

Université Robert Schuman – Strasbourg III
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Doctorat nouveau régime en cotutelle

Droit International Privé

**LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE SOUS L'EMPIRE DE
LA CONVENTION DE VIENNE SUR LA VENTE
INTERNATIONALE ET DES DROITS FRANÇAIS ET
BRÉSILIEN**

Par

Francisco Augusto PIGNATTA

le 4 juillet 2008

Directeur de recherche en France: **M. Claude WITZ**

Professeur à l'Université Robert Schuman (Strasbourg III) détaché à l'Université de la Sarre

Directeur de recherche au Brésil : **Mme Vera Maria Jacob de FRADERA**

Professeur à l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Jury :

Mme Camille JAUFFRET-SPINOSI, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Mme Iacyr de Aguiar VIEIRA, Professeur à l'Universidade Federal de Viçosa - Brésil

Mme Vera Maria Jacob de FRADERA, Professeur à l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Brésil

M. Claude WITZ, Professeur à l'Université Strasbourg III détaché à l'Université de la Sarre

*Cette étude est dédiée à Sainte Odile (662-720), Patronne de l'Alsace et ma « confidente »
dans les heures difficiles*

Je tiens à exprimer ma profonde reconnaissance à mes deux co-directeurs de thèse, Madame Véra Maria Jacob de Fradera et Monsieur Claude Witz, qui ont accompagné ce travail avec une patience et un dévouement touchants.

Je remercie vivement à Monsieur Gérard Desos pour les corrections de grammaire et de style

« M. Francisco Augusto Pignatta a été membre de la promotion Virginia Woolf (2006) du Collège Doctoral Européen des universités de Strasbourg pendant la préparation de sa thèse. Il a bénéficié des aides spécifiques du CDE et a suivi un enseignement hebdomadaire sur les affaires européennes dispensé par des spécialistes internationaux. Ses travaux de recherche ont été effectués dans le cadre d'une convention de cotutelle avec l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, Brésil, et l'Université Robert Schuman de Strasbourg, France »

Sommaire

SOMMAIRE	9
PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	11
INTRODUCTION	15
- <i>La délimitation de la phase précontractuelle</i>	21
- <i>La Convention de Vienne sur la vente internationale</i>	23
- <i>Les grandes lignes du nouveau Code civil brésilien</i>	29
- <i>Annonce du plan</i>	38
PREMIÈRE PARTIE – LA RUPTURE DE POURPARLERS	41
TITRE 1 – LA RUPTURE DE POURPARLERS EN DROIT FRANÇAIS ET BRÉSILIEN	43
<i>Chapitre 1 – Les conséquences de la rupture de pourparlers : le point de vue français et brésilien</i>	49
Section 1 – La responsabilité découlant d’une atteinte à la bonne foi.....	52
Section 2 – Une nouvelle limite à l’autonomie de la volonté dans le NCCB : l’exigence de la fonction sociale du contrat	80
<i>Chapitre 2 – La sanction de la rupture fautive de pourparlers dans les droits français et brésilien</i>	105
Section 1 – L’application des règles classiques de la responsabilité civile délictuelle à la rupture de pourparlers	105
Section 2 – La détermination du « quantum » de la réparation.....	127
TITRE 2 –APPLICABILITÉ DE LA CONVENTION DE VIENNE À LA RUPTURE DE POURPARLERS	145
<i>Chapitre 1 – La question préalable de l’applicabilité de la Convention de Vienne à la rupture de pourparlers</i>	147
Section 1 – Le silence de la Convention de Vienne en ce qui concerne la rupture de pourparlers	147
Section 2 – L’application de la règle de conflit de lois à la rupture de pourparlers	156
<i>Chapitre 2 – Mise en œuvre de la thèse en faveur de l’application de la Convention de Vienne</i>	165
<i>Sous-chapitre 1 - Une analyse critique de l’article 7</i>	165
<i>Sous-chapitre 2 - La bonne foi dans le droit de la Common Law</i>	173
Section 1 – La liberté de rupture	180
Section 2 – La rupture capable de susciter l’application d’une sanction	191
Section 3 – La sanction	206

DEUXIÈME PARTIE – LA RÉVOCATION DE L’OFFRE.....	219
TITRE 1 - LA RÉVOCATION DE L’OFFRE EN DROIT INTERNE FRANÇAIS ET BRÉSILIEN	229
Sous-titre : Le cas spécifique de la qualification du consommateur par le droit brésilien.....	229
<i>Chapitre 1 – Révocation de l’offre : une autonomie réduite.....</i>	239
Section 1 – Les spécificités des droits français et brésilien relatives à la révocation de l’offre.....	241
Section 2 – Les particularités de l’offre par voie électronique	264
<i>Chapitre 2 – La sanction de la révocation de l’offre</i>	277
Section 1 – La détermination de la responsabilité.....	278
Section 2 – La mise en œuvre de la sanction.....	288
TITRE 2 - LA RÉVOCATION DE L’OFFRE DANS LE CADRE DE LA CONVENTION DE VIENNE	297
<i>Chapitre 1 – Les incertitudes à propos de l’offre et de sa révocabilité</i>	301
Section 1 – Les conditions de l’offre.....	302
Section 2 – Le difficile compromis de l’article 16	322
<i>Chapitre 2 – La sanction de la révocation de l’offre</i>	337
Section 1 – La norme applicable à la sanction.....	338
Section 2 – L’étendue de la réparation.....	350
CONCLUSION	361
BIBLIOGRAPHIE.....	365
TABLE DE MATIÈRES.....	421
RÉSUMÉ EN LANGUE PORTUGAISE	427

Principales abréviations

Ap. civ.	Apelação civil (recours dirigé aux Tribunaux de Justice des États)
Ass. plén.	Assemblée plénière
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof (Cour fédérale de Justice)
BGHZ	Bulletin de la Bundesgerichtshof
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CCI	Chambre du commerce internationale
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Code de protection du consommateur)
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil du 5 octobre 1988
CIRDI	Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
CJFE	Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation
CLOUT (système)	Case law on uniform texts
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (en anglais : UNCITRAL)
CVIM	Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises de 11 avril 1980 (en anglais : CISG)
Défrenois	Répertoire Défrenois
Des.	Desembargador (juge des Tribunaux de Justice des États)
DJ	Diário de Justiça (Journal officiel de la Justice)
DPCI	Droit et pratique du commerce international
Droit	Revue Droit
Éd.	Maison d'édition

éd.	édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HR	Hoge Raad (Pays Bas)
ICC	International Chamber of Commerce
INCOTERMS	International Commercial Terms
IR	Informations Rapides du Recueil Dalloz
JCP	La Semaine Juridique, édition générale
JCP G	La Semaine Juridique, édition générale
JCP E	La Semaine Juridique, édition Entreprise et Affaires
JDI	Journal de droit international (Clunet)
LPA	Les Petites Affiches
LUFC	Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels du 1 ^{er} juillet 1964
LUVI	Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels du 1 ^{er} juillet 1964
Mercosul	Mercado Comum do Sul
Min.	Ministre (juge du STJ ou de STF)
n°	numéro
NCCB	Nouveau Code civil brésilien (entré en vigueur en janvier 2003)
obs.	observations
p.	page
PDEC	Principes du droit européen de contrats
RBDC	Revista Brasileira de Direito Comparado
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDA	République Démocratique Allemande
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDP	Revue de droit public
RE	Recurso extraordinário (recours dirigé seulement au STF)
REDP	Revue Européenne de droit privé
Rel.	Relator (rapporteur d'un recours)

REsp.	Recurso especial (recours dirigé seulement au STJ)
Rev. crit. Leg. Jur.	Revue critique de législation et de jurisprudence
RG	Reiscsgericht (Tribunal de l'Empire)
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence des droits des affaires
RRJ	Revue de la recherche juridique
RSTJ	Revue du STJ
RT	Revue Revista dos Tribunais
(Éd. RT)	Maison d'édition Revista dos Tribunais
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	Suprêmo Tribunal Federal (Tribunal suprême)
STJ	Superior Tribunal de Justiça (Tribunal supérieur)
t.	tome
TCFDIP	Travaux du comité français de droit international privé
TGI	Tribunal de grande instance
TJ	Tribunal de Justiça (Tribunal de seconde instance des États)
TJ-BA	Tribunal de Justiça do Estado de Bahia
TJ-DF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJ-MG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJ-PR	Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
TJ-RGS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJ-RJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJ-SC	Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
TJ-SP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit Privé
vol.	volume
WEB	World Wide Web (en français: toile d'araignée mondiale)

Résumé en langue portugaise

Université Robert Schuman – Estrasburgo III
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Doutorado em regime de cotutela

Direito Internacional Privado

**A FASE PRÉ-CONTRATUAL SOB A ÉGIDE DA
CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE A COMPRA E
VENDA INTERNACIONAL E DOS DIREITOS
FRANCÊS E BRASILEIRO**

(RESUMO EM PORTUGUÊS)

Tese sustentada publicamente em Strasbourg (França)

no dia 4 de julho de 2008

por

Francisco Augusto PIGNATTA

Membros do Juri :

Profa. Véra Maria Jacob de FRADERA (*Diretora de pesquisa no Brasil*), Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil

Prof. Claude WITZ (*Diretor de pesquisa na França*), Professor da Faculdade de Direito da Université Robert Schuman (Estrasburgo), França

Profa. Iacyr de Aguiar VIEIRA, Professora da Universidade Federal de Viçosa (UFV), Brasil

Profa. Camille JAUFFRET-SPINOSI, Professora da Universidade de Paris (Panthéon-Assas – Paris II), França

Introdução

A responsabilidade civil é definida como a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa à outra. Mas, é na fase pré-contratual que a aplicação desta regra adquire contornos particulares. As partes, neste período, não possuem nenhum vínculo obrigacional e, portanto, elas podem ser responsáveis. O objetivo esperado de uma negociação é a conclusão de um contrato. Entretanto, se durante as negociações há uma ruptura das tratativas causada pela ação unilateral de uma das partes e cuja consequência é a produção de um dano à outra, o direito não pode ficar inerte.

Nas relações humanas e, por consequência, durante as negociações de um contrato, existe um dever geral de não causar prejuízos a outrem. Quando esta regra geral é violada, necessário é que o direito proteja a vítima. Sobre essa base, foi edificada a responsabilidade pré-contratual: se uma parte coloca um ponto final às tratativas e, desse fato, um dano sobrevém à outra parte, é necessário, em princípio, reparar esse dano. Porém, como o período das tratativas é marcado pelo princípio da liberdade contratual, o modo como a ruptura foi feita será importante para a responsabilização: o fundamento da sanção será a falsa esperança dada por uma das partes à outra.

Durante o período anterior à conclusão do contrato, durante as tratativas, existe entre as partes um certo vínculo que não pode ser rompido, a não ser que seja de acordo com a equidade comercial. O fato de entrar em tratativas poderá, em certos casos e sob certas condições, obrigar as partes. Na realidade, o período de amadurecimento das vontades se caracteriza pelo declínio da liberdade contratual, proporcional à progressão das tratativas: quanto maior a proximidade da conclusão do contrato pelas partes, mais intenso será o vínculo entre elas.

Essa problemática foi pela primeira vez estudada pelo jurista alemão Rudolf Von Jhering, em seu trabalho célebre “*Culpa in contrahendo* ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição”, publicado em 1860. A partir de casos concretos Jhering questiona se a parte culposa não deve responder civilmente pelos danos causados durante o período da formação do contrato. Jhering visualiza somente os casos de contratos nulos e não se detém nos casos de ruptura das tratativas. Gabriele Faggella, na Itália, ocupou-se mais

especificamente dessa questão no início do século XX e Saleilles seguiu o mesmo caminho na França no mesmo período. Essa teoria teve repercussão em certos ordenamentos jurídicos, como é o caso de Portugal, Itália, Alemanha e Suíça. Mais recentemente, o Regulamento Europeu sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais consagrou esta teoria em seu artigo 12.

A delimitação da fase pré-contratual pode ser fonte de controvérsias, mas ela corresponde em geral ao período anterior à conclusão do contrato. Existem situações, entretanto, em que o contrato é concluído de forma quase automática e a fase pré-contratual é praticamente inexistente. Basta citar como exemplo o comprador que entra numa loja e compra determinado objeto.

Apesar disso, na maioria das vezes, sobretudo nas compras e vendas internacionais, a fase de tratativas existe e é por vezes longa. Assim, a fase pré-contratual, *grosso modo*, é aquela que vai do momento em que se estabelece um contato entre dois comerciantes em vista de concluir um contrato até a sua conclusão. Nessa relação inicial, a intenção das partes é que determina se a relação pode ser considerada uma tratativa ou se não existe intenção de contratar.

Por essa razão, é necessário precisar quais são as circunstâncias que caracterizam uma ruptura condenável das tratativas e que obrigará seu autor. Para melhor extrair os elementos concretos de uma responsabilização e para melhor estudar esta problemática, nós imaginamos uma situação fictícia: uma negociação entre um comerciante francês e um brasileiro cujo fim pode ser atribuído a um deles. Como essa “situação” pode ter relação tanto com as regras do direito francês, como com as do direito brasileiro, nós estudaremos esses dois sistemas jurídicos no tocante à fase pré-contratual. Entretanto, como esta “negociação” é internacional, um outro instrumento jurídico relativo à venda internacional pode ser aplicado: a Convenção das Nações Unidas sobre a venda internacional de mercadorias, feita em Viena em 1980 (CVIM).

O entendimento de que a Convenção de Viena pode ser aplicada em toda fase pré-contratual não é unânime na doutrina. A Convenção contém algumas regras relativas à formação do contrato, principalmente sobre a oferta. Entretanto, ela é silente a respeito das

tratativas anteriores à oferta, razão pela qual a doutrina é cautelosa em relação à sua aplicação. Para justificar a aplicação da Convenção nos casos das tratativas, é necessário proceder a uma interpretação extensiva de suas regras e de seus princípios. Mas, sobretudo, é preciso salientar as conseqüências do desacerto acarretado pela sua exclusão.

A Convenção de Viena foi concebida como um instrumento de uniformização das regras da compra e venda internacional de mercadorias. Seu sucesso é notável, contando hoje com 70 países que a ratificaram. Apesar de o Brasil ainda não a ter ratificado, sua aplicação poderá ser feita pelo juiz brasileiro caso a lei aplicável ao caso concreto seja a de um país que a ratificou ou, no caso de uma arbitragem internacional, a lei escolhida seja a Convenção de Viena.

Em uma análise mais pormenorizada da fase pré-contratual, dois momentos distintos são perceptíveis: um antes da emissão da oferta e outro após. Seguindo esta lógica e para melhor apreciar os casos em que a atitude de uma das partes pode ser condenável, o estudo foi dividido em duas partes: a primeira trata da ruptura das tratativas (Primeira Parte) e a segunda da revogação da oferta (Segunda Parte).

Primeira Parte – A ruptura das tratativas

A análise da ruptura das tratativas entre um comerciante brasileiro e outro francês passa por uma consideração de ordem internacional. Assim, duas hipóteses podem ser avançadas: na primeira a relação será regida pelo direito francês ou brasileiro, na segunda ela será regida pela Convenção de Viena. Em um primeiro momento serão examinados os direitos francês e brasileiro relativo à ruptura das tratativas e, em um segundo momento, será analisada a Convenção de Viena.

Segundo os pontos de vista dos direitos francês e brasileiro, a responsabilidade pré-contratual nasce de uma violação do princípio da boa-fé. Porém, tanto no direito francês quanto no direito brasileiro, não existem normas específicas relacionadas à fase pré-contratual.

À época da promulgação do Código civil francês, 1804, esta problemática não existia. Concebido como a tradução de uma mentalidade liberal e individualista, o Código de 1804 dá à vontade uma liberdade quase absoluta: o que advém da vontade das partes é o correto e deve ser cumprido. Na falta de uma norma específica, a jurisprudência do século XIX entendia que qualquer ruptura de tratativas entra no âmbito da liberdade contratual, isto é, cada indivíduo tinha a liberdade para decidir se contrata ou não. Assim, a ruptura era sempre possível. No entanto, com o passar do tempo, a jurisprudência alterou seu entendimento, no sentido de exigir padrões mínimos de conduta durante a fase pré-contratual.

O direito brasileiro, do mesmo modo, não continha nenhuma norma específica relacionada às tratativas. Com o advento do novo Código Civil em 2002 (NCCB), o legislador previu, embora de forma muito tímida, que os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão do contrato, os princípios de probidade e boa-fé (art. 422). Entretanto, seja porque o conteúdo dessa norma é muito vago e impreciso, seja porque o artigo não menciona expressamente a fase pré-contratual, mas apenas a conclusão do contrato, a decisão de responsabilizar ou não o autor de uma ruptura de tratativas cabe, também no caso brasileiro, à jurisprudência.

A jurisprudência francesa baseia-se em uma interpretação extensiva do artigo 1134 do Código Civil, o qual prevê que as convenções devem ser executadas de boa-fé, para julgar os casos que envolvem a fase pré-contratual. Assim, o juiz francês, desde a metade do século XX, considera possível a responsabilização de uma ruptura de tratativas em certas situações. Ele delimita, assim, o campo de aplicação da responsabilidade pré-contratual aos casos em que a ruptura foi brutal e inesperada, nos casos em que uma das partes traiu a confiança suscitada no outro de que o contrato seria concluído, quando a ruptura é abusiva, quando ela é feita de má-fé ou com intenção de prejudicar. Mais recentemente, a jurisprudência francesa se apóia em outro critério – o de que a ruptura não pode ocorrer se ela é feita sem motivo legítimo - o que resume, de certa forma, os outros requisitos.

A jurisprudência brasileira, muito aquém se comparada à francesa, não costumava responsabilizar o autor de uma ruptura das tratativas. Somente após a entrada em vigor do Código de Proteção do Consumidor (CDC) é que a jurisprudência brasileira começou a se interessar por esta problemática, já que a fase pré-contratual é tratada pormenorizadamente pelo CDC. Assim, o juiz brasileiro, valendo-se dos princípios fundadores do CDC, começou a aplicá-los a situações que se encontravam fora do âmbito consumerista.

No entanto, com a entrada em vigor do novo Código, o juiz brasileiro se depara com outro limite à autonomia da vontade, isto é, o de que a “liberdade de contratar deverá ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (art. 421). O legislador brasileiro, entretanto, não estabeleceu um conceito de função social, deixando o juiz à mercê de várias interpretações. Esta nova perspectiva não encontrou até agora uma uniformidade de opiniões e as divergências na doutrina chegam a extremismos que vão desde a relativização quase completa dos princípios fundadores do direito contratual até a inutilidade total da norma. Segundo a primeira corrente doutrinária, os princípios da liberdade contratual, da força obrigatória do contrato, do efeito relativo do contrato e do consensualismo devem sofrer limitações para que o contrato cumpra sua função social. A corrente doutrinária oposta sustenta que a função social não pode ser interpretada como uma transformação revolucionária dos princípios contratuais, razão pela qual ela não trouxe nada de novo.

A jurisprudência das Cortes supremas, por sua vez, ainda não se manifestou de maneira a definir o que seja função social. A única manifestação mais incisiva acerca desse princípio, foi no sentido de afastá-lo. A razão desse silêncio é que o juiz brasileiro não encontra situações onde a função social possa ser aplicada, pois o próprio Código civil contém outros mecanismos mais concretos que também limitam a liberdade e o equilíbrio entre as partes.

Diante desta concepção de que o contrato deve respeitar a função social, uma nova teoria contratual surge como contrapeso: é a análise econômica do direito. Baseada no princípio de que a boa-fé deve reger as relações entre as partes, ela propõe uma nova visão do direito, e do contrato, por consequência, cujo vetor principal é o econômico. Assim, tudo o que favoreça um menor custo nas transações deve ser incentivado; o contrário deve ser evitado. Vê-se que essa última teoria leva mais em conta o agir humano e os aspectos comerciais de uma relação contratual.

Nesse sentido, o “bom contrato” é aquele cujas partes contratantes saem “ganhando”. Porém, com a aplicação da função social, um terceiro interessado deve também “ganhar” ou, ao menos, não perder: é a sociedade. Ocorre que essa última exigência inibe a tomada de riscos pelas partes e desestimula o impulso da inovação. A consequência é que todos acabam perdedores – partes e sociedade – razão pela qual a função social do contrato não pode prevalecer.

Diante de um dano pré-contratual, os direitos francês e brasileiro aplicam as regras clássicas da responsabilidade extracontratual. Assim, são necessários a constatação de um ato culposo, a existência de um dano e uma relação causal entre ambos. Entretanto, a caracterização do ato culposo não pode ser sem limites: uma justificativa legítima, uma tratativa que não evoluiu ou uma modificação no cenário das negociações são alguns dos elementos que a jurisprudência leva em conta para não responsabilizar uma ruptura das tratativas.

O dano pode ser de dois gêneros: material ou moral. Para estabelecer o vínculo causal entre o ato e o dano, é necessário que o último seja a consequência certa e direta do primeiro. Uma simples relação não é suficiente.

Resta estabelecer, ainda, o grau da reparação. Segundo os direitos francês e brasileiro, a reparação deve ser integral. Ela comporta, então, perdas e danos cujo conteúdo, no caso concreto, são os danos emergentes e os lucros cessantes. Os primeiros correspondem a todas as despesas realizadas pela vítima durante as tratativas. O segundo, mais difícil de ser concedido, bem como avaliado, corresponde aos lucros que a conclusão do contrato traria para uma das partes.

No tocante aos lucros cessantes, uma decisão importante da Corte de Cassação francesa (Arrêt Alain Manoukian, de 26 de novembro de 2003) estabelece que, na falta de um acordo definitivo, os prejuízos não incluem os ganhos que a vítima poderia ter se o contrato fosse concluído. Entretanto, essa mesma decisão abre a possibilidade, nova para o direito francês, de melhor apreciar o prejuízo indenizável de acordo com a diferenciação entre o interesse negativo (calcula-se as perdas e danos como se o contrato fosse nulo) e o interesse positivo (calcula-se as perdas e danos como se o contrato fosse concluído). Esta divisão foi também proposta por Jhering e a jurisprudência brasileira tem o hábito de a utilizar.

Em relação à aplicação da Convenção de Viena à ruptura das tratativas, é necessário um estudo preliminar de suas disposições e princípios gerais. Primeiramente, deve-se ressaltar que a Convenção é silente no que se refere às tratativas. Este silêncio poderia ser interpretado como uma vontade expressa dos redatores da Convenção de excluir a fase pré-contratual do seu campo de aplicação.

Essa interpretação ganha força se tomarmos em consideração os trabalhos preparatórios da Convenção, cujo debate foi árduo em relação à inclusão ou não de um artigo nesse sentido. As divergências eram relacionadas, principalmente, com a diferença de concepção que existe entre a *Common Law* e a *Civil Law* sobre a fase pré-contratual. Esta divergência teria levado os redatores da Convenção a excluir esta matéria.

Entretanto, o silêncio da Convenção significa, também, a existência de uma lacuna, que pode ser de duas ordens: interna (que deverá ser suprida pelos princípios gerais contidos na própria Convenção) ou externa (que deverá ser suprida pelo direito nacional aplicável, de acordo com a regra de direito internacional privado). Assim, a maioria da doutrina considera que a ausência de normas em relação à fase pré-contratual constitui uma

lacuna externa, cuja conseqüência é a aplicação do direito nacional do país designado pela regra de conflito de leis.

No entanto, o resultado da aplicação da regra de conflito de leis não é desejável, pois é fonte de muitas dúvidas. Cada direito nacional qualifica a relação pré-contratual de uma forma diferente: alguns o vinculam à natureza contratual, outros à natureza extracontratual. Assim, de acordo com o juiz escolhido, a qualificação será diferente, ocasionando resultados diferentes. Além disso, o momento e o local da ruptura das tratativas e o local dos prejuízos é algo difícil de ser estabelecido, o que dificulta a determinação da lei aplicável e a determinação do juiz competente. Esta solução, portanto, não traz resultados seguros, necessários ao aprimoramento do comércio internacional, objetivo principal da Convenção.

Diante desta perspectiva não muito otimista relacionada à aplicação dos direitos nacionais, a tese em favor da aplicação da Convenção de Viena à ruptura das tratativas ganha força. Ela se baseia em dois postulados: primeiro, uma análise crítica do artigo 7 da CVIM e, segundo, uma relativização das divergências entre a *Common Law* e a *Civil Law* no que se refere à aplicação do princípio da boa-fé na fase pré-contratual.

Assim, primeiramente, deve-se considerar que o princípio da boa-fé está contido nos princípios gerais previstos pela alínea 2 do artigo 7. Em conseqüência, esse princípio seria aplicável às relações pré-contratuais. O resultado seria que as partes não poderiam romper as tratativas de maneira arbitrária e sem respeitar o princípio da boa-fé. Além disso, aplicar a Convenção à oferta, previsão expressa do artigo 16, e não aplicá-la às tratativas é um contrasenso.

Ademais, a exclusão da ruptura das tratativas do campo de aplicação da Convenção traria uma distorção em sua interpretação. Exemplo disso, seria o caso em que uma das partes, com intenção de romper as tratativas e evitar qualquer tipo de sanção, envia uma oferta e logo em seguida a retrata. O juiz, diante deste caso, seria obrigado a aplicar a Convenção, pois se trata de uma oferta, e não tomaria conhecimento do período anterior, com isenção do autor da ruptura de qualquer responsabilidade.

Sobre o segundo postulado, o de desmitificar a pretensa incompatibilidade do sistema da *Common Law* em relação ao princípio da boa-fé na fase pré-contratual, é necessário

citar algumas figuras jurídicas que demonstram estas características: o *promissory estoppel*, o *unjust enrichment*, o *breach of confidence* e o *law of tort*. Segundo estas figuras jurídicas, certos deveres pré-contratuais devem ser observados pelas partes durante as negociações, o que demonstra que esta problemática não é estranha ao juiz *common lawyer*.

Resolvida a questão da aplicabilidade da Convenção à ruptura das tratativas, necessário se faz analisar quais as conseqüências de uma tal aplicação. Primeiramente, é de se constatar que a Convenção consagrou o princípio da autonomia da vontade em relação à formação do contrato. Sob esse prisma, destaca-se os artigos da CVIM referentes à possibilidade de uma oferta ser revogada.

No entanto, a possibilidade de colocar um fim às negociações não é absoluto. Um dos limites a ser observados é o equilíbrio na relação entre as partes, característica maior do princípio da liberdade contratual. Os limites a uma liberdade absoluta de finalizar uma relação pré-contratual encontra amparo, também, nos usos do comércio internacional, que a Convenção adotou no seu artigo 9. Assim, os usos do comércio internacional são considerados como um vínculo jurídico tanto em relação à formação quanto à conclusão do contrato. Como um dos usos regularmente observados no comércio internacional é o de que as partes gozam da liberdade de contratar, porém, de maneira limitada, pela obrigação pré-contratual de informação e pela consideração do princípio da boa-fé, devem esses limites ser respeitados em toda relação na qual a Convenção é aplicável. Desse modo, a ruptura das tratativas é limitada e, em certas circunstâncias, deverá ser sancionada.

Em relação ao princípio da boa-fé nas relações pré-contratuais, será necessário determinar em quais condições ele é passível de aplicação. Seu conteúdo, por mais simples que possa parecer, é de difícil compreensão no que se refere às relações pré-contratuais. A difícil delimitação de seu campo de atuação, devido ao seu caráter subjetivo, faz necessária uma análise concreta de cada caso. Assim, alguns indícios devem ser levados em conta: qual o grau de adiantamento das tratativas, qual a justificativa para romper as tratativas e qual a intenção das partes. Se uma das partes continua as negociações sem intenção de contratar, é passível de sanção.

No entanto, para uma melhor qualificação do princípio da boa-fé na fase de tratativas, é necessário se ater, sobretudo, à figura da vítima, aquela que sofreu os prejuízos, e não somente à do autor da ruptura. Durante as negociações, forma-se progressivamente entre as partes uma confiança de que o contrato será concluído posteriormente. Em certos casos, e dependendo da atitude das partes, essa confiança é legítima. Isso significa que, para uma das partes, a conclusão do contrato é certa e é uma questão de tempo. Todavia, essa confiança, que é legítima da parte de um dos contratantes, acaba frustrada pela abrupta ruptura das tratativas. Nesse caso, a confiança legítima frustrada e que causa prejuízos, é sinônimo de sanção.

Além da confiança legítima ser a base e a objetivação da noção de boa-fé, ela é também o traço que une os diversos sistemas jurídicos, seja da família do direito civil, do direito da *Common Law*, como também dos princípios “Unidroit” e dos princípios do direito europeu dos contratos, razão pela qual a aplicação da CVIM sob a base da quebra da confiança legítima é desejável.

No que se refere à sanção da ruptura das tratativas, a CVIM também é silente, o que, como mencionado, poderá significar que a sanção deve ser regida pela lei nacional aplicável ou pela Convenção de Viena. Com isso, tem-se o mesmo inconveniente acerca do tratamento diferenciado que os ordenamentos nacionais dão à qualificação do rompimento das tratativas. Da mesma forma, a solução mais plausível é aquela que prega a aplicação da própria Convenção para sancionar a parte que rompeu culposamente as tratativas. Para isto, uma interpretação analógica ou indutiva da CVIM deve levar em consideração que todo dano causado por um ato culposamente deve ser reparado, razão pela qual é desejável a aplicação do artigo 74 da Convenção. Sendo o artigo 74 aplicável, a base da reparação deve levar em consideração as perdas e danos. Como a relação entre as partes não representa ainda um vínculo tão intenso quanto aquele que se encontra na oferta ou no próprio contrato, as perdas e danos devem englobar somente os danos emergentes e não considerar os lucros cessantes.

Segunda Parte – A revogação da oferta

A oferta é a manifestação da vontade, expressa ou tácita, pela qual uma pessoa propõe a outra, ou a outras (determinadas ou indeterminadas), a conclusão de um contrato sob certas condições. Essa idéia é aceita pela maioria dos sistemas jurídicos. Vários são os sinônimos utilizados para o termo “oferta”, entre eles, destaca-se “proposição” e “policitação”.

No entanto, faz-se necessário distinguir a oferta de outras proposições semelhantes. Primeiramente, a oferta de contratar é diferente da oferta de entrar em negociação. No primeiro caso, existe uma manifestação da vontade que deve ser precisa e que deve conter todos os elementos necessários em vista da conclusão do contrato. Essas características diferem da oferta de entrar em negociação, na medida em que a última não comporta nenhuma precisão; é um simples contato com outra parte, mas não existe, nesse momento, uma pré-figura da situação contratual futura.

Outra diferenciação a ser feita é em relação à promessa de contrato (ou contrato preliminar), figura jurídica que corresponde a um contrato, pois exige um acordo de vontades bilateral em que os termos do futuro contrato são decididos entre as partes. Diferente é o caso da oferta, resultado de uma vontade única: uma pessoa propõe a conclusão de um contrato à outra.

Para que a oferta seja conhecida, é necessário que ela seja exteriorizada. Não há regras sobre a forma dessa exteriorização. É necessário somente que ela chegue ao conhecimento do destinatário. Desse modo, ela pode ser expressa ou tácita. O destino que o peticitante (autor da oferta) dá à oferta pode ser de vários modos: ele pode dirigir-se a uma ou várias pessoas determinadas, ou ele dirigir-se ao público.

Um dos requisitos da oferta é que ela deve ser precisa. Ela deve indicar os elementos essenciais do futuro contrato. No caso do contrato de compra e venda, os elementos essenciais são a coisa e o preço. Caso contrário, será somente um convite à oferta e não uma oferta. Como ela é a manifestação da vontade de seu autor em vista de concluir um contrato, pode ser que contenha um prazo ou uma reserva. Assim, no primeiro caso, a oferta é eficaz

durante o período estabelecido pelo policitante. No caso em que a oferta não estabelece nenhum prazo específico, as soluções dadas pelo direito francês e pelo direito brasileiro são divergentes. Entretanto, o trabalho da jurisprudência fez com que estas divergências diminuíssem.

O direito brasileiro considera que a proposição de contratar obriga o proponente, exceto nos casos previstos na lei. Assim, fora das exceções previstas pelo artigo 428 do NCCB, a oferta deve ser mantida mesmo se ela não estipula um prazo.

Já o direito francês considera a oferta revogável a qualquer momento. A jurisprudência, entretanto, colocou limites a essa liberdade, com entendimento de que a oferta deve ser mantida durante um certo tempo: durante a vigência do prazo, se ele é expresso, ou, na falta de uma estipulação expressa, os juízes impõem um prazo razoável ou moral. No caso de uma reserva, isto é, quando o proponente coloca uma restrição à sua vontade de contratar, a oferta tem o mesmo valor que uma oferta completa mas somente na medida da reserva.

Os direitos francês e brasileiro vêm de forma diversa a revogação da oferta. No entanto, antes adentrar a essa problemática, faz-se necessário levar em conta que o direito brasileiro qualifica a relação de consumo de forma diversa do direito francês e do direito comunitário europeu. Essa questão, que, em princípio, foge do nosso campo de análise, torna-se importante, na medida em que a qualificação mais abrangente feita pelo direito brasileiro poderá ter como consequência a aplicação de regras de consumo a uma relação pré-contratual entre negociantes brasileiros e franceses.

O CDC prevê que o consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final. O direito francês, e no mesmo sentido o direito comunitário europeu, exclui a pessoa jurídica do campo de aplicação das regras de consumo. Com isso, numa relação franco-brasileira, o comerciante francês poderá ser surpreendido pelas regras disciplinadoras da relação de consumo do direito brasileiro. Assim, ao aplicar o direito a uma revogação da oferta, por exemplo, o juiz poderá se deparar com essa situação e ser obrigado a servir-se da noção de “lei de polícia ou lei de polícia estrangeira” e aplicar a lei do país do consumidor.

Apesar de a revogação da oferta ser vista pelos direitos francês e brasileiro de forma diferente, a autonomia dada ao proponente para revogar sua oferta, em ambos, é reduzida, seja pela ação do legislador – no caso brasileiro – seja pela jurisprudência – no caso francês.

No Brasil, esta limitação à autonomia privada advém da constitucionalização do direito privado, onde as normas constitucionais inspiram e também comandam as relações individuais.

Na França, as divergências doutrinárias em relação à natureza jurídica da oferta compreendem um amplo espectro. A doutrina mais antiga, porém, com grande influência ainda hoje, considera que a oferta é um fato jurídico e, por esta razão, não pode obrigar o polícitante. Baseada no princípio da autonomia de vontade, a liberdade das partes durante o período pré-contratual seria absoluta. A faculdade de revogar a oferta seria uma consequência desse princípio. No entanto, diante de casos em que a revogação da oferta causaria algum dano à outra parte, o juiz só poderia sancionar o polícitante em certas situações: somente se a revogação da oferta fosse culposa ou se ela representasse um abuso de direito. Essas duas idéias não coadunam, entretanto, com a premissa de que a oferta é um fato jurídico.

Uma outra corrente doutrinária considera a oferta como um ato jurídico unilateral cujas partes são passíveis de deveres e obrigações. No entanto, as justificativas são variadas. Demolombe sustentava a teoria do contrato preliminar; Worms a do compromisso unilateral de vontade; Jean-Luc Aubert propôs a teoria dualista da oferta, que de uma certa maneira foi adotada pelo Ante-Projeto de Reforma do Direito das Obrigações, dirigido pelo professor Pierre Catala (ante-projeto Catala). A jurisprudência francesa, diante dessa diversidade doutrinária, é prudente. A maioria das decisões tendem a considerar a oferta como um fato jurídico, porém, os limites colocados à livre revogação da oferta fazem com que esta constatação deva ser hoje relativizada.

O direito brasileiro tem uma concepção diversa do direito francês. Segundo o direito brasileiro, a oferta vincula o proponente, pois ela é uma declaração de vontade receptícia e deve ser mantida por aquele que a formulou. Seguindo os passos do direito alemão, o direito brasileiro adotou a teoria da declaração da vontade. O artigo 112 do NCCB subordina o

aspecto subjetivo de uma manifestação da vontade à exteriorização do ato. Portanto, a vontade declarada e não somente a intenção. No entanto, nesse ponto de vista, a doutrina brasileira é confusa.

Ao mesmo tempo em que alguns autores afirmam que a oferta é uma declaração de vontade receptícia, outros afirmam ser a oferta um ato jurídico! Este falso pressuposto doutrinário decorre de uma confusão em relação aos conceitos mencionados e, também, do hábito da doutrina de fundamentar suas teorias em autores estrangeiros – sobretudo alemães e franceses – sem ater-se à distinção que existe entre os dois sistemas jurídicos no que se refere à oferta. Assim, necessário é esclarecer o que vem a ser a teoria da declaração da vontade.

A declaração da vontade é uma manifestação privada da vontade que é feita em vista de uma consequência jurídica determinada. Assim, há a vontade, elemento subjetivo, e a declaração, elemento objetivo. A vontade, para ter a plenitude de sua força e estar prestes a gerar os efeitos jurídicos desejados, deve “percorrer” três níveis: a vontade de agir (*Handlungswille*), a consciência ou a vontade de fazer uma declaração de vontade (*Erklärungsbewusstsein* ou *Erklärungswille*) e a vontade de concluir um ato jurídico determinado (*Geschäftswille*). Para que a vontade assim formada seja uma « declaração de vontade », é necessário que ela seja exteriorizada por uma declaração.

Ainda aqui, poderá haver confusão entre a declaração de vontade e o ato jurídico, pois o último pressupõe uma declaração de vontade, como é o caso do testamento ou da rescisão de um contrato. A diferença é que na declaração de vontade existe somente a vontade de que aquela declaração engendre um efeito jurídico determinado, e, no caso do ato jurídico, existe a força capaz de engendrar efetivamente o efeito jurídico determinado. Assim, o testamento, por exemplo, produz todos os seus efeitos jurídicos independentemente de um outro ato. Diferente é a oferta que exige o concurso de uma outra declaração de vontade para torna-se um ato jurídico bilateral: a oferta sozinha não acarreta a conclusão do contrato.

Fruto dessa concepção é a idéia de que a oferta deve ser mantida na medida em que a lei determina. A lei define igualmente os limites à manutenção da oferta, consubstanciados nos artigos 427, 428 e 429 do NCCB.

Mas é no particularismo da oferta feita por meio eletrônico que encontramos as novas problemáticas da fase pré-contratual. Primeiramente é necessário saber se uma publicidade feita pela Internet deve ser considerada como uma oferta ou um simples convite a fazer uma oferta. O direito francês contém normas específicas, as do Código Civil e do Código da Consumo. Há, portanto, dois tipos de oferta: uma clássica e outra feita por meio eletrônico. Na prática, fora dos casos em que consta um aviso limitando seu alcance, a oferta por meio eletrônico vincula seu autor desde que ela contenha todos os elementos indispensáveis para que a aceitação produza o contrato. O direito brasileiro não prevê normas expressas nesse sentido, devendo aplicar à matéria as regras clássicas do NCCB.

A questão mais espinhosa, porém, refere-se ao caso do comprador passivo ou ativo na Internet, pois será ela que determinará quem na realidade é o autor da oferta. Nos casos em que o comprador seja ativo, isto é, além de se conectar no “site” do vendedor, venha a preencher formulários especificando o produto desejado, etc, é ele que propõe alguma coisa, portanto é o proponente da oferta. Nesse caso, o fato de o produto estar visível na tela do computador não significa que é uma oferta, mas sim um convite a fazer uma oferta.

No caso contrário, a do comprador passivo, aquele que recebe uma mensagem eletrônica contendo uma oferta em sua caixa postal eletrônica, por exemplo, isto é uma oferta. Outro exemplo ocorre quando o comprador recebe uma publicidade em sua caixa postal eletrônica e esta publicidade reenvia ao “site” do vendedor: estamos também diante de uma oferta. Porém, o que deverá determinar a existência de uma verdadeira oferta é a possibilidade real de comprar o produto pela Internet. Se esta possibilidade não existe, não há oferta.

A revogação da oferta feita por meio eletrônico contém algumas particularidades em relação à revogação da oferta clássica. No caso da Internet, tanto o prazo estipulado na oferta quando a reserva nela contida é condicionada à possibilidade acima mencionada de realmente adquirir o produto. Sob esse prisma, toda oferta que não contenha prazo

determinado é oferta revogável a qualquer momento. Porém, a liberdade oferecida ao vendedor deverá ser pautada pelo princípio da boa-fé nas relações comerciais.

A sanção da revogação da oferta segue os princípios básicos da responsabilidade civil. Assim, um fato gerador de responsabilidade deve ser identificado (a revogação da oferta); um dano deve ser sentido pelo destinatário da oferta revogada; enfim, um elo causal deve estabelecer que a revogação foi a causa necessária do dano causado. No que se refere à sanção da revogação da oferta, uma consideração paralela deve ser feita: a presença de uma terceira pessoa que perturba a relação entre o policitante e o destinatário, fazendo com que a revogação da oferta seja por sua causa. Esta pessoa estranha à relação pré-contratual poderá agir de boa-fé, não tendo conhecimento da oferta já existente e contratando com uma delas. Ela poderá, também, agir de má-fé em vista a prejudicar a conclusão do contrato. Será que poderá ela ser responsabilizada nesses dois casos? A jurisprudência ainda não teve ocasião de se pronunciar sobre esta questão, mas certo é que no primeiro caso, a terceira pessoa não será responsabilizada. No segundo caso, é discutível. Pensamos que somente no caso em que a terceira pessoa atue com intenção de prejudicar é que ela poderá ser responsabilizada, pois a revogação da oferta não partiu dela e sim do policitante em relação ao destinatário original. Se alguém tiver de ser sancionado será o policitante e não a terceira pessoa.

A aplicação da sanção nos casos de revogação da oferta é baseada no princípio da reparação integral cujo vetor de compensação é o das perdas e danos. Porém, uma outra possibilidade poderá ser avançada: é a da ineficácia da revogação. Nesse caso, a oferta revogada continua a produzir efeitos durante um período determinado (seja ele o prazo contido na oferta, seja ele um prazo razoável) no qual o destinatário poderá, com sua aceitação, concluir o contrato. Porém, o prolongamento da eficácia da oferta não significa automaticamente que o contrato será concluído, razão pela qual, uma parte da doutrina defende que não se pode obrigar as partes a contratar sem a vontade de uma delas. O proponente que revogou a oferta, por razões diversas, não quer mais contratar, então ele será sancionado por perdas e danos e não com a conclusão do contrato que ele não quer mais realizar.

Por seu lado, a Convenção de Viena adotou uma concepção consensualista da formação do contrato: o contrato é formado pelo encontro de duas vontades, uma

representada pela oferta e outra pela aceitação. O acordo das partes é suficiente e nenhum outro elemento é necessário: nem escrito, nem assinatura, nem transferência do bem. O processo de formação do contrato é simplificado. Porém, esta simplicidade não foi fácil de ser construída. Durante os trabalhos preparatórios da Convenção, as discussões sobre a parte que se refere à formação do contrato foram árduas, fruto, principalmente, das divergências de opiniões entre os representantes de países da *Common Law* e os da *Civil Law*. É por essa razão que a CVIM prevê que todo Estado aderente poderá declarar, no momento da assinatura, da ratificação ou da adesão que não será vinculado pela Parte II da Convenção. No que se refere ao conteúdo das regras, os redatores da CVIM optaram por proteger a certeza jurídica nas relações contratuais de caráter internacional. Para isto, um certo formalismo foi necessário. Desse modo, ela privilegia as manifestações exteriores da vontade em relação à intenção.

As regras convencionais sobre a oferta estão contidas nos artigos 14 à 17 (os artigos 18 à 23 ocupam da aceitação e o artigo 24 da regra sobre as declarações de vontade). Entretanto, estas disposições em relação à formação do contrato é fonte de muitas incertezas. O artigo 14 prevê que a oferta constitui uma proposição precisa em vista de concluir um contrato endereçada a uma ou várias pessoas determinadas. Para que a oferta seja precisa, é necessário que ela indique a mercadoria, a quantidade e o preço. Porém, esta aparente simplicidade traduz várias dúvidas em relação à eficácia da oferta. A mais difícil delas concerne o preço.

Segundo o artigo 14, a presença do preço é requisito para a configuração da oferta, seja ele fixado de forma expressa ou tácita. Existem países que não aceitam a idéia de uma oferta sem a presença do preço; há outros que consideram oferta mesmo que não esteja presente o preço, sob o argumento de que ele é um elemento secundário dada a especificidade de certos produtos e a rapidez no comércio. Se a CVIM adotou no artigo 14 a regra de que o preço deve ser fixado, em um outro artigo, o 55, há a previsão de que a venda concluída sem que um preço seja fixado significa que as partes se referem, tacitamente, ao preço habitualmente praticado no momento da conclusão do contrato. Como explicar esta contradição ou esta aparente contradição? Para nós, o que interessa é saber se, para a eficácia de uma oferta, é necessária a presença do preço.

Nós pensamos que a oferta deve fixar um preço, para ser eficaz, mas a ausência do preço não impede a conclusão do contrato. Assim, se separa a eficácia da oferta em relação à validade do contrato, pode-se chegar a uma interpretação não conflituosa sobre os dois artigos. A eficácia da oferta será importante para determinar o vínculo da parte que a fez, para assegurar a certeza jurídica ao destinatário da oferta e para responsabilizar o proponente que a revoga. Mas, para a validade do contrato, a ausência de preço não será sinônimo de contrato nulo. Esse assunto já foi objeto de algumas decisões jurisprudenciais, importantes, mas contraditórias, uma exigindo a presença do preço para a formação do contrato, e a outra, não.

Outra questão controversa refere-se às pessoas visadas pela oferta. Segundo, ainda, o artigo 14 a oferta, para obrigar o proponente, deve ser enviada a uma ou várias pessoas determinadas, senão ela será considerada um convite a fazer uma oferta. Esta distinção, diante de uma oferta feita pela Internet, torna-se inútil, pois fica muito difícil especificar se a proposta foi enviada à pessoa determinada ou não. As técnicas modernas permitem o envio de milhares de mensagens a destinatários diferentes contendo seu nome completo sem que este envio seja considerado uma oferta.

Elaborada a oferta, com todos os elementos necessários a sua validade, é necessário descobrir o momento em que ela se torna eficaz. Neste aspecto, a CVIM tomou o partido da teoria da declaração da vontade, mesmo que ela não tenha consagrado este termo. Assim, a eficácia da oferta é condicionada à exteriorização da vontade do policitante. O artigo 15 prevê que a oferta torna-se eficaz no momento em que ela chega ao destinatário. É, portanto, no momento da recepção da oferta pelo destinatário que ela torna-se eficaz. O destinatário “recebe” a oferta, segundo o artigo 24, no momento em que ela lhe é feita verbalmente ou quando ela chega a sua esfera de controle. Mesmo que ele não tenha tomado conhecimento da oferta, é no momento em que ele a recebeu que ela é eficaz. Aplicando esta regra no âmbito da Internet, uma oferta entra na esfera de controle do destinatário no momento em que ela entrou em seu servidor. Esta é a posição do Comité Consultivo da Convenção de Viena, em seu parecer número 1. No entanto, antes mesmo que a oferta entre na esfera de controle do destinatário, ela poderá ser retratada desde que a retratação “chegue” antes ou

ao mesmo tempo que a oferta. Para isso, ele deverá utilizar um meio de comunicação mais rápido que foi o envio da oferta.

Uma outra possibilidade concernente à oferta, é a que se refere a sua revogação. Uma oferta válida chegou ao conhecimento do destinatário, entretanto o ofertante quer revogá-la. O artigo 16 determina em quais condições isto poderá ser feito. Este artigo foi também alvo de divergências importantes. A regra de princípio é que a oferta é revogável (artigo 16.1), porém existem exceções (16.2.a e 16.2.b). Segundo a regra geral, até o momento em que o contrato não foi concluído, uma oferta pode ser revogada se ela chegar ao destinatário antes que ele tenha expedido a aceitação. São as exceções que colocam problemas maiores: os casos de irrevogabilidade da oferta.

A Convenção prevê que a oferta não pode ser revogada em certas situações: quando a irrevogabilidade é expressa e quando ela é tácita. A primeira hipótese é de fácil concepção: o destinatário consigna na oferta que ela não será retirada até determinada data. No caso da irrevogabilidade tácita, o artigo 16.2.a. dispõe que a oferta é irrevogável nos casos em que ela indica, fixando um prazo determinado para a aceitação ou, de outra forma, que ela é irrevogável. A complexidade deste artigo está em saber se o prazo determinado na oferta significa, « *ipso facto* », que ela é irrevogável. Na tradição do sistema da *Common Law*, a simples indicação de um prazo não significa, em princípio, a irrevogabilidade da oferta, mas significa que até aquela data fixada a oferta é eficaz. A consequência é que, depois do prazo determinado, a oferta torna-se caduca. Esta é a posição da maioria dos defensores dessa doutrina, porém, não comungamos com ela.

Para se chegar a uma boa leitura desse artigo, é necessário entendê-lo como um todo e não somente em partes. Deve-se considerar que o termo “de outra forma” contido no artigo 16 foi o meio utilizado pelo legislador para acentuar que a fixação de um prazo determinado para a aceitação é sinônimo de irrevogabilidade. Se a presença do prazo não é uma indicação da irrevogabilidade da oferta, qual será, então, outra indicação de que a oferta é irrevogável?

O artigo 16.2.b. prevê, ainda, a situação em que a oferta deve ser considerada como irrevogável: se for razoável para o destinatário considerar a oferta como irrevogável e se ele age em consequência. As condições para a aplicação deste artigo são duas: a razoabilidade e

a ação do destinatário da oferta. Apesar de serem condições cujo teor de subjetividade é grande, o intérprete poderá utilizar-se do artigo 8 da CVIM. Este prevê que, para determinar a intenção de uma parte ou que teria compreendido uma pessoa razoável, é necessário levar em consideração as negociações, os usos e costumes, enfim, todo o comportamento anterior das partes.

No caso em que o proponente revogue uma oferta irrevogável, é necessário que exista uma sanção. Porém, a CVIM é silente sobre o teor da sanção de uma contravenção pré-contratual. Os artigos que tratam da reparação dos danos causados prevê somente que eles serão reparados se forem objeto de uma violação ao contrato e não em relação à fase anterior. Diante desta lacuna, surge novamente a hipótese de recorrer às regras de direito internacional privado, cujo resultado seria a aplicação das normas do direito nacional competente. Entretanto, não é aceitável o resultado da aplicação do direito nacional, pois novamente seria fonte de insegurança e de situações díspares de acordo com a lei aplicável.

Desse modo, mais sensato seria aplicar analogicamente as regras da Convenção de Viena referentes à violação ao contrato também para os casos de revogação da oferta. A aplicação, assim, do artigo 74, daria uma uniformidade de soluções ao direito comercial internacional, pois asseguraria a aplicação da mesma regra tanto para o contrato de compra e venda quanto para a fase de sua formação, isto é, a oferta. A reparação, no caso da aplicação do artigo 74, corresponde às perdas e danos, incluindo as perdas sofridas. Os lucros cessantes entram na medida em que eles sejam prováveis e não apenas uma possibilidade longínqua. A Convenção coloca, no entanto, alguns limites à alocação de perdas e danos: esses últimos não podem ser superiores aos danos emergentes e aos lucros cessantes que a parte causadora do dano havia previsto ou deveria ter previsto. Por fim, a vítima do dano tem o dever, segundo o artigo 77, de minimizar seu próprio prejuízo sob pena de receber uma indenização menor.

Conclusão

No fim desse estudo, duas considerações devem ser feitas: uma comparatista em relação aos direitos francês e brasileiro; outra de natureza interpretativa ligada à Convenção de Viena.

Tanto o direito francês quanto o brasileiro não contêm um conjunto de regras sobre a responsabilidade das partes durante a fase pré-contratual. Embora a jurisprudência francesa tenha dado uma resposta mais concreta a esta problemática, sobretudo, no que se refere às tratativas, faltam regras mais precisas.

Essas regras poderiam tomar em consideração esse estágio atual da jurisprudência francesa que delimitou o campo de aplicação da responsabilidade pré-contratual, exigindo das partes um dever de conduta guiado pela boa-fé: que a ruptura das tratativas não seja feita de maneira brusca, que em certos casos, a duração das tratativas não dê direito à ruptura, que uma das partes não traia a confiança legítima do outro, que a ruptura não seja abusiva, nem de má-fé. Outro critério, talvez mais pertinente, é aquele que considera que a ruptura não seja feita “sem motivo legítimo”.

Diante de uma oferta, a jurisprudência francesa utiliza-se da mesma lógica que nos casos de rompimento das tratativas. A única diferença é que os juízes são mais exigentes diante de uma revogação da oferta do que diante de uma ruptura das tratativas.

Como essa jurisprudência não é definitiva, um trabalho legislativo consignando regras nesta direção é desejável. Na França, com o ante-projeto Catala que consagra várias disposições sobre a responsabilidade pré-contratual, uma parte do caminho está feita. No Brasil, fica a cargo do juiz a aplicação da responsabilidade pré-contratual de maneira mais efetiva. O exemplo do juiz francês poderá encorajá-lo.

No caso da interpretação da Convenção de Viena, somos conscientes que as teses defendidas aqui não são unânimes na doutrina. Sustentar que a fase pré-contratual deve ser regida pela CVIM poderá suscitar muitos debates. Entretanto, uma análise mais profunda das conseqüências de uma exclusão das tratativas do campo de aplicação da Convenção de Viena, mostra que o resultado poderá ser contra-produtivo. Assim, é necessário aplicar a

CVIM nos casos de rompimento das tratativas e evitar a aplicação das regras de conflito de leis de direito internacional privado.

Em relação à sanção do rompimento das tratativas e da revogação da oferta, a posição mais coerente é aquela que prevê a aplicação das regras da Convenção de Viena. Uma interpretação mais extensiva do texto convencional é desejável e favorece a harmonização das regras do comércio internacional.

Cette thèse a pour objet de déterminer les conditions dans lesquelles la responsabilité précontractuelle, issue d'une révocation d'offre ou d'une rupture de pourparlers, est susceptible d'être appliquée dans le cadre de la Convention des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises. Dans les cas où la relation précontractuelle est régie par les règles de droit international privé, une analyse comparée des solutions données par les droits français et brésilien nous montre les similitudes et les différences de ces droits nés de la « famille romano-germanique ».

The object of this thesis is to determine in which conditions the pre-contractual responsibility provided of revocation of an offer or of the breach concerning preliminary negotiations can be applied on the board of discussions of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. In the cases which the relation between the parties is ruled by the international private law, a comparative analysis of the solutions of the French and Brazilian Law can indicate the correspondences and differences between these laws originated of the Roman-Germanic family.

Esta tese tem por objeto determinar as condições nas quais a responsabilidade pré-contratual, advinda de uma revogação da oferta ou de uma ruptura das tratativas, é suscetível de ser aplicada sob a égide da Convenção das Nações Unidas sobre a compra-e-venda internacional de mercadorias. Nos casos em que a relação pré-contratual é regida pelas regras de direito internacional privado, uma análise comparada das soluções propostas pelos direitos francês e brasileiro mostra as semelhanças e diferenças entre esses direitos nascidos da família romano-germânica.