Enzo Roppo fala em "manifestação tácita de vontade" (ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 94).

25 MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 746.

26 MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico, cit., p. 752.

27 MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico, cit., p. 548.

28 MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico, cit., p. 753.

29 MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico, cit., p. 892.

30 MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia da. Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico, cit., p. 892.

31 REsp 145.204/BA, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 20.10.1998, DJ 14.12.1998, p. 245.

32 CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*: estudo de direito civil e de direito processual civil, com exemplo no requerimento infundado da insolvência à luz do Código de 2004. Coimbra: Almedina, 2006. p. 75.

33 URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A tutela da confiança e os limites éticos para a denúncia do contrato. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano XII, n. 69, jan.-fev. 2011. p. 116.

34 Nesse sentido, claras são as palavras de Fredie Didier Jr. e Daniela Bomfim que sintetizam a noção de boa-fé subjetiva como “o estado psicológico de crença do indivíduo na legitimidade da situação fática que lhe é apresentada” (DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. *Pareceres*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 170).

35 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 104.

36 Confiança. S.f. 1. Segurança íntima de procedimento. 2. Crédito, fé: O mensageiro não merecia a confiança nele depositada. 3. Boa fama: A joalheria é de confiança. 4. Segurança e bom conceito que inspiram as pessoas de probidade, talento, discrição, etc. 5. Esperança firme: O congresso inaugurou-se numa atmosfera de confiança. 6. Familiaridade (3). 7. Pop, Atrevimento, Petulância. 8. Bras. Atos libidinosos; licença. S.m. 9. Bras., RS. Empregado (ou outra pessoa) de confiança, com quem se pode contar em qualquer situação: “andei muito por esses meios, como vaqueano, como chasque, como confiança dele” (LOPES NETO, Simões. *Contos gauchescos e lendas do Sul*. p. 168). Dar confiança a. Tratar (alguém) com familiaridade e/ou consentir em ser assim tratado. Depositar confiança em. 1. Crer na honradez ou discrição de. 2. Ter em bom conceito, em alta estima (FERREIRA, Aurélio Albuquerque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 451).

37 SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 87.

38 URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A tutela da confiança e os limites éticos para a denúncia do contrato, cit., p. 110.

39 CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1248.

40 URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa. A tutela da confiança e os limites éticos para a denúncia do contrato, cit., p. 117.

41 MARTINS-COSTA, Judith. Autonomia privada, confiança e boa-fé: princípios informadores da relação obrigacional. *Revista Baiana de Direito*, Salvador, n. 4, 2009. p. 319.

42 MARTINS-COSTA, Judith. Autonomia privada, confiança e boa-fé, cit., p. 324.

43 MARTINS-COSTA, Judith. Autonomia privada, confiança e boa-fé, cit., p. 325-326.

44 MARTINS-COSTA, Judith. Autonomia privada, confiança e boa-fé, cit., p. 326.

45 MARTINS-COSTA, Judith. *Autonomia privada, confiança e boa-fé*, cit., p. 324.

46 MARTINS-COSTA, Judith. *Autonomia privada, confiança e boa-fé*, cit., p. 329-330.

47 FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 506 e ss.

48 Ibidem, p. 507.

49 Ibidem, p. 506.

50 Cf. JHERING, Rudolf von. *Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Trad. Paulo da Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008; ABREU, Jorge de; PITTA E CUNHA, Tiago. *Responsabilidade civil pré-contratual: um caso de ruptura de negociações e a confiança do lesado*. Lisboa: Abreu & Marques, 1999; PRATA, Ana. *Notas sobre responsabilidade pré-contratual*. Coimbra: Almedina, 2002; OLIVEIRA, Jonathan Mendes; FERNANDES, Wanderley. *Contrato preliminar*, cit., p. 328.

51 ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 106.

52 ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 106.

53 ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 107.

54 ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., p. 108.

55 REsp 1.192.726/SC, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 17.03.2015, DJe 20.03.2015; REsp 32.942/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., j. 25.10.1993, DJ 13.12.1993, p. 27465).

56 REsp 1.185.383/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 08.04.2014, DJe 05.05.2014; REsp 856.826/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Ari Pargendler, 3ª T., j. 19.02.2008, DJe 05.11.2008 – neste caso, a decisão judicial teve por finalidade suprir a vontade do promitente comprador; REsp 424.543/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 06.03.2003, DJ 31.03.2003, p. 217; REsp 306.012/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, 4ª T., j. 10.09.2002, DJ 17.03.2003, p. 234; REsp 6.370/SP, rel. Min. Nilson Naves, 3ª T., j. 20.08.1991, DJ 09.09.1991, p. 12196.

57 Art. 126. Os contratos mercantis são obrigatórios; tanto que as partes se acordam sobre o objeto da convenção, e o reduzem a escrito, nos casos em que esta prova é necessária.

58 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 reputa o contrato perfeito senão depois de verificada a condição (artigo 127).

59 Admitindo a possibilidade de verificação dos elementos essenciais do contrato definitivo com base em elementos objetivos do comportamento das partes: OLIVEIRA, Jonathan Mendes; FERNANDES, Wanderley. *Contrato preliminar*, cit., p. 322.

60 Cf. nota 56.

61 OLIVEIRA, Jonathan Mendes; FERNANDES, Wanderley. *Contrato preliminar*, cit., p. 319.

62 OLIVEIRA, Jonathan Mendes; FERNANDES, Wanderley. *Contrato preliminar*, cit., p. 322.

63 OLIVEIRA, Jonathan Mendes; FERNANDES, Wanderley. *Contrato preliminar*, cit., p. 322.

64 OLIVEIRA, Jonathan Mendes; FERNANDES, Wanderley. *Contrato preliminar*, cit., p. 324.

65 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: ente continuidade, mudança e transição de posições jurídicas processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 536.

66 Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 536; e ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009. p. 224.

67 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 604-606.

68 ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*, cit., p. 169 e 606.

69 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*, cit., p. 537.

70 Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente. Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido.