

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Bruno Montanari Rostro

**CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO  
PARA A FASE PRÉ-CONTRATUAL**

Porto Alegre

2017

BRUNO MONTANARI ROSTRO

**CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO  
PARA A FASE PRÉ-CONTRATUAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* – Mestrado, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre

2017

BRUNO MONTANARI ROSTRO

**CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO  
PARA A FASE PRÉ-CONTRATUAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* – Mestrado, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Aprovado em 18 de abril de 2017

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

---

Prof. Dr. Bruno Miragem

---

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva

---

Prof. Dr. André Perin Schmidt Neto

Aos meus pais, Deoclecio e Marines.  
À minha namorada, Aline.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, minha eterna gratidão aos meus pais, Deoclecio e Marines. São as pessoas responsáveis pelos melhores ensinamentos e exemplos que recebi e, com certeza, facilitaram muito para que este projeto se concretizasse.

Agradeço com carinho à Aline, por seus incomparáveis incentivos, pela constante companhia ao longo do desenvolvimento deste trabalho e por ter sacrificado incontáveis momentos seus para me acompanhar nesta trajetória.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim, brilhante professor, de lições claras, astutas e muito instigantes, e que serve de modelo para cada vez me aprimorar.

Agradeço a todos do escritório Matter, Boettcher e Zanini Advogados, especialmente, aos Drs. Carlos Klein Zanini, Ricardo Boettcher, Rudi Matter e Luiz Basilio Neves, pelas oportunidades de crescimento e construção da vida profissional e acadêmica. E, também, aos nobres colegas que, diariamente, compartilham comigo as suas virtudes, Dras. Cristiana Pinto Ribeiro e Bianca Quadros e Drs. Glauco da Rocha, Márcio Vasconcellos, Maurício Licks, Gustavo Sanseverino e Pedro Deos.

Agradeço aos meus muitos amigos, notadamente, pela sua compreensão enquanto estive distante para me dedicar a este desafio.

Por fim, agradecimentos a todos meus familiares, professores e colegas que de alguma forma contribuíram para a elaboração deste trabalho.

## RESUMO

As negociações na fase pré-contratual permitem às partes determinarem de que forma certa operação econômica será concretizada e cumprida por cada um dos particulares, materializando-se como importante ferramenta para as partes estabelecerem, consensual e racionalmente, as melhores alternativas em termos de eficiência que estão à disposição. Inexistem rigidez e regramento específico no processo negocial, estando seu desenvolvimento submetido aos interesses e às pretensões de cada um dos negociantes, e o seu resultado varia de acordo com o tipo de negociação, as estratégias adotadas e o poder de barganha individual. Não obstante, há outros fatores que também condicionam o desenrolar e o desfecho deste processo, mas em geral impedindo a obtenção de resultados tão benéficos quanto os que poderiam ser alcançados em um paralelo livre de ineficiências. Em um mundo factual as partes precisam lidar com as adversidades existentes nas negociações se desejarem concluir o contrato e dele se beneficiar, seja por meio de medidas particulares ou por intermédio de soluções regulatórias, as quais têm a missão de fornecerem adequados incentivos para sua aplicação tornar-se socialmente desejável. Além disso, em virtude de as negociações serem norteadas pela autonomia de vontade e liberdade contratual, sem deveres de vinculação, os atos de exercício destes direitos devem ser medidos para que não produzam lesões ao patrimônio jurídico dos demais envolvidos nas tratativas. Tal controle é exercido pela incidência da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, a qual impõe deveres de conduta aos particulares durante as negociações. Também é a regra da boa-fé o supedâneo da responsabilidade civil para recomposição dos prejuízos advindos de situações que malfirmam a confiança gerada ao longo das tratativas, daí que o conteúdo da indenização nestas hipóteses deve considerar as justas expectativas criadas pelas partes e ser balizado para que o lesado não acabe em situação melhor do que estaria se o eventual contrato tivesse sido concluído e integralmente cumprido.

Palavras-chave: Negociações. Eficiência. Custos de transação. Assimetria informativa. Oportunismo. Confiança. Interesse Negativo.

## **ABSTRACT**

Negotiations in the pre-contractual stage allow the parties to determine how a certain economic operation will be carried out and fulfilled by each of the individuals, and is an important tool for the parties to establish, in a consensual and rational manner, the best alternatives available in terms of efficiency. There is no rigidity or specific regulation in the negotiation process, in such way that its development is submitted to the interests and the pretensions of each one of the traders, and its result varies according to the type of negotiation, strategies adopted and individual bargaining power. There are other factors that also condition the unfolding and outcome of this process, but generally preventing the achievement of results as beneficial as those that could be achieved in an inefficiency-free parallel. In a factual world, the parties need to deal with the adversities in the negotiations if they wish to conclude the contract and benefit from it, either through particular measures or through regulatory solutions, which have the task of providing adequate incentives so that their implementation is socially desirable. Moreover, because the negotiations are guided by the autonomy of will and contractual freedom, without binding obligations, the exercise of these rights must be measured so that they do not produce damages to the legal patrimony of others involved in the negotiations. Such control is exercised by the incidence of objective good faith in the pre-contractual phase, which imposes conduct duties on individuals during the negotiations. It is also the rule of good faith the foundation of civil liability for the recovery of damages arising from situations that mislead the confidence generated during the negotiations, hence the content of compensation in these cases must consider the fair expectations created by the parties and be restricted so that the injured party does not end up in a better situation than it would have been if the contract had been completed and fully complied with.

**Keywords:** Negotiations. Efficiency. Transaction costs. Asymmetric information. Opportunism. Reliance. Reliance damages.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO I - O PROCESSO NEGOCIAL:</b>	
Aspectos jurídicos e econômicos das negociações	<b>15</b>
<b>A) Conceito e características das negociações</b>	<b>15</b>
<b>B) O desenvolvimento da fase que antecede a formação do contrato</b>	<b>25</b>
<b>C) Racionalidade econômica nas negociações e a eficiência como critério de justiça</b>	<b>35</b>
<b>D) Maximização racional conforme modelo de negociação</b>	<b>47</b>
i.    Barganha distributiva	<b>49</b>
ii.   Barganha integrativa	<b>63</b>
<b>CAPÍTULO II - VICISSITUDES DA FASE PRÉ-CONTRATUAL:</b>	
Custos de transação, assimetria informacional e oportunismo	<b>72</b>
<b>A) O problema dos custos de transação</b>	<b>72</b>
i.    A Teoria dos Custos de Transação	<b>72</b>
ii.   Os custos da fase negocial	<b>78</b>
iii.  Influência dos custos no nível de informação	<b>89</b>
<b>B) Assimetria de informação</b>	<b>97</b>
i.    Desequilíbrio do poder de barganha pelo nível e processamento da informação: a preocupação da <i>Behavioral Law and Economics</i>	<b>97</b>
ii.   O dever de informar como consectário da boa-fé: a eficiência da regra	<b>108</b>
iii.  Dever de informar na fase que antecede a conclusão do contrato de seguro	<b>116</b>
iv.   Assimetria informacional presumida e o dever de informar	<b>127</b>
v.    Oportunismo <i>ex-ante</i> : o entrave do <i>hold-up</i>	<b>135</b>



<b>CAPÍTULO III - PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NAS NEGOCIAÇÕES</b>	<b>146</b>
<b>A) Responsabilidade Civil pela quebra da confiança</b>	<b>146</b>
i. A função da confiança nas negociações	<b>146</b>
ii. O fundamento da responsabilidade civil no caso de ruptura das tratativas	<b>153</b>
iii. Nexo de imputação nos casos de ruptura abusiva	<b>158</b>
<b>B) Confiança eficiente e prevenção do oportunismo pela regra da         Responsabilidade Civil</b>	<b>163</b>
i. <i>Underreliance</i> : a importância da regra de responsabilidade	<b>163</b>
ii. A proteção dos investimentos específicos como objeto da regra de responsabilidade	<b>169</b>
<b>C) Medida da indenização pela ruptura injustificada</b>	<b>175</b>
i. Interesse Negativo como medida de dano à confiança	<b>175</b>
ii. Composição do Interesse Negativo: danos emergentes e lucros cessantes	<b>188</b>
iii. O nexo de causalidade e a extensão da reparação	<b>200</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>218</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>228</b>

## INTRODUÇÃO

Conquanto não sejam obrigatórias, as negociações que antecedem a formação do contrato fazem-se presentes em uma infinidade de ocasiões. Geralmente são elas que germinam o processo obrigacional ao possibilitarem a gradativa aproximação entre as partes, mesmo que ainda não tenham qualquer intenção vinculante e não estejam preparadas para assumir qualquer compromisso recíproco, sendo o contrato apenas uma eventualidade para a qual se direcionam os envolvidos.

Trata-se, ao cabo, de útil ferramenta à qual os interessados podem recorrer para estipular a melhor forma de adquirir determinado recurso ou combinar esforços para sua criação. É um mecanismo de suma importância para a formação do consentimento informado dos pretensos contratantes, pois, sem assumir obrigações próprias de um contrato, poderão ao longo das tratativas colher e processar grande parte das informações acerca do negócio jurídico.

A pluralidade dos fatores que condicionam as negociações pré-contratuais torna o universo do processo negocial extremamente vasto, apresentando inúmeras variações de acordo com o contexto em que estiverem inseridas. Com efeito, por não estarem submetidas a nenhum regramento específico, as negociações podem ter diferentes arquétipos e podem tomar distintos rumos a depender da disposição negocial das partes, dos interesses envolvidos, das quantidades de temas discutidos e pretensões antagônicas diagnosticadas, do número de pessoas envolvidas, do tempo de duração, etc.

Expõe ainda mais a dimensão desta ferramenta o fato de as tratativas entre as partes interessadas não estarem limitadas a casos em que os contratos são estipulados e redigidos em conjunto pelas partes. Neste sentido, não se descartam as negociações também em situações de contratos padronizados, na medida em que, conquanto as cláusulas contratuais sejam imutáveis por imposição de uma das partes, não significa, por exemplo, que os indivíduos não possam negociar em torno do preço e das condições de pagamento. Dificilmente inexistirá brecha para acontecer determinada negociação.

Aparentemente inexistem restrições contextuais que proíbam as negociações pré-contratuais de ocorrer. Elas são, acima de tudo, manifestações de autonomia de vontade – na acepção de Clóvis do Couto e Silva<sup>1</sup>, que a define como a possibilidade que possuem os particulares de resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade – e de liberdade contratual e que, justamente por sua natureza e diversidade, sempre dificultaram regramento específico. Efeito disso, atualmente, inexistem um conjunto de normas fixas e procedimentos predefinidos para governar as negociações.

Porém, a ausência de regras previstas em textos normativos não significa que a fase pré-contratual esteja desamparada pelo ordenamento jurídico. Evidentemente não há uma obrigação de negociar e, *a priori*, negociando, uma obrigação de contratar, contudo, ao adentrarem em negociações as partes deverão se ater a determinados deveres de conduta balizados por regras gerais, sobretudo, porque haverá sempre a necessidade de proteção dos bens jurídicos de todos os envolvidos.

À vista disso, o presente trabalho estudará a interação (fundamentalmente paritária, mas não a ela limitada) entre as partes na fase que antecede a conclusão do contrato, procurando sempre medir a constante tensão da autonomia de vontade e da liberdade contratual com a intervenção regulatória.

A pesquisa partirá do conceito econômico do contrato, tratando-o como uma operação econômica com vistas à maximização de riqueza ao invés de promoção de justiça distributiva, sendo as negociações um meio para gerar maior riqueza contratual. Será a partir da perspectiva de eficiência, portanto, que se analisarão os aspectos das negociações.

O trabalho apresentará estudo interdisciplinar de Direito e Economia, especificamente, definindo conceitos de microeconomia e aplicando-os às normas e institutos jurídicos presentes na fase pré-contratual, com anseio de conciliar o utilitarismo e o consequencialismo da Economia com a concepção de justiça firmada pela argumentação jurídica. Propor-se-á estender o ferramental da economia ao direito e demonstrar de que modo os conceitos de microeconomia a ele são úteis,

---

<sup>1</sup> COUTO E SILVA, Clovis V. do. O Conceito de dano no direito brasileiro e comparado. Revista dos Tribunais. v. 667, mai/1991

isto é, como a discussão jurídica pode se beneficiar dos prós e contras delineados pelas ideias econômicas.

Destituído da intenção de transformar o presente trabalho em um estudo de direito comparado, a pesquisa frequentemente recorrerá à doutrina estrangeira para determinar os pormenores jurídicos e econômicos da fase pré-contratual.

Pretender-se-á aplicar a teoria econômica para examinar como a estrutura das negociações pré-contratuais impacta o desempenho dos envolvidos, medindo a repercussão do Direito no mundo real dos fatos e de que maneira as noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização de riqueza e maximização de bem-estar. Afinal, utilizar-se-á a teoria econômica para justificar a modulação dos efeitos da disciplina jurídica na fase que antecede a formação dos contratos.

A pesquisa será desenvolvida com o objetivo de agregar no âmbito acadêmico brasileiro à incipiente discussão sobre a interação entre o Direito e a Economia, se comparada com a dedicação destinada a esta interação no direito norte-americano, no qual vem sendo exaustivamente estudada desde os anos sessenta, quando Ronald Coase publicou célebre artigo acerca do custo social, retratando os custos de transação como obstáculos à alocação eficiente de recursos.

O estudo demonstrará que a análise da fase pré-contratual pode ganhar novas perspectivas a partir da disciplina da *Law and Economics*, a qual permite ampliar a abordagem do tema para além do modelo tradicional, mas sem dele abdicar. Portanto, valendo-se de um método dedutivo, o trabalho formulará suas conclusões a partir das premissas compatíveis entre ambas as matérias.

Haverá uma constante preocupação com a necessidade de formulação de regras jurídicas que, desde a sua origem, contabilizem prováveis consequências de sua aplicação no mundo dos fatos, inclusive para definir se deve ou não haver intervenção regulatória em dada situação, notadamente, buscar-se-á sempre identificar os efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos envolvidos nas negociações e se determinada regra aparenta ser a melhor opção normativa.

A abordagem pela perspectiva da *Law and Economics* para compreensão do tema tratará a matéria por uma perspectiva ainda pouco usual entre os juristas

brasileiros e possibilitará extrair conclusões sobre quais fatores existentes ao longo das negociações permitem aos indivíduos escolhas que maximizem seu bem-estar e quais incentivos exercem sobre eles as opções regulatórias na fase pré-contratual.

Neste contexto, travar-se-á um debate entre as escolas da *Law and Economics*, à luz das ideias clássicas, neoclássicas, institucionalistas e comportamentais, visando estabelecer os elementos que devem ser considerados para sobreviver intervenção regulatória no trato da matéria e como a norma social deve ser encarada em termos de eficiência.

Para desenvolvimento do tema, o trabalho será dividido em três capítulos, o primeiro a iniciar com a elementar conceituação da negociação e suas características. O propósito desta primeira parte do estudo é delimitar o âmbito do desenvolvimento das negociações pré-contratuais e utilizar a interdisciplinaridade para aferir quando será a negociação a melhor solução em termos de maximização de riqueza e como ela propicia a alocação eficiente dos recursos disponíveis às partes.

Em outras palavras, a pesquisa partirá de uma visão estritamente utilitarista da negociação, primando pelos frutos de seu resultado final. Para tanto, será necessário examinar os elementos que determinam a maximização do bem-estar social e, conseqüentemente, a existência de um contrato socialmente desejado. Em suma, a pesquisa compreenderá as conseqüências econômicas da negociação *ex-ante* em um universo ideal, livre de atritos (externalidades), com intuito de refletir como as negociações favorecem à melhor alocação de recursos.

Também neste primeiro capítulo serão identificados os elementos que delimitam a zona de negociação e as estratégias às quais as partes podem recorrer para modificar em seu favor o resultado final das tratativas. Além disso, o trabalho diferenciará os tipos de negociações de acordo com o seu objeto e as pretensões delineadas por cada um dos envolvidos, procurando compreender como cada um dos tipos influencia a divisão do resultado positivo da troca.

No segundo capítulo, a pesquisa abordará as negociações em um cenário distinto daquele que será visto no primeiro capítulo. As negociações serão conduzidas a um ambiente mais próximo da realidade, eivado por vicissitudes, as quais dificultam a obtenção daqueles mesmos resultados constatados em um mundo

ideal. Buscar-se-á analisar os obstáculos encontrados pelas partes durante a fase pré-contratual, especificamente os custos presentes na fase de negociação, o problema da assimetria informativa e as condutas exploratórias. O objetivo será verificar quais os fatores que impedem a conclusão de negócio jurídico socialmente desejável e as alternativas legais e privadas para atenuação dos efeitos destes entraves.

Nesta conjuntura, far-se-á pertinente identificar o que são custos de transação e quais destes custos transacionais afetam a engrenagem das negociações, contrastando fatores existentes nas negociações em geral que aumentam ou diminuem tais custos e, com isso, definir as alternativas oferecidas pelo ordenamento jurídico para reduzi-los.

Ademais, verificar-se-ão as causas da disparidade de informações entre os negociantes e como essa falta de paridade afeta a conclusão do contrato. Examinar-se-á, também, de que modo comportam-se as partes frente à determinada superioridade no seu nível de informação. Com base nisso, apurar-se-á em quais circunstâncias caberá a imposição de deveres informativos e quais serão os fundamentos jurídicos dessa obrigação.

O estudo também procurará entender a partir de que ponto torna-se racional à parte permanecer ignorante quanto às especificidades do contrato negociado e de que maneira a falta de informações durante as negociações favorece a prática de condutas exploratórias.

Nesta esteira, a pesquisa delineará a conceituação de oportunismo, abordará habituais condutas oportunistas praticadas na fase negocial e verificará como condutas desta natureza comprometem o bem-estar social, com objetivo de esclarecer por que devem ser combatidas e quais os métodos podem ser utilizados para amenizar as suas consequências.

Posteriormente, no capítulo terceiro, o estudo analisará o papel central da confiança ao longo do processo negocial e quais razões justificam seu resguardo pela regra da responsabilidade civil. O propósito será aferir o motivo pelo qual a confiança materializa-se como fator determinante para o prosseguimento das tratativas e aumento do valor do contrato. A partir daí o intuito será de apurar quando as partes devem confiar em níveis maiores ou menores umas nas outras,

até que ponto será eficiente o investimento em confiança e quais serão os males decorrentes da desconfiança recíproca.

Atendo-se especificamente aos problemas da ruptura injustificada e das condutas oportunistas, a pesquisa considerará as regras de responsabilidade aventadas pela doutrina para combatê-los e, com auxílio da análise econômica, identificará o fundamento da regra de responsabilidade civil aplicável na presença de tais circunstâncias, debatendo acerca de seus componentes.

O escopo será definir o nexo de imputação da responsabilidade nestes casos e, após, aferir quais os prejuízos devem ser reparados na hipótese de ruptura injustificada das tratativas, contrapondo a indenização pelo interesse positivo e pelo interesse negativo. Por fim, utilizar-se-á a interdisciplinaridade do Direito e da Economia para sustento da medida de indenização e para o balizamento do alcance desta medida indenizatória.

## CAPÍTULO I – O PROCESSO NEGOCIAL: ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DAS NEGOCIAÇÕES

### A) Conceito e características das negociações

A negociação pré-contratual corresponde a um complexo processo de interação social, pelo qual duas ou mais partes interagem com objetivo de resolver diferenças relativas a seus interesses<sup>2</sup>, possibilitando a tomada de decisões mais adequadas para maximização<sup>3</sup> de seu bem-estar<sup>4</sup>. Ela conduz as partes a um acordo de circulação de riquezas<sup>5</sup>, mediante troca ou criação de recursos<sup>6</sup>, pelo qual, ao final, os envolvidos chegam a um consenso sobre a estipulação do que cada uma deve dar ou fazer para a consecução do negócio<sup>7</sup>.

[...]Já existe, durante a fase de negociações, uma finalidade objetivamente verificável, de natureza econômica, para os atos praticados pelas partes. Esses atos se destinam a um fim, ainda que

---

<sup>2</sup> PRUITT, Dean. Negotiations behavior. New York. Academic Press. 1981

<sup>3</sup> “Escolher a melhor alternativa que as restrições permitem corresponde a maximizar a função de utilidade dependendo da restrição de viabilidade. Assim, diz-se que o consumidor que vai às compras maximiza a utilidade dependendo de sua restrição orçamentária.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.37)

<sup>4</sup> “A premissa comportamental implícita na Teoria dos Preços é a de que os indivíduos farão escolhas que atendam aos seus interesses pessoais, sejam eles quais forem. Daí dizer-se que indivíduos racionalmente maximizam seu bem-estar. [...]Esse comportamento maximizador é, portanto, tomado como abrangendo uma enorme gama de ações, que vão desde a decisão de consumir ou produzir um bem até a decisão de contratar com alguém, de pagar impostos, de aceitar ou propor um acordo em um litígio[...]. Claro que no cálculo de maximização entram os custos e benefícios monetários e também aqueles não monetários (tais como poder, prestígio, sensação do dever moral cumprido, etc.). Portanto, a adoção do conceito de maximização racional indica que, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos.” (SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). Direito e Economia. Textos escolhidos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 23)

<sup>5</sup> “As negociações ocorrem por diversas razões, como: (1) chegar a um acordo sobre como compartilhar ou dividir um recurso limitado, como terras, propriedades ou tempo; (2) criar algo novo que as partes não poderiam produzir por conduta própria; (3) resolver um problema ou uma disputa entre as partes envolvidas.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 3).

<sup>6</sup> Para fins de auxiliar a compreensão da abordagem do trabalho, a expressão “recurso” é utilizada para se referir a meios que permitem ao indivíduo a satisfação de suas necessidades próprias e que sejam passíveis de atribuição de valor pelo indivíduo, podendo o “recurso” ser material (p.ex. carro, imóvel, dinheiro, etc.) ou imaterial (p.ex. tempo).

<sup>7</sup> RUBIN, Jeffrey. BROWN, Bert. The social psychology of bargaining and negotiation. New York. Academic Press, 1975



eventual, qual seja, o de instituírem os contraentes entre si uma relação jurídica de natureza contratual.<sup>8</sup>

Em virtude da complexidade das relações entre os particulares que se intercomunicam com objetivo de trocar bens ou serviços, as negociações que antecedem a formação dos contratos não correspondem às regras da ‘*oferta e aceitação*’, previstas nos artigos 427 e seguintes do Código Civil, pois, além de a oferta e a aceitação já serem consideradas atos contratuais, ainda reproduzem uma imagem monotemática, conflitante e sem previsão de ganhos<sup>9</sup>.

Do contrário, muitas vezes a celebração dos contratos não obedece a um esquema simples e imediato<sup>10</sup>. O procedimento negocial representa uma interação que abrange múltiplos temas (centrais ou periféricos)<sup>11</sup>, voltados à resolução de entendimentos divergentes e, sobretudo, à maximização de ganhos sociais<sup>12</sup>, seja pela distribuição eficiente dos recursos ou pela criação destes para posterior rateio. Trata-se de um processo geralmente gradual, em que o acordo ganha forma com o passar do tempo, em diferentes estágios.

Segundo Mário Júlio de Almeida Costa<sup>13</sup>, a fase negociatória compõe o processo de formação dos contratos, precedendo à fase *decisória*, e é integrada pelos atos preparatórios sem marcada intenção vinculante, caracterizada pelas conversações mantidas entre dois ou mais indivíduos até a proposta definitiva<sup>14</sup>. Para Karina Fritz, com razão, a parte *decisória*, composta pelas declarações de vontade vinculantes, é o limite da fase negocial<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> PEREIRA, Regis Fichtner. A responsabilidade civil pré-contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>9</sup> FARNSWORTH, Alan E. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. *in* Columbia Law Review, 1987, p. 2.

<sup>10</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 45.

<sup>11</sup> “[...]Tal resulta, quer da importância e complexidade crescentes dos bens e serviços, assim como dos valores ou esquemas financeiros, envolvidos no comércio jurídico, quer dos mecanismos através dos quais este se realiza. Acresce que o desenvolvimento da publicidade, da mercadologia (*marketing*) e dos meios de comunicação, ao mesmo tempo que produziu a ampliação do âmbito dos contratantes potenciais, tornou necessária uma progressão mais ou menos demorada das negociações anteriores ao acordo definitivo.” (ALMEIDA COSTA, op. cit. p. 46)

<sup>12</sup> FARNSWORTH, loc. cit.

<sup>13</sup> ALMEIDA COSTA, op. cit. p. 49

<sup>14</sup> FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 285.

<sup>15</sup> *Ibidem*

As negociações são marcadas por um processo dialético<sup>16</sup> e paulatino sem regras preestabelecidas<sup>17</sup>, desenvolvido de forma sucessiva em um determinado espaço de tempo, em que as partes discutem<sup>18</sup> acerca dos elementos essenciais do contrato, que correspondem aos termos básicos da operação econômica<sup>19</sup>, e, também, moldam, pelos seus interesses, aqueles elementos ditos acessórios (não essenciais)<sup>20</sup>. Neste norte:

As negociações preliminares são a fase na qual os interessados debatem e discutem o conteúdo do futuro contrato com a finalidade de formar o juízo de conveniência do negócio, ou seja, concluir se vale a pena para ambos celebrar o contrato, ou não, quando, então, põem fim às conversações.<sup>21</sup>

Por se tratar o contrato de uma eventualidade a ser instituída entre os negociantes, Cristiano Zanetti desvincula da conclusão do contrato os atos praticados durante as tratativas, *in verbis*:

Desse modo, para que sejam caracterizadas as tratativas, não há necessidade de que haja atos diretamente relacionados com a conclusão do contrato, cujos termos essenciais nem sequer precisam estar determinados, bastando que as partes discutam o projeto de um futuro e eventual negócio jurídico. Aqui, principalmente, valoram-se os interesses dos candidatos a contratante, para que se possa projetar objetivamente um futuro contrato.<sup>22</sup>

---

<sup>16</sup> Fazendo referência a Jean-Luc Albert, Daniel Ustárroz enquadra a negociação, enquanto movimento dialético, entre dois marcos: “[...](a) a busca indecisa por um contrato (na qual a conclusão do contrato é visto como algo eventual); (b) a realização de um acordo contratual.” (USTÁRROZ, Daniel. Direito dos Contratos. Temas atuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46)

<sup>17</sup> FRADERA, Véra Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 34, n. 136, out/dez. 1997. p. 172 e 173.

<sup>18</sup> “As negociações podem ser verbais ou escritas, tendo estas a vantagem de facilitarem não apenas a prova da *existência das negociações*, como também a prova da *confiança legítima na celebração* [...]” (FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 287)

<sup>19</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 144

<sup>20</sup> “[...] Algumas negociações consistem em uma única questão – por exemplo, o preço de um item [...]. Outras são mais complexas. A aquisição de uma empresa por outra inclui um grande número de questões, como o preço, o remanejamento de estoques, a retenção, a transferência e a demissão de executivos e funcionários e a localização da nova sede.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p.105)

<sup>21</sup> FRITZ, op. cit. p. 285.

<sup>22</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade pela Ruptura das Negociações. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 10.

Embora frequentemente presentes na fase que antecede à conclusão de um contrato, as negociações não carregam em si um caráter obrigatório para que esta formação ocorra. Trata-se, portanto, de faculdade à qual as partes podem recorrer para estipular com um maior grau de detalhes os seus interesses, bem como para criar meios de resolução dos conflitos<sup>23</sup> vinculados a estes interesses, quando não existir “[...]um conjunto de regras e procedimentos fixos ou predefinidos para resolvê-lo, ou quando decidem não adotar esses procedimentos”<sup>24</sup>.

Conclui-se, portanto, que as negociações são atos meramente preparatórios, que possuem carga jurídica diferente da regra da ‘*oferta e aceitação*’<sup>25</sup>, uma vez que podem ou não se fazer presentes na fase de formação do ajuste, não sendo, portanto, indispensáveis (vitais) à existência do contrato. É, sobretudo, um processo voluntário, no qual a liberdade está amparada pelo princípio da autonomia de vontade<sup>26</sup>, de modo que o ingresso da parte na negociação estará condicionado ao fato de crer que, com as informações obtidas, poderá obter os resultados esperados por meio de tratativas ao invés de aceitar o que a outra parte oferece ou concede<sup>27</sup>.

Em contrapartida, a negociação não será a opção escolhida pelo indivíduo quando o próprio recurso a ser negociado não for compatível com seus interesses; quando se encontrar em uma situação arriscada, na qual a barganha<sup>28</sup> pode lhe retirar seu recurso sem qualquer retribuição; ou quando for possível ou autorizado pela lei atingir os resultados esperados sem negociar, mediante apropriação de recursos ou atuação individual, com custos mais convenientes. Nessas

---

<sup>23</sup> “O conflito é consequência dos relacionamentos interdependentes, pois resultam de necessidades muito divergentes ou percepções e noções equivocadas das partes em uma negociação. Eles ocorrem quando as duas partes trabalham com a mesma meta e desejam o mesmo desfecho, ou quando esperam resultados muito distintos. Independente da origem do conflito, a negociação desempenha um papel importante na sua solução eficiente. [...]O *conflito* é definido como um “forte desacordo ou oposição de interesses, ideias, etc.” e inclui “a divergência de interesses ou a convicção de que as aspirações atuais das partes não são concretizáveis simultaneamente”. (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 19 e 20)

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 9

<sup>25</sup> A regra da ‘*oferta e aceitação*’ é extremamente pertinente para “[...]individualizar, com precisão, o momento em que um contrato deve considerar-se concluído[...]” (ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 86). Contudo, esta regra não tem substrato para abranger o processo de negociação.

<sup>26</sup> FRADERA, Véra Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 34, n. 136, out/dez. 1997. p. 173

<sup>27</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. op. cit. p. 9

<sup>28</sup> Quando se fizer menção à expressão barganha, refere-se ao sentido de *troca* ou *permuta*, não ao seu sentido pejorativo, de *trapaça* ou *fraude*.

circunstâncias, a opção pelo não contrato gera ao indivíduo maior bem-estar do que a opção de contratar.

Conquanto prescindível, mostra-se um útil mecanismo para resolução das divergências criadas pelas próprias partes dispostas a trocarem, uma com a outra, recursos escassos, ou, em esforço conjunto, criar riqueza para divisão futura<sup>29</sup>. Por conseguinte, sempre que pretensões antagônicas surgirem na relação de partes dispostas a colaborarem entre si e não houver normas estabelecidas para resolvê-las, haverá a necessidade de negociação. Como adiante se mostrará, a negociação também se constitui como um ferramental importantíssimo para alcançar a melhor distribuição dos lucros do contrato e, conseqüentemente, a maximização do bem-estar social.

Em virtude de se instaurar quando os interesses individuais remetem as partes ao objetivo comum de contratar, mas encontram incompatibilidades nas pretensões de cada uma, a negociação passa a existir com a conduta de contraposição ou postergação do negociante que recebe a oferta inicial, ou seja, não é a mera comunicação de intenção de troca de uma parte à outra que caracteriza o início da fase negociatória do contrato<sup>30</sup>, cujas condições e quantidades do contrato serão dentro deste período determinadas<sup>31</sup>. Por conseguinte, embora seja fator incondicional para existência da fase de negociação, a demonstração de interesse por parte do primeiro negociante ao segundo negociante e vice-versa, por si só, não tem o condão de dar início à fase negocial.

Conforme Maristela Basso, “[...]a oferta representa a primeira declaração de vontade dirigida à conclusão do negócio jurídico bilateral, [...] precisa e determinada,

---

<sup>29</sup> “Assim, deve-se utilizar um conceito mais amplo de tratativas, cuja função consiste não apenas em conferir às partes a possibilidade de verificar a respectiva conveniência em concluir o contrato, mas, sobretudo em tornar possível a conciliação de interesses, o que se revela particularmente difícil nos contratos onerosos.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade pela Ruptura das Negociações. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 10)

<sup>30</sup> “As negociações podem se desenvolver, então, a partir de uma oferta quando, por exemplo, um comerciante faz a outro uma proposta clara, precisa e determinada de venda de uma mercadoria, porém, o oblato não se encontra em condições de aceitá-la imediatamente, nem sequer se encontra preparado para apresentar contraproposta, optando por não a recusar, pura e simplesmente, mas, sim, abrir um período de negociações, que poderá se encerrar com a conclusão do contrato ou se exaurir no seu próprio insucesso [...]” (BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, conclusão e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.136)

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 133

de tal modo que a simples aceitação baste para a conclusão do contrato”<sup>32</sup>. Ou seja, a negociação em torno da proposta realizada apenas começará quando existir vontade recíproca de contratar, e houver diferenças sobre as condições da oferta, porque, do contrário, ou a oferta<sup>33</sup> será rechaçada e não haverá contrato, ou aceita<sup>34</sup> e as partes celebrarão o acordo<sup>35</sup>, pois “[...]se não há conflito de propostas e existe convergência de interesses [...] não há o que negociar”<sup>36</sup>.

Portanto, a interação privada entre os *players* ocorre porque um discorda com a totalidade das condições contidas na proposta inicial do outro, seja em uma barganha distributiva ou integrativa, a seguir delineadas. Em virtude da discussão instaurada acerca das divergências existentes ou até mesmo da pendência de arestas a apurar para a conclusão do contrato, sobre as quais não alcançaram consenso as partes, pelo meio da negociação, os *players* têm a oportunidade de alcançar uma nova proposição em que ambos se sintam comprometidos<sup>37</sup>.

É a partir da oferta inicial e da sua contraoferta<sup>38</sup>, às quais estarão subjacentes os interesses dos negociadores, que se torna possível verificar as

<sup>32</sup> BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, conclusão e prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.137

<sup>33</sup> “[...]a oferta é vinculante, decorrendo de sua aceitação a formação do contrato, sem que seja necessária qualquer outra manifestação do aceitante, titular de um verdadeiro direito potestativo.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 13)

<sup>34</sup> “É sabido que múltiplos contratos se concluem rapidamente, pelo mero encontro de uma proposta e de uma aceitação, sem que existam, ou não existindo quase, anteriores aproximações dos contratantes ou negociações prévias.” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 45)

<sup>35</sup> Maristela Basso se vale da posição de Mousseron para ponderar que a fase de negociações não é necessariamente um período de oposição. Cita a autora que o autor francês defende que a “fase de negociações não é necessariamente, nem principalmente, uma fase de oposição; ela é, frequentemente, a busca comum de uma solução a ser dada a muitos problemas”. E que “as partes querem chegar a concluir um contrato vantajoso para ambas, pois faltando interesse para um e outro o contrato não será concluído” (BASSO, op. cit. p.138). No ponto, não se discorda do entendimento que o fim perseguido possa ser buscado em comum pelas partes, o que é o cerne de uma negociação integrativa, mas entende-se que para fins de negociação essa ‘busca comum’ deve partir de divergências a serem conjuntamente superadas. Caso contrário, não se trata de negociação, bastando às partes sentarem-se uma de frente para a outra e redigirem o contrato tão logo o tempo permita. O que se pretende dizer é que há necessidade de debate sobre pontos antagônicos, a aproximá-los, para se caracterizar a negociação.

<sup>36</sup> MACAGNAN, Clea Beatriz. *Jogo contratual e jogo da negociação*. In MACAGNAN, Clea Beatriz (coord.). *Compras. Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços*. Porto Alegre: Entremeios, 2010, p. 27

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 28

<sup>38</sup> Conforme ensinam Roy J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry: “[...]Às vezes a outra parte não faz uma contraoferta, limitando-se a afirmar que a primeira oferta (ou conjunto de demandas) é inaceitável, e pede para que a parte que a apresentou retorne com um conjunto de propostas mais razoáveis.” (in *Fundamentos da Negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 46). Realça-se, neste caso, que a negociação se iniciou, pois há uma resistência

dificuldades do relacionamento embrionário<sup>39</sup> e da compatibilidade acerca dos problemas a serem tratados<sup>40</sup>, bem como definir a variação de barganha inicial – quer dizer, o intervalo que constitui os limites do acordo.

Ao longo das negociações, dependendo da complexidade do contrato e da flexibilidade das partes, sucede-se uma série de propostas e contrapropostas, que indicam não mais do que o posicionamento de cada parte, pautado pelos interesses que motivam a negociação.

[...] Nas propostas comerciais, é informado o preço do objeto ou o serviço a ser negociado. O preço assinala a um posicionamento econômico. [...] Toda proposta realizada tem uma justificativa, carregada de interesses, exteriorizados ou não. É sabido que todo o preço representa necessidades e objetivos, como custo, lucro, etc. para os que o propõem.<sup>41</sup>

As proposições abordadas durante a fase de negociação *ex ante* são as mais variadas (preço, termo, forma de cumprimento, obrigações acessórias, etc.) e, quanto maior o número de pontos controvertidos, maior a oportunidade para *trade-offs* (trocas) com relação a questões nas quais as preferências dos negociadores divergem<sup>42</sup>. Ou seja, a multiplicidade de pontos antagônicos possibilitará que uma das partes ceda sobre determinado ponto de que tem menor interesse, aumentando seu *poder* de barganha quando vier à tona o debate de tema sobre o qual recai maior interesse seu. Assim, por exemplo, uma parte pode ceder quanto à grandeza da taxa de juros para, posteriormente, reivindicar por uma multa contratual mais onerosa.

---

à oferta inicial, manifestada com a intenção de prosseguir na negociação desde que com alteração da primeira pretensão.

<sup>39</sup> “As ofertas, posturas e concessões iniciais são elementos característicos do começo das negociações, que as partes utilizam para comunicar como pretendem negociar. Uma oferta inicial exagerada, uma postura inicial obstinada e uma concessão inicial conservadora traduzem uma posição de firmeza. Em contrapartida, uma oferta de abertura moderada, uma postura inicial moderada e cooperativa e uma concessão inicial plausível veiculam uma postura básica de flexibilidade.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 46)

<sup>40</sup> TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. The negotiation of contractual agreements. *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*. V. 1, 85-98, 2015, p. 90

<sup>41</sup> MACAGNAN, Clea Beatriz. Jogo contratual e jogo da negociação. In MACAGNAN, Clea Beatriz (coord.). *Compras. Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços*. Porto Alegre: Entremios, 2010, p. 48

<sup>42</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. op. cit. p. 35

Conforme Dean G. Pruitt<sup>43</sup>, ambas as partes são favorecidas pela identificação dos múltiplos pontos controvertidos e do grau de prioridade de cada uma sobre eles, pois inevitavelmente haverá troca entre condições diferentemente valorizadas por cada uma, agregando-se maior proveito individual. Por conseguinte, suponha-se que visando a uma relação continuada o negociador *A* valoriza a condição  $\alpha$  (p.ex.: preço menor) mais do que a condição  $\beta$  (p.ex.: maior prazo de cumprimento) e o negociador *B* prefere a condição  $\beta$  (maior prazo de cumprimento) ao invés da condição  $\alpha$  (menor preço), o bem-estar será maximizado a partir da troca dessas alternativas, restando a condição  $\alpha$  (menor preço) alocada com *A* e a condição  $\beta$  (maior prazo para cumprimento) alocada com *B*, de modo que, ao final, o contrato negociado terá um valor reduzido e um longo prazo para cumprimento.

Neste norte, não há como negar que os motores que movimentam as negociações são os interesses individuais<sup>44</sup>, os quais dizem respeito às preferências ou utilidades que cada pessoa tem pelos recursos a serem divididos<sup>45</sup>. Os interesses tracejam o alcance da negociação<sup>46</sup> na medida em que definem as disposições máximas de cada parte, como, por exemplo, em uma barganha competitiva, o preço limite que o comprador está disposto a pagar pela coisa e o preço mínimo do vendedor para vendê-la. Neste caso, para que haja espaço para a negociação, o vendedor potencial deve avaliar o bem que está oferecendo em valor menor do que o potencial comprador<sup>47</sup>, ou seja, o seu interesse pelo bem negociado deve ser inferior ao do adquirente.

Segundo Roy J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry<sup>48</sup>, os interesses da fase pré-contratual são de três espécies. Os interesses *substantivos*, os quais “[...]dizem respeito a questões específicas na negociação – questões de cunho econômico ou financeiro, como preços ou taxas, ou o objeto de uma negociação, como a divisão de recursos[...]; os interesses *processuais*, “[...]relacionados ao

<sup>43</sup> PRUITT, Dean. *Negotiations behavior*. New York. Academic Press. 1981

<sup>44</sup> “[...]interesses podem ser intrínsecos (uma parte valoriza o seu interesse independente da outra) ou instrumentais (a parte valoriza porque ele a ajuda a obter outros resultados no futuro).” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. *Fundamentos da Negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 75)

<sup>45</sup> WALTON, Richard; MCKERSEY, Robert. *A behavioral theory of labor negotiations: An analysis of a social interaction system*. New York: McGraw-Hill, 1965.

<sup>46</sup> “The purpose of negotiation is to create agreements that satisfy the negotiators’ interests – their ultimate needs, desires, and concerns.” (FISHER, R; URY, W; PATTON, B. *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. 3ªed. New York: Penguin Books. 2011).

<sup>47</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 93

<sup>48</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. loc. cit.

*modo* como a negociação se desenrola”; e os interesses de *relacionamento*, que se referem ao apreço do relacionamento que mantêm as partes e o quanto desejam não incorrer em ações prejudiciais a este relacionamento.

Então, motivadas pelos interesses individuais, mas sem que necessariamente a eles se façam menção ao longo das tratativas, as negociações sempre tomarão rumos diferentes, quando condições propostas forem aceitas ou não pelos negociantes.

No caso de aceitação da proposta que se refira aos elementos essenciais do contrato, a negociação estará encerrada<sup>49</sup>. Em caso de aceitação das condições sobre os elementos não essenciais, a tendência<sup>50</sup> é a manutenção desta concordância até o desfecho das tratativas<sup>51</sup>. Todavia, caso a proposta não seja aceita, o negociante “[...]poderá adotar diferentes atitudes, como insistir na proposta ou reformulá-la mediante a análise da contraproposta ou pela apresentação de seus interesses, que, em princípio, justificariam a proposta inicial”<sup>52</sup>.

A doutrina comumente define a proposta como uma oferta de relação contratual feita a um possível interessado, visando a solicitar deste a manifestação da vontade para sua adesão<sup>53</sup>. Importante reiterar que a oferta de contratação feita pelo proponente, desde que contenha os pontos essenciais à conclusão do negócio, torna-se vinculante e encerra a negociação quando há sua aceitação pelo oblato,

<sup>49</sup> “[...]se as partes chegam a um acordo acerca dos pontos essenciais do futuro contrato, tem-se como formado o negócio jurídico. [...]Se, ao contrário, as partes não acordam em relação aos pontos essenciais, não se pode falar em contrato, mas as punctações, nas quais esse consenso se reflete, provam inequivocamente a existência e o estágio das negociações[...]” (FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012, p.289)

<sup>50</sup> Utiliza-se a expressão “tendência”, porque se compartilha da ideia da liberdade de a parte se retirar da negociação a qualquer momento antes da aceitação da proposta final, desde que não o tenha feito de forma oportunista: “[...]prior to acceptance, the offer is free to back out by revoking the offer” (FARNSWORTH, Alan E. *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*. in *Columbia Law Review*, 1987, p. 2). Com a mesma concepção, pode-se citar Maristela Basso: “O desenvolvimento das negociações preliminares se caracteriza pelo princípio da “liberdade contratual”, e não se circunscreve a nenhuma forma imperativa.” (BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, conclusão e prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 156)

<sup>51</sup> “A aceitação consiste na declaração unilateral de vontade por meio da qual, concordando-se integralmente com os termos da proposta, forma-se o contrato. Para que surja o contrato, a aceitação deve ser integral; caso contrário, implicará nova proposta, conforme dispõe o art. 431 do novo Código Civil.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 16)

<sup>52</sup> MACAGNAN, Clea Beatriz. *Jogo contratual e jogo da negociação*. In MACAGNAN, Clea Beatriz (coord.). *Compras. Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços*. Porto Alegre: Entremeios, 2010, p. 48

<sup>53</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 46



visto que, conforme definem Guido Alpa e Mario Bessone, “l’*accettazione* è l’atto con cui si completa il contratto”<sup>54</sup>, sendo a aceitação um ato necessário para formação dos contratos bilaterais, seja de forma expressa ou tácita<sup>55</sup>. Os autores italianos adotam o conceito de que a oferta é uma promessa feita pelo proponente de fazer ou abster-se de fazer algo, crendo que o oblato aceitará a oferta e pagará ou prometerá pagar o preço indicado na oferta, ou executará ou prometerá executar a contraprestação pedida pelo proponente<sup>56</sup>. Portanto, ainda reportando-se à lição de Guido Alpa e Mario Bessone, não será considerada oferta, na acepção de elemento formador dos contratos, toda e qualquer oferta realizada na fase de negociações, apenas aquela seguida da aceitação dos seus exatos termos. Arnaldo Rizzardo alinha-se a este entendimento após afirmar que a proposta se trata de reflexo da vontade do ofertante e a aceitação reflete a vontade do oblato e concluir que “[...]ambas formam um todo íntegro das duas vontades, que se harmonizam em um fim contratual[...]”, sendo enfático ao dizer que a aceitação deve equivaler à proposta para formação do contrato, *in verbis*:

Daí que, para operar a formação do contrato, a aceitação há de equivaler à proposta feita. Uma aceitação parcial, ou condicional, ou mediante alteração da proposta, é verdadeira contraproposta, não significando a aceitação capaz de produzir o efeito imediato da formação do contrato[...].<sup>57</sup>

Guido Alpa corrobora e complementa a assertiva, referindo que durante as tratativas é muito comum haver uma diversidade de ofertas e contraofertas incapazes de vincular as partes. Nas palavras do próprio autor:

Non vi è offerta, ad esempio, quando le parti sono ancora in fase di *trattativa*, e si scambiano informazioni, dati, indicazioni, proposte esemplificative, e così via (preliminary negotiation)[...]. Nel processo della trattativa, vi possono essere molte offerte, e molte contro-

---

<sup>54</sup> ALPA, Guido. TEDESCHI, Vittorio. Il contratto nel diritto nord-americano. Milano: Giuffrè, 1980, p. 24

<sup>55</sup> Neste sentido: BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 1981, p. 115; ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73

<sup>56</sup> ALPA, Guido. BESSONE, Mario. Il contratto nel commom law inglese. 2ªed. Padova: CEDAM, 1997, p. 34

<sup>57</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 54

offerte; nessuna di esse è però vincolante perché non è accompagnata da accettazione.<sup>58</sup>

A negociação, assim, servirá como um ferramental para elaboração de novas propostas que oportunizem ganhos para ambas as partes, de forma que os interesses – e, conseqüentemente, o posicionamento de cada negociante – se justificarão pela percepção de cada um dos polos sobre a possibilidade de lucro com o acordo ou perdas por não negociar<sup>59</sup>.

## **B) O desenvolvimento da fase que antecede a formação do contrato**

A inconformidade com a proposta inicial e o ingresso das partes em negociação indicam o espaço para concessões mútuas, que nada mais são do que alterações da proposta antecedente. As concessões mútuas são fundamentais para a manutenção da negociação, na medida em que a irredutibilidade sobre as propostas lançadas culminará no encerramento do processo, seja por meio da celebração do contrato ou desistência do negócio.

Quando negociamos esperamos um processo de “dar e receber”, que é parte fundamental na definição de negociação. A expectativa é de que as duas partes alterem ou abandonem suas propostas, exigências ou demandas iniciais. Embora a princípio as duas partes defendam seus próprios pontos de vista com vigor, forçando uma à outra a recuar, com o tempo elas abrem mão de suas posições iniciais para chegarem a um acordo<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Livre tradução: “Não há nenhuma oferta, por exemplo, quando as partes estão ainda em fase de tratativa e trocam informações, dados, indicações, propostas exemplificativas, e assim por diante (negociação preliminar)[...]. No processo de negociação, podem existir muitas ofertas, e muitas contraofertas; nenhuma dessas, todavia, é vinculante, pois não está acompanhada da aceitação.” (ALPA, Guido. TEDESCHI, Vittorio. Il contratto nel diritto nord-americano. Milano: Giuffrè, 1980, p. 21)

<sup>59</sup> MACAGNAN, Clea Beatriz. Jogo contratual e jogo da negociação. In MACAGNAN, Clea Beatriz (coord.). Compras. Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços. Porto Alegre: Entremeios, 2010, p. 32

<sup>60</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 9

Quando houver espaço para tanto – ou seja, quando as metas traçadas pelas partes permitirem –, Frank Burchill<sup>61</sup> afirma que as concessões mútuas precisam acontecer para não afetar negativamente o processo negocial. Isso porque, sem que a concessão de uma parte seja retribuída com a concessão de outra, tornar-se-á inviável assegurar a reciprocidade e continuidade da relação.

Então, para construção de uma nova proposição é comum que sejam reciprocamente feitas algumas concessões de interesses iniciais, de modo que se torna crucial que cada parte tenha bem presente seu ponto de resistência (valor máximo ou mínimo pelo qual aceita concretizar o negócio) como limite negocial, para ter certeza de que não sairá de uma negociação em situação pior do que se não houvesse acordo<sup>62</sup>. Em virtude destas concessões, especialistas no jogo negocial orientam os protagonistas a demonstrarem altas aspirações, porque, mesmo não alcançando seus objetivos finais, costumam obter melhores resultados que negociadores com objetivos inferiores<sup>63</sup>.

Não quer dizer, entretanto, que fazer mais concessões do que inicialmente pretendia torne a parte perdedora, pois fazer concessões pode também significar uma decisão estratégica<sup>64</sup>, basta que as concessões não tornem o benefício auferido com o contrato menor que o seu ponto de resistência. Ou seja, para garantia de eficiência, o limite das concessões, economicamente falando, será a mínima unidade de utilidade acima do ponto de resistência do negociador. Assim, quando fizer concessões além do que permite esse ponto limite, ingressará em uma zona de barganha negativa e os ganhos com a troca passarão a ser destinados apenas à contraparte.

Com efeito, é salutar para o sucesso do jogo da negociação que as partes adotem “[...]comportamentos caracterizados por flexibilidade, criatividade e

---

<sup>61</sup> BURCHILL, Frank. Walton and McKersy, A Behavioral Theory of Labor Negotiations (1965). Historical Studies in Industrial Relations. Liverpool. v.8, 1999, p. 146

<sup>62</sup> CRAVER, Charles B. The negotiation Process. In American Journal of Trial Advocacy. The George Washington University Law School. Washington D.C., 2003, p.8

<sup>63</sup> *Ibidem*, p.13

<sup>64</sup> BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, conclusão e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 144

estratégias que permitam o processo e a manutenção da negociação”<sup>65</sup>, os quais serão transmitidos, muitas vezes, por meio de concessões.

A quantidade de concessões indica o caminhar positivo das negociações. E, para garantir as concessões obtidas, dirimir os riscos envolvidos e, sobretudo, assentar as definições já ajustadas em um alongado processo de negociação, permite-se, pelo mesmo fundamento da liberdade negocial, a qual concede às partes, sem oportunismo, o direito de adentrar e de retirar-se das tratativas a qualquer tempo, que consensualmente aloquem e limitem os riscos existentes nas negociações em curso<sup>66</sup>, bem como fixem questões que deixaram de ser controvertidas, tudo por meio de acordos intermédios (ou acordos preliminares não contratuais)<sup>67</sup> – instrumentos não tipificados em nosso ordenamento jurídico, mas comumente utilizados na prática<sup>68</sup> “[...]para determinar a forma como as negociações entre as partes contratantes se processarão ou para cristalizar o estado dessas negociações em determinado momento”<sup>69</sup>.

Por terem origem no seio da negociação, são classificados os acordos intermédios como instrumentos jurídicos destituídos de natureza contratual e auxiliares de um dado contrato<sup>70</sup>. Quando se trata de acordos intermédios, não se está tratando de acordo preliminar de natureza negocial, caracterizado como contrato<sup>71</sup>, tal qual, por exemplo, o contrato-promessa, bem definido por Enzo Roppo como sendo aquele em que:

---

<sup>65</sup> MACAGNAN, Clea Beatriz. *Jogo contratual e jogo da negociação*. In MACAGNAN, Clea Beatriz (coord.). *Compras. Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços*. Porto Alegre: Entremeios, 2010, p. 31

<sup>66</sup> “[...]parties who do not wish to rush to ultimate agreement are free instead to make a preliminary agreement to allocate the risks of their continuing negotiations.” (FARNSWORTH, Alan E. *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*. in *Columbia Law Review*, 1987, p.2)

<sup>67</sup> “Com efeito, objetivando precipuamente verificar e, se possível, maximizar a valia da relação negocial discutida, as tratativas são costumeiramente acompanhadas de discussões, pautadas por consentimentos e dúvidas. Em certas relações comerciais, muitos fatos importantes são reproduzidos a termo, através de cartas de intenção, memorandos de entendimentos, punctuações etc. Todo esse rito tem o escopo de organizar o panorama obrigacional, protegendo os sujeitos, ao permitir que a negociação evolua harmoniosamente com a certificação de seus passos.” (USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos Contratos. Temas atuais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51)

<sup>68</sup> “No âmbito da contratação de bens de maior valor – bloco de ações; grandes empreitadas de obras e serviços; transferência tecnológica; assistência técnica; convenções de financiamento – que requerem uma negociação longa e complexa, recorre-se frequentemente a tais documentos, cuja nota distintiva é precisamente a flexibilidade[...]” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 32)

<sup>69</sup> ANTUNES, Engracia. *Dos Contratos Comerciais em Geral*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 97

<sup>70</sup> *Ibidem*

<sup>71</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 1981, p. 108

“[...]as partes não se obrigam simplesmente a prosseguir as negociações (permanecendo firmes os eventuais acordos já alcançados), mas obrigam-se, sem mais, a concluir um contrato com certo conteúdo. [...]as partes já definiram os termos essenciais da operação econômica que tencionam realizar (suponhamos, a venda de um imóvel por um certo preço) mas não querem passar de imediato a actuá-la juridicamente, não querem concluir, desde já, o contrato produtor dos efeitos jurídico-econômicos próprios da operação; preferem remeter a produção de tais efeitos para um momento subsequente, mas, ao mesmo tempo, desejam a certeza de que estes efeitos se produzirão no tempo oportuno, e por isso não aceitam deixar o futuro cumprimento da operação à boa vontade, ao sentido ético, à correção recíproca, fazendo-a, ao invés, desde logo matéria de um vínculo jurídico. Estipulam, então, um contrato preliminar, do qual nasce precisamente a obrigação de concluir, no futuro, o *contrato definitivo*, e, com isso, de realizar efectivamente a operação econômica prosseguida.”<sup>72</sup>

Destarte, tratam-se os acordos intermédios como não dotados de natureza negocial, então, todos “[...]os instrumentos destinados a documentar as negociações como, por exemplo, a minuta e as cartas de intenção, denominados genericamente de *punctações*”<sup>73</sup>. Ressalva-se, porém, que não é a nomenclatura dada ao instrumento que definirá sua natureza e sua força vinculativa, mas a substância de suas pontuações. Converte com tal entendimento a lição de Cristiano Zanetti:

“[...]tais documentos podem corresponder ao contrato final, o que se revela particularmente comum em se tratando de uma minuta. Se a minuta contiver todos os pontos principais do contrato e os demais puderem ser supridos por meio de normas dispositivas ou de interpretação, tem-se um contrato perfeito, ainda que o documento não se mostre com esse nome, desde que a lei ou a convenção não exija forma especial para tanto. Além disso, a minuta também pode assumir a natureza de contrato preliminar. [...]Verifica-se, portanto, que, a despeito de serem muito frequentes no mundo negocial, as cartas os memorandos, os protocolos e as minutas não podem ser enquadrados em categorias jurídicas próprias, devendo sempre ser examinado seu conteúdo, a fim de verificar qual sua eficácia, caso esta exista. São apenas formas, cuja relevância somente pode ser determinada mediante seu exame concreto.”<sup>74</sup>

<sup>72</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 102 e 103

<sup>73</sup> FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012, p.287

<sup>74</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade pela Ruptura das Negociações. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 33 e 34

Conforme explica Santos Júnior, os acordos intermédios comportam múltipla função:

Muitas vezes, a necessidade de tais acordos não resulta só da imanente necessidade de limitação dos riscos, nem só da própria necessidade de organizar a negociação complexa e longa em curso, mas também de factores externos à negociação, como a necessidade da produção de algum tipo de documento como pressuposto ou condição de as partes obterem aprovações governamentais eventualmente requeridas por lei para a celebração ou a execução do contrato em vista ou para obterem, por exemplo, um financiamento de que necessitem.<sup>75</sup>

Engracia Antunes<sup>76</sup> subdivide em duas modalidades estes acordos preparatórios e ancilares da negociação. A primeira modalidade assumida pelo autor é formada pelos *acordos de princípio*, de conteúdo extremamente variável, os quais manifestam, sobretudo, em determinado momento das negociações em curso, a vontade do negociante em prosseguir com as tratativas, de boa fé e com vista a atingir o acordo final<sup>77</sup>. É comum nesta modalidade, conforme o autor, as partes modelarem e reproduzirem os resultados das conversações ou negociações empreendidas, normalmente em documentos de natureza económica (“due diligence”) e jurídica (“legal options”) que visam a fornecer informação exaustiva sobre o objeto do contrato.

A segunda, constitui-se dos *acordos de base*, os quais, ainda sem força de vinculação ao contrato<sup>78</sup>, têm a finalidade de fixar “[...]o consenso alcançado pelos contraentes relativamente a um determinado núcleo essencial de elementos

---

<sup>75</sup> JUNIOR, E. Santos. Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das negociações para a celebração de um contrato. *In* Revista da Ordem dos Advogados, 1977, p. 567.

<sup>76</sup> ANTUNES, Engracia. *Dos Contratos Comerciais em Geral*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 98

<sup>77</sup> “O contrato princípio obriga as partes a negociar um futuro contrato, sem estabelecer as cláusulas principais ou acessórias da avença projetada[...]. A função do contrato princípio esgota-se na criação da obrigação de negociar. Trata-se, portanto, de contrato tipicamente preparatório, auxiliando na formação do futuro negócio jurídico, sem, no entanto, dispor a respeito de suas cláusulas ou mesmo regular o período das negociações.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 18 e 19)

<sup>78</sup> “De fato, os diferentes tipos de cartas, protocolos, memorandos e minutas não gozam de eficácia jurídica própria que, em verdade, deve ser avaliada em conformidade com seu conteúdo. [...]tais documentos podem desempenhar funções de contratos preparatórios, temporários ou parciais, inclusive ao mesmo tempo. Além disso, pode ocorrer que tais documentos sejam absolutamente ineficazes, servindo, no entanto, como prova do estágio em que se encontram as negociações.” (ZANETTI, op. cit. p. 33)

contratuais, vinculando-se ainda a prosseguir as respectivas negociações quanto aos demais pontos secundários em aberto”<sup>79</sup>.

[...]Esses acordos têm outros efeitos: produzem como consequência primeira a prova da existência das negociações e, além disso, podem provar ainda que a confiança surgida na contraparte acerca da celebração do contrato foi legítima, justificada, pois amparada em dados objetivos, de forma que qualquer um naquela situação também poderia confiar que o negócio seria celebrado.<sup>80</sup>

A alocação dos riscos da negociação – ou pelo menos sua fácil apuração e imputação a um dos *players* – e o avançar do consenso sobre os elementos essenciais da troca aproximam as partes cada vez mais do termo final do período da negociação, restando propriamente consolidado quando nenhuma delas dispuser de liberdade de manobra quanto às condições do contrato.

Assim, um negociador transmitirá ao outro a mensagem de que não há espaço restante para manobras senão a aceitação de sua última proposta<sup>81</sup>. Nesta orientação, retomando o que já foi dito, destaca Santos Junior que “[...]só há contrato – contrato final – quando as partes acordam em todos os pontos considerados relevantes. Mormente, quando uma faz uma proposta e a outra aceita: quando uma declara sua vontade de contratar e os termos em que o quer fazer e a outra aceita.”<sup>82</sup>. Para enfrentamento do tema e desenvolvimento do presente estudo, cabem certas considerações sobre o momento da conclusão do contrato, conquanto o objetivo do trabalho em tela seja o de permanecer perquirindo sobre as particularidades da fase antecedente à formação do negócio jurídico. Com fulcro nas lições de Guido Alpa, Mario Bessone, Enzo Roppo, Waldírio Bulgarelli e Arnaldo Rizzardo, acima se referiu que a vinculação das partes a uma relação obrigacional depende da oferta (proposta) do proponente sucedida da aceitação do oblato, nos termos da oferta, sendo este encontro de vontades a circunstância formadora dos contratos. No entanto, convém destacar que, embora seja esta regra considerada no

<sup>79</sup> ANTUNES, Engracia. *Dos Contratos Comerciais em Geral*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 99

<sup>80</sup> FRITZ, Karina Nunes. *Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 288

<sup>81</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. *Fundamentos da Negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 49.

<sup>82</sup> JUNIOR, E. Santos. *Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das negociações para a celebração de um contrato*. In *Revista da Ordem dos Advogados*, 1977, p. 581

Direito brasileiro (acordo de vontades), assim como nos demais países de *civil law*, como, por exemplo, na França<sup>83</sup> e na Itália<sup>84</sup>, nos países de *commom law* o entendimento é diverso. Nestes últimos, além da existência de uma promessa por uma parte (e aqui se refere à promessa aceita pela contraparte<sup>85</sup>), o contrato considera-se concluído, portanto há uma relação obrigacional vinculante, quando junto à promessa exista uma contraprestação (ou uma promessa de contraprestação) pelo promissário, a qual recebe a denominação de *consideration*<sup>86</sup>.

Este é o elemento central da chamada teoria da barganha no *commom law*, a qual prevê que o contrato não é concluído até que o promissário dê ou prometa alguma contraprestação ao promissor. Somente mediante presença da *consideration* é que a promessa do promissário se torna executável. Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>87</sup> aquilatam neste sentido de que é a *consideration* que faz as promessas serem executáveis, concluindo que para a teoria da barganha as promessas asseguradas pela *consideration* são aquelas que vinculam o promissário, ao passo que as promessas sem contraprestação não são suficientes para a respectiva vinculação.

Especificamente, *consideration* é um termo técnico para descrever aquilo que o promissário oferece ao promitente em troca da promessa (ou para induzi-la)<sup>88</sup>. Ao

---

<sup>83</sup> “Offerta ed accettazione sono sufficienti nella concezione francese per costituire un contratto. *Pacta sunt servanda.*” (ALPA, Guido. TEDESCHI, Vittorio. Il contratto nel diritto nord-americano. Milano: Giuffrè, 1980, p.8)

<sup>84</sup> Debruçando-se sobre as regras do direito italiano, Enzo Roppo afirma: “A proposta e a aceitação de um contrato são declarações de vontade, dizendo-se geralmente que o contrato resulta do encontro ou da fusão das vontades das partes.” (ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 93)

<sup>85</sup> “Là dove gli autori anglo-americani (e cio, soggiungiamo noi, vala anche per l’*assumpsit*) parlano di <<promessa>>, essi – in relazione al *simple contract* – indendono, necessariamente, <<promessa accettata>>, e perciò *agreement*, e quindi un contraposto fra i due è infondato>>.” (ALPA, Guido; TEDESCHI, Vittorio. op. cit. p.4)

<sup>86</sup> Neste diapasão: “[...]è da segnalare tuttavia che, mentre nel diritto italiano si assegna all’espressione <<formazione>> o <<conclusione>> del contratto (nel linguaggio corrente, anche <<stipulazione>>, ma il termine non è esatto) um significato assai preciso, per indicare appunto la creazione dell’acordo (in idem consensus), nel diritto inglese e nord-americano si deve inserire tra gli elementi della conclusione anche la <<consideration>>” (ALPA, Guido; TEDESCHI, Vittorio. op. cit. p. 20)

<sup>87</sup> COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Law & Economics. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012, p. 279

<sup>88</sup> John D. Calamari e Joseph M. Perillo listam, conforme consolidado pela doutrina tradicional, os três elementos necessários para constatar se há *consideration* a tornar determinada promessa exequível, quais sejam, ausência de vantagem ou obrigação legal pré-existente, então, assumir por liberdade um prejuízo (*detriment*); o prejuízo (*detriment*) assumido deve induzir a promessa do promissário, há uma troca entre a promessa feita pelo promitente e o prejuízo do promissário; e a promessa deve induzir o prejuízo, o promissário precisa ser seduzido pela promessa e, por causa dela, aceitar a oferta. Na lição original está assim posto pelos autores: “For a promise to be supported by consideration (and therefore enforceable), three elements must concur. (a) The promisee must suffer



analisar o contexto histórico dos contratos no *commom law*, James Gordley relata que foi a partir do século XIX que a *consideration* passou a ser identificada como a barganha ou troca<sup>89</sup>. A ideia na qual se cimentou a *consideration*, segundo Luis Renato Ferreira da Silva<sup>90</sup>, é de que a promessa será vinculativa quando gerar uma vantagem (*benefit*) ao promitente e um prejuízo (*detriment*) a quem, confiando na promessa, não a vê cumprida. Isto porque o direito contratual anglo-saxão se funda originariamente sobre o dano derivado da violação de uma obrigação<sup>91</sup> (correlacionada, então, ao *tort law*) – isto é, o direito contratual no *commom law* emergiu da necessidade de um remédio geral contra a violação das obrigações não tipificadas, especificamente, contra o inadimplemento (total ou parcial) daquele que havia anteriormente assumido uma determinada obrigação<sup>92</sup>. E o que marca essa relação de vantagem e prejuízo é “[...]a existência de um negócio, uma transação, um ajuste (*bargain*)”<sup>93</sup>. Deste modo, a bilateralidade dos ônus e vantagens das partes levou a reciprocidade e a reparabilidade a alçarem-se como estruturas da *consideration*.

Consoante se extrai da lição de Luis Renato Ferreira da Silva<sup>94</sup>, esta contrapartida pode remontar tanto à imediata execução de um ato por quem recebe a promessa, em benefício do promitente, o que se entende por *executed consideration*, ou à execução futura de promessas recíprocas, as quais estabelecem relação de íntima dependência, definição do que se designa *executory consideration*<sup>95</sup>. Na primeira (*executed consideration*), o que justifica a obrigatoriedade é o deslocamento efetivo do patrimônio, havendo um sinalagma

---

legal detriment – that is do or promise to do what the promisee is not legally obligated to do, or refrain from doing or promise to refrain from doing what the promisee is legally privileged to do. (b) The detriment must induce the promise. In other words the promisor exchanges the promise *at least in part* for the detriment to be suffered by the promisee. (c) The promise must induce the detriment. This means that the promisee must know of the offer and manifest an intent to accept.” (CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. *Contracts*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999, p. 12)

<sup>89</sup> GORDLEY, James. *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. New York: Oxford, 2006, p. 288.

<sup>90</sup> FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Reciprocidade e Contrato. A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 57

<sup>91</sup> ALPA, Guido. BESSONE, Mario. *Il contratto nel commom law inglese*. 2ªed. Padova: CEDAM, 1997, p. 14

<sup>92</sup> ALPA, G; BONELL, M; CORAPI, D; MOCCIA, L; ZENO-ZENCOVICH, V. *Diritto privato comparato*. 1. ed. Bari: Laterza, 1999, p. 176

<sup>93</sup> FERREIRA DA SILVA, loc. cit.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 58

<sup>95</sup> Acerca do tema, pondera Luis Renato Ferreira da Silva: “O que não se admite é a denominada *past consideration*, ou seja, tomar-se em conta um fato que foi executado antes da promessa como ensejador desta. Isto porque, se é da essência da teoria a presença da *bargain*, em relação a algo já executado, não há mais *bargain*.” (FERREIRA DA SILVA, op. cit. p.58)

real, enquanto na *executory consideration*, onde o sinalagma é meramente consensual, segundo o autor: “[...]parece que o consenso é que estaria a justificar a obrigatoriedade[...]”<sup>96</sup>.

Atualmente, a díade benefício-prejuízo como prerrogativa inarredável para delinear a *consideration* e, conseqüentemente, a formação e obrigatoriedade do contrato, vem sendo relativizada pela doutrina. Nesse contexto, reporta-se à conclusão de Luís Renato sobre a abordagem de seu estudo, *in verbis*:

O ponto que talvez mais interesse para o presente trabalho reside na exigência de uma *bargain* para que a promessa possa ser vinculante. Nota-se que os dois outros elementos podem ser relativizados. Assim, o que recebe a promessa pode sofrer um prejuízo que não seja um benefício para o promitente (como no caso da estipulação em favor de terceiros). A situação inversa, o promitente recebe o benefício, sem que haja prejuízo para o terceiro, é mais rara, mas ainda assim se pode cogitar disto (como no caso da expromissão). Daí que se fale em dispensa do *benefit* ou do *detriment*. Porém, o elemento que nunca pode estar ausente é a *bargain*.<sup>97</sup>

Então, na percepção do autor, a *consideration* parece estar ligada aos elementos *vontade* (elemento volitivo que compõe o contrato) e *reciprocidade*<sup>98</sup>, o que conduz à conclusão de que “[...]a manifestação da vontade e sua recepção (traduzida na conexas doutrina da *offer and acceptance*) refletem-se, em termos de *consideration*, na necessidade de um ajuste.”<sup>99</sup>.

Ou seja, no direito anglo-saxão, o núcleo fundamental do contrato é constituído pela *bargain* (barganha), na existência de um ajuste que importe uma troca ou uma promessa de troca. Desta forma, importante para a *consideration* são os efeitos concretos das promessas, traduzidos a partir da alteração do patrimônio das partes, o que justifica a conclusão no sentido de que a vinculação obrigacional depende do fato de a promessa ser parte de uma transação envolvendo a participação patrimonial do promitente e do promissário<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Reciprocidade e Contrato. A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 58

<sup>97</sup> *Ibidem*, p.59

<sup>98</sup> *Ibidem*

<sup>99</sup> *Ibidem*

<sup>100</sup> *Ibidem*, p.60

Portanto, a presença da *consideration* como elemento formador dos contratos nos países de *commom law* prende à ideia de que haverá contrato apenas quando existir uma relação de troca entre promessas, em outras palavras, quando as promessas de troca de execuções forem interdependentes, então, uma promessa feita durante as negociações não é exigível a menos que algo tenha sido prometido ou dado algo de volta<sup>101</sup>. Daí se identifica natureza diversa entre os contratos dos países de *civil law* e daqueles sistemas da *commom law*, já que nos países de *civil law* os contratos correspondem a acordos de vontade acerca de determinada operação econômica, fator que explica, por exemplo, a razão pela qual há no Direito pátrio a certeza e a tipificação da doação como espécie de contrato (contrato gratuito), mas no Direito anglo-saxão reluta-se em considerá-la contrato e em vincular juridicamente o promitente à doação, salvo quando o promissário realizou investimentos confiando no cumprimento da respectiva promessa.

Não obstante, em um ou noutro sistema, o término das negociações fica bem delineado por aquele momento em que o contrato é formado ou a proposta final de um lado é rejeitada pelo outro. Encerra-se a partir do momento em que os negociantes não modificam mais suas expectativas por não haver mais espaço para concessões, mas a alternativa de dois nortes: a celebração do contrato segundo as proposições discutidas e acordadas ou o encerramento das conversas<sup>102</sup>.

No período das negociações chega-se a um momento em que as discussões acerca dos aspectos técnicos e jurídicos se encerram. É o estágio em que as partes não modificam mais seus pontos de vista e, então, é chegado o momento em que intervém a oferta propriamente dita, ou oferta *ultimatum*, ou seja, quando uma das partes – comprador ou vendedor – apresenta a proposição que não está mais disposta a modificar e pela qual pretende vincular-se. Por conseguinte, a aceitação do destinatário aperfeiçoa o acordo; caso contrário, encerram-se as negociações sem a formação do contrato.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> GORDLEY, James. *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. New York: Oxford, 2006, p. 300

<sup>102</sup> BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, conclusão e prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 144

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 139

A aceitação da proposta definitiva remete à conclusão de que as partes alcançaram êxito em cooperar e, com sucesso, formaram o contrato<sup>104</sup>, criando e dividindo, a partir daí, o excedente cooperativo, “[...]nome dado ao valor adicionado pela transferência de recurso para um uso mais valioso”<sup>105</sup>. Caso contrário, cooperação não haverá, assim como não haverá excedente pela formação do contrato, tampouco sua divisão, situação que pode ser qualificada como *ineficiente* por não maximizar minimamente o bem-estar dos envolvidos.

### **C) Racionalidade econômica nas negociações e a eficiência como critério de justiça**

Os teóricos da *Law and Economics* analisam a negociação sob a ótica da teoria da barganha<sup>106</sup>, a qual se trata da melhor forma de criar, por meio da cooperação, um excedente capaz de beneficiar todos os envolvidos<sup>107</sup>, na medida em que por meio dela se abre a possibilidade de criação de valor ou transferência de um recurso de alguém que lhe atribui menor valor para alguém que lhe atribui maior valor<sup>108</sup>, resultando, daí, a eficiência da troca. Sobre a metodologia econômica proposta pela *Law and Economics*, discorre Fernando Araújo:

“[...] a análise económica privilegia como função básica dos contratos a de permitirem comunicar, entre sujeitos, metas de conduta, pressupondo-se que esses sujeitos começam por acordar entre eles a combinação de direitos substantivos em que se traduz o benefício mútuo que pode resultar da transacção (as balizas com que podem aferir as suas <<disposições>> negociais e a dimensão dos seus ganhos e perdas), para só depois disso se debruçarem sobre o problema adjectivo ou instrumental, o da formulação dos deveres de conduta que possam espelhar a transacção desejada [...] tudo isto

<sup>104</sup> “Através da conclusão definitiva do contrato, os intervenientes renunciam à sua liberdade negocial, visto que optam pela firmeza das obrigações e dos direitos estabelecidos.” (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 48)

<sup>105</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.93

<sup>106</sup> Para Robert Cooter e Thomas Ulen: “[...]as formas de uma barganha incluem “dinheiro-por-uma-promessa”, “mercadoria-por-uma-promessa”, “serviço-por-uma-promessa” e “promessa-por-uma-promessa”, porque “[...]cada barganha implica um induzimento recíproco (causa): o promissário dá algo para induzir o promitente a fazer a promessa, e o promitente faz a promessa como induzimento ao promissário”. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit. p. 202 e 203)

<sup>107</sup> *Ibidem*, p.95

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 93

num ambiente de imperfeições e custos, que impedem que as metas da coordenação se alcancem instantaneamente ou gratuitamente (isto é, sem contrato).<sup>109</sup>

Pela perspectiva clássica da análise econômica, baseada em premissas de racionalidade individual<sup>110</sup>, “[...]os contratos não passam de instrumentos de maximização, podendo e devendo ser avaliados nessa única dimensão”<sup>111</sup>, de modo que a verificação do bem-estar não se preocupa com a justiça substantiva da barganha, conforme expõe Fernando Araújo, *in verbis*:

À Análise de Bem-Estar basta a justiça *procedimental* ou adjectiva, ou seja a garantia de que o preço se formou livremente e dentro da <<zona de negociação>>, sem violentar os limites das disposições negociais das partes. As partes não podem seriamente considerar um tal preço injusto, porque, por definição, só seria inaceitavelmente injusto um preço que extravasasse dos <<reservation points>>: a persistir essa convicção, restará à parte agravada rever a sua própria <<disposição negocial>>, única forma de passar a excluir esse preço; por outras palavras, não se admite a auto-contradição daquele que aceita um preço... para de seguida considerá-lo injusto.<sup>112</sup>

A preocupação da abordagem é com a criação de utilidade social pela contratação e divisão de valor adicionado em conformidade com os limites da eficiência *paretiana*<sup>113</sup>. Como destaca Thomas Ulen<sup>114</sup>, a Teoria da Escolha Racional, sustentáculo da análise econômica clássica, não oferece nenhuma previsão acerca das proporções específicas que caberão a cada parte quando houver divisão dos ganhos com a troca, apenas sugere que, existindo ganhos e inexistindo impedimento pelos custos de transação, os negociadores acharão uma maneira de dividir tais ganhos, de modo que cada um acabará em uma situação de melhora em comparação com a situação de inexistência de troca. Ou seja, prima-se

<sup>109</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 17

<sup>110</sup> THOMPSON, Leigh. Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 1990, p. 515

<sup>111</sup> ARAÚJO, op. cit. p. 45

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 54

<sup>113</sup> Sobre a eficiência como justiça, realça Fernando Araújo: “[...]é legítimo sustentar que a eficiência é também, por ela mesma, uma outra forma de justiça – a justiça que consiste na maximização dos resultados pretendidos pelas partes[...]”. (ARAÚJO, op. cit. p. 439)

<sup>114</sup> ULEN, Thomas. Rational Choice Theory in Law and Economics. Paper, University of Illinois, Illinois, 1999, p. 803

pelo incentivo à cooperação para criação de um excedente econômico que altere o *status quo* dos contratantes.

O excedente econômico é, em suma, o valor a ser dividido entre as partes. A determinação de quanto cada parte receberá depende, porém, do valor exato de venda do bem. [...] No fim, o poder de barganha de cada parte, além de outros fatores, que irá determinar o preço final.<sup>115</sup>

A simples existência de um excedente econômico (e aqui seria redundância falar na necessidade de ser maior do que zero), não importando o percentual que ao final será destinado a cada parte, definirá como eficiente o contrato.

Comumente, ao término de uma negociação, uma parte obterá maiores resultados frente as suas expectativas do que outra, mas isso não retira a eficiência do contrato caso o excedente de cooperação seja positivo. A probabilidade de ganho mínimo individual é que favorece o jogo da negociação.

Para que haja eficiência, portanto, cada jogador precisa ter a possibilidade de receber ao menos o valor individual antes da barganha, acrescido de uma parte do excedente cooperativo<sup>116</sup>. Do contrário, em hipótese de inexistência de perspectiva de ganho pelo negociante, sem vislumbre de aumento recíproco de bem-estar imediato ou futuro, sugere-se que a parte estará em negociação apenas submetendo-se à vontade da contraparte. Deste modo, o objetivo de qualquer negociação não deve ser apenas o acordo, mas a obtenção de um bom acordo, que resulte na otimização de valores para ambas as partes<sup>117</sup>.

Com essa ideia de perseguição ao excedente econômico e mínimo acréscimo de ganho sobre o valor individual pretérito à barganha, afere-se que as negociações estimulam melhorias de Pareto<sup>118</sup>: “[...]A linha que representa o esforço máximo para a criação de valor é chamada de *fronteira eficiente de Pareto*, e contém um ponto no

<sup>115</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 162.

<sup>116</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 94

<sup>117</sup> TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. The negotiation of contractual agreements. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. V. I, 85-98, 2015, p. 86

<sup>118</sup> TIMM, op. cit. p. 164

qual 'não existe acordo que melhore a posição de uma parte sem afetar negativamente os resultados da outra'".<sup>119</sup>

Busca-se na negociação um contrato que reflita uma melhoria de Pareto *forte*, porque todos os envolvidos pretendem melhorar seu bem-estar inicial (todos querem ganhar<sup>120</sup>). Somente haverá *Pareto fraco*<sup>121</sup>, ocasião em que os ganhos serão conferidos a apenas um dos *players* (100% do excedente econômico) enquanto o outro se mantém indiferente com o contrato, caso tenha sido exitosa determinada estratégia integrativa, de fortalecimento de uma relação negocial, adotada por aquele que permaneceu indiferente, ou havido uma má projeção deste segundo quanto aos resultados que poderiam ser alcançados com a negociação, ocasionada por uma assimetria informacional ou conduta oportunista, ou até mesmo uma falta de habilidade negocial.

Por conseguinte, o contrato somente atingirá um nível ótimo de eficiência na hipótese de a negociação conseguir estimular uma melhoria de Pareto *forte*.

O contrato deve gerar ganhos para as duas partes (ganho de Pareto). Por isso, não deve ser celebrado enquanto as partes não tiverem avançado na negociação para poderem modelar um arranjo em que cada uma entende ou considera ter atingido seu escopo. O arranjo entre as partes é o final de um processo de tentativa e erro, ou de discussão (tomando emprestada a terminologia dos juristas) mais ou menos elaborado, segundo as circunstâncias.<sup>122</sup>

Ressalva-se que a conclusão acerca da otimalidade do desfecho da negociação nem sempre deve ser extraída com base em um momento individualizado no tempo, a partir da conclusão de apenas um contrato entre as partes, pois muitas vezes as circunstâncias negociais fazem o negociante optar pela conclusão de um negócio menos vantajoso. Há hipóteses em que, conquanto o

<sup>119</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 71

<sup>120</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). Direito e Economia. Textos escolhidos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.30

<sup>121</sup> Para Bruno Salama: “[...]a otimalidade fraca define um critério mais flexível segundo o qual a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando, portanto, indiferentes).” (SALAMA, op. cit. p.30)

<sup>122</sup> MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 447.

vínculo em evidência proporcione resultado sub-ótimo, sem identificação de ganhos econômicos para um dos negociantes ou até mesmo perda de utilidade, ele está inserido em uma relação múltipla ou continuada, envolvendo uma diversidade de contratos, logo, não se limitando a somente um negócio jurídico. Nestas relações, o resultado ineficiente em determinada ocasião se torna fundamental para obtenção de resultados eficientes mais adiante, fruto do relacionamento de parceria entre os negociantes, sendo mais assertiva, então, a verificação sobre a eficiência que toma em conta o exame de toda relação mantida entre as partes. Portanto, embora o negócio singular em evidência possa ter um resultado ineficiente, o panorama completo da aproximação das partes também pode demonstrar um resultado ótimo. Em outros casos, ademais, a ineficiência em um relacionamento pode ser compensada com benefícios os quais seriam inviáveis obter perante terceiros sem a submissão. Nestes casos, o contrato ineficiente será tratado como custo suportado pelo negociante, devendo ser firmado se importar resultados positivos em uma relação de custo-benefício. Assim, denota-se que o nível de eficiência pode ser observado sob diversas perspectivas além da visão individualizada.

Fato é que a existência da eficiência no resultado da negociação confirma que o recurso estará, por consequência, alocado de forma a produzir maior utilidade social, com a parte que mais lhe valoriza em uma barganha distributiva ou gerando benefícios mútuos em uma barganha do tipo integrativa. Neste sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>123</sup> correlacionam o êxito das negociações com o uso eficiente dos recursos, descartando, para esses casos, a necessidade de regra jurídica que diz respeito à alocação do objeto da troca.

Consoante modelo econômico cimentado na racionalidade individual, o nível ótimo de eficiência demanda que os negociadores façam o acordo sempre que a alternativa seja pior do que o resultado oferecido pela barganha<sup>124</sup>. Daí emana a importância da análise de todo o panorama no qual o indivíduo está inserido,

---

<sup>123</sup> “[...]Quando as partes seguem a lei de maneira não cooperativa, a alocação jurídica de direitos afeta a eficiência. Quando as partes negociam com sucesso, a alocação jurídica de direitos não importa para a eficiência. Pressupondo-se uma negociação exitosa, o uso de recursos é [...] eficiente, independente da regra jurídica.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.102)

<sup>124</sup> THOMPSON, Leigh. *Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues*. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 515-532, 1990, p. 517



identificando quais são as alternativas à disposição<sup>125</sup>. A mais clara das alternativas é a do “não contrato”, quando o sucesso da negociação colocar o contratante em uma situação pior do que estava em momento anterior ao ingresso nas tratativas, quer dizer, quando houver subtração de seu valor inicial, a opção, nesta circunstância, é a de não fazer o negócio jurídico e permanecer no *status quo*.

Também, por esse modelo econômico de racionalidade, a opção não será o contrato quando o acordo final não superar, minimamente, o máximo excedente que seria obtido com um acordo alternativo (BATNA – *best alternative to a negotiated agreement*)<sup>126</sup>, alcançável dentro da própria negociação ou com terceiros. Nesse caso, será a alternativa de melhor resultado a opção à qual a parte deve se vincular.

[...]as *alternativas* representam os acordos adicionais que os negociadores podem atingir para atender a suas necessidades. As alternativas são muito importantes tanto em processos distributivos quanto integrativos, porque definem se o desfecho obtido é melhor ou não que outra possibilidade.<sup>127</sup>

As alternativas são, assim, ferramentais importantíssimos na negociação, tanto para promover a criação de valor em um processo de integração privada, quanto para alterar a zona de barganha positiva e a divisão do excedente cooperativo em um processo distributivo. Com elas, os negociadores sobrelevam seu poder de barganha, porque terão a escolha entre aceitar a proposta da outra parte ou o ajuste alternativo, até mesmo utilizando este acordo alternativo como espécie de âncora para tentar um acordo melhor nas discussões em andamento<sup>128</sup>, ou abandonar imediatamente as tratativas<sup>129</sup>.

<sup>125</sup> Não quer dizer que deixará de ser eficiente *inter partes* uma contratação que tenha criado um excedente cooperativo. Inclusive, tal eficiência pode corresponder a um ótimo pareto *forte*, porquanto dentro daquela relação não haveria melhor resultado para ambos os negociantes. A assertiva remete à conclusão de que a contratação poderá não ser racional, pois a maximização de bem-estar individual não será ótima ante a totalidade das alternativas existentes.

<sup>126</sup> TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. The negotiation of contractual agreements. *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*. V. I, 85-98, 2015, p.87

<sup>127</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. *Fundamentos da Negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p.108

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 178

<sup>129</sup> “A importância das alternativas está no fato de dar aos negociadores o poder de abandonar a negociação quando as perspectivas de acordo não são boas. [...] Nas negociações em que não há muitas alternativas atraentes (quando existe apenas um fornecedor, por exemplo) o poder de barganha é baixo.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B., op. cit. p. 34)

Um negociador com alternativas muito fortes tem poder considerável, porque precisa que a negociação tenha êxito para conseguir um resultado satisfatório. Possuir alternativas limitadas coloca o negociador em desvantagem. [...] o negociador com uma alternativa forte pode evitar a negociação com base somente no aspecto eficiência – é muito mais fácil e rápido adotar a alternativa disponível do que se envolver em uma negociação.<sup>130</sup>

O acúmulo de poder confere vantagens de uma parte em relação à outra parte, as quais normalmente são utilizadas para garantia de uma fatia maior dos resultados ou obtenção da solução pretendida<sup>131</sup>, geralmente fazendo com que a contraparte concorde com desfecho que, para ela, não é a melhor das soluções<sup>132</sup>.

E para se atingir um nível ótimo de poder de barganha, o negociante inevitavelmente terá que tornar as informações privadas da parte contrária em informações públicas (trazendo-as a conhecimento da totalidade dos negociantes), complementando, deste modo, o acervo de informações que detinha no início das tratativas<sup>133</sup>.

Para tanto, o negociante deverá filtrar, ao longo das negociações, e com base nas informações que dispõe antes delas, outras informações que lhe garantam maior conhecimento sobre os interesses da parte contrária e, mormente, sobre as qualidades do bem ou serviço que está adquirindo. Assim, tomará decisões com maior precisão quanto as suas consequências sobre o comportamento dos demais<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 99

<sup>131</sup> “[...]poder é o conjunto de competências que conferem ao negociador uma vantagem ou aumentam a probabilidade de os objetivos almejados por ele serem alcançados. O poder é o desejo de todo negociador.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. op. cit. p. 162)

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 163

<sup>133</sup> “[...]Antes de firmarem o contrato, as partes têm conhecimento privado sobre o que esperam conseguir com o relacionamento, os preços e outras condições com as quais estariam dispostas a se comprometer, a duração que preveem para o relacionamento, os aspectos que não são tão importantes. Além disso, uma das partes talvez possua informações sobre o acordo em potencial que a outra parte não possui, mas que valoriza muito.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 213)

<sup>134</sup> “Normalmente, as partes negociam uma com a outra em torno do preço. No decorrer da negociação, as partes podem divulgar fatos (“O motor está mecanicamente perfeito...”), apelar a normas (alegar que o preço é injusto), ameaçar, e assim por diante. Estas são as ferramentas usadas na arte da negociação.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., p.93)

É fundamental, na consolidação deste quadro, que o negociador procure conhecer ao máximo os objetivos da outra parte, observando-a, estudando-a, registrando suas afirmações e contestações, porque disso dependerá seu poder de barganha. Convém, também, na avaliação da parte contrária, considerar o seu contexto cultural, seus hábitos, costumes e traços de personalidade.<sup>135</sup>

Em que pese esta busca incessante pela informação inevitavelmente acarretar custos à fase negocial, como será visto no próximo capítulo, a quantidade de informação retida por cada uma das partes funciona como maximizador do seu poder de barganha, conferindo-lhe vantagens para travar discussões sobre aspectos técnicos e nuances jurídicas do contrato projetado<sup>136</sup>.

Contudo, engana-se quem conclui que o jogo da negociação limita-se à coleta de informações. O oposto é primordial para a manutenção da relação, ou seja, conceder informações faz parte do processo de confiança recíproca, porquanto lapida a relação trazendo conforto e segurança para todos.

É dizer que quanto mais abundantes as informações tornadas públicas durante a negociação, mais convictas estarão as partes sobre a possibilidade de contratar ou não. Assim, o desfecho (positivo ou negativo) está intimamente ligado ao nível de informação que cada um detém, sendo extremamente prejudicial a desproporção da quantidade de informação retida por cada um dos negociadores, conforme se demonstrará adiante, quando se abordar a assimetria informativa.

O problema é que o processo cognitivo (informacional) não se exaure de repente. Esta gradativa troca de informações, bem como de concessões, resulta, muitas vezes, na inconveniente prolongação das tratativas, circunstância que dá margem ao surgimento de fatores exógenos capazes de criar instabilidade nas negociações e até mesmo fulminá-las, como, por exemplo, a aparição de proposta de terceiro (alternativa) que altere os pontos de referência tanto de um quanto de outro ou que venha romper com os interesses de negociar.

---

<sup>135</sup> BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, conclusão e prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 144

<sup>136</sup> Para Maristela Basso, os “aspectos técnicos” do contrato compreendem elementos como a “[...]data da entrega; modalidades de pagamento; consequências e responsabilidades em caso de inexecução da obrigação; a lei do contrato; o *fórum* competente para dirimir as controvérsias e/ou arbitragem.” (BASSO, op. cit. p. 134)

Como dito, a perspectiva clássica da análise econômica leva em conta a racionalidade do indivíduo, sendo a eficiência determinada pelo mínimo acréscimo de valor a partir do contato social. Todavia, há circunstâncias nas quais inexistirá acordo, mesmo que a racionalidade importe eficiência. Daí o objetivo almejado pelas partes em uma negociação (eficiente), que é a concordância a respeito de como irão dividir o valor adicionado pela troca<sup>137</sup>, nem sempre será conquistado, visto que, mesmo havendo margem para negociação, estas podem fracassar pela ausência de cooperação na tentativa de transferência dos recursos, deixando de ser criado o excedente cooperativo<sup>138</sup>.

Consoante a precisa lição de Fernando Araújo, a maximização do bem-estar total pode ficar comprometida, independente de qualquer manifestação de oportunismo na negociação, por diversos fatores, dos quais se destacam a presença de externalidades, as distorções informativas e o

[...] efeito desincentivador que o próprio <<desequilíbrio *substantivo* entre excedentes>> pode ter sobre as partes (o facto de existir disposição de contratar a qualquer preço no intervalo da <<zona de negociação>> não significa que todos os preços sejam igualmente incentivadores da diligência máxima, sempre que essa diligência seja por sua vez necessária para a optimização <<paretiana>> do resultado contratual)<sup>139</sup>

Verifica-se, por conseguinte, uma diferença entre um resultado racional e um resultado razoável, suficiente para interferir direta e negativamente no êxito da troca eficiente.

Neste sentido, embora a troca possa gerar um excedente cooperativo e colocar as partes em uma situação melhor daquela em que estavam, para um indivíduo pode não parecer razoável o desfecho da negociação caso seja diminuta a

<sup>137</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.94

<sup>138</sup> *Ibidem*, p.93

<sup>139</sup> Também cita o autor: “[...] impaciência dos negociadores no estabelecimento das soluções optimizadoras da <<captura de bem-estar>> [...] interferência de terceiros no contrato [...] vontade de ambas as partes para converterem o arranjo contratual numa barreira de entrada no mercado (num conluio contratual anti-competitivo); [...] natureza do que é contratualmente estipulado – sendo que a maximização do bem-estar total pode ficar remetida para um plano mediato e relativamente distante, seja porque o objecto contratual envolve trocas diferidas, ou o cumprimento de obrigações a troco de promessas, seja porque aquele objecto não consiste senão numa mera troca de promessas, a protrair bilateralmente a verificação dos incrementos de bem-estar.” (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 58 e 59)

quota-parte que receberá do respectivo excedente em comparação com o ganho alheio.

Assim, a negociação estará sujeita ao fracasso, pelo uso da razão (com senso de justiça comutativa), quando parecer injusta a distribuição da barganha, favorecendo sobremaneira uma parte em detrimento da outra. Por isso, o resultado de uma negociação – e aqui a *Behavioral Law and Economics* costuma fazer crítica à insuficiência da análise clássica do direito e economia – nem sempre obedecerá à lógica da maximização racional<sup>140</sup> (Teoria da Escolha Racional), mas passará, também, por questões como a assimetria informacional e razão individual<sup>141</sup>, demandando a análise de fatores intrínsecos e comportamentais<sup>142</sup>.

<sup>140</sup> Embora a maximização racional seja o esteio da análise clássica, a própria vertente reconhece que o nível ótimo de racionalidade não é a racionalidade absoluta ou máxima, mas a racionalidade limitada aos custos necessários para a busca da informação (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 305). Todavia, isso não impossibilita que a análise clássica defina a eficiência da negociação em um cenário livre de custos, utilizando como pressuposto que a ausência de custos oportuniza bem-estar em nível ótimo. Assim sendo, a Teoria da Escolha Racional acaba servindo de excelente ferramenta para verificar o nível de eficiência da barganha, mas tem se mostrado inconsistente ferramenta preditiva, pois, em geral, o comportamento individual não se alinha às previsões desta teoria (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 50).

<sup>141</sup> “A utilização da ideia de razoável explica por que Scanlon pode recusar a utilização de uma situação inicial de contrato onde participantes, privados de certas informações relevantes, escolhem o que seria racional no sentido estrito para promover seus objetivos, quaisquer que sejam eles. Ou que ele deva pensar como podendo ocupar qualquer posição relevante da sociedade. A não-necessidade desta estratégia deve-se, portanto, à substituição do racional pelo razoável, no qual está embutido um conteúdo moral.” (BORGES, Maria de Lourdes. *Contratualismo x Utilitarismo. Motivação Moral Segundo T. M. Scanlon*. In *Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe*. (Coord.) Nythamar Fernandes Oliveira e Draiton Gonzaga de Souza. Edipucrs. 2003, p.92)

<sup>142</sup> A *Behavior Law and Economics*, sem romper definitivamente com a análise clássica da *Law and Economics*, inclui variáveis psicológicas em complemento à teoria da maximização racional, com a intenção de “[...]modificar os elementos sem plausibilidade da teoria, e suplementar os elementos inadequados, de modo a criar uma ferramenta como maior poder preditivo em situações específicas[...]” (SANTOLIM, Cesar. <<Behavioral Law and Economics>> e a Teoria dos Contratos. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. Lisboa. Ano 1, nº. 3, 2015, p. 411). Neste viés: “[...]Trata-se de uma cedência ao indutivismo, sem dúvida, e, como seria de esperar, resulta deste <<adensamento psicológico>> um enriquecimento descritivo que em contrapartida implica o empobrecimento do pendor normativo da teoria: mas ainda bem, se o que se visa em primeira linha é despromover as ilusões de auto-suficiência <<isolacionista>> da dogmática, substituindo-as por uma nova unificação sistematizadora bem assente em bases empíricas – históricas, estatísticas, experimentais –, e por isso mesmo mais defensável e durável do que os frutos da arrogância axiomática do dogmatismo. Isso não quer dizer que se chegue a conclusões radicalmente diferentes e inovadoras, e muito menos que a nova abordagem venha despromover de tal modo a sua antecessora que seja capaz de incutir a convicção generalizada de que esta era carecida de fundamento;[...]” (ARAÚJO, op. cit. p.306 e 307). Richard Posner, defensor da escola clássica da *Law and Economics*, após uma longa contra-argumentação ao posicionamento de alguns adeptos da *Behavior Law and Economics* que asseveram que as decisões muitas vezes não são racionais como propõe a escola clássica, entende que: “[...]it is possible that the major fruit of behavioral economics will be the stimulus it provides to new and better rational-choice theorizing” (POSNER, Richard A. *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*. *Stanford Law Review*. v. 50. maio 1998, p. 1567). Um dos pilares da *Behavior*, que tenta demonstrar as falhas empíricas da Teoria da Escolha Racional, foi alicerçado a

---

partir de um estudo experimental envolvendo justamente uma situação de barganha distributiva (competitiva, quer dizer, com exclusão de bem-estar). O experimento pretende demonstrar que os agentes não são racionais maximizadores de sua satisfação por imporem limites aos seus interesses particulares (“bounded self-interest”) e é denominado “Jogo do Ultimato”, o qual mostra que a troca pode não se realizar conquanto seja capaz de gerar excedente cooperativo a ser dividido entre as partes e não haja impedimentos a ela (ULEN, Thomas. *Rational Choice Theory in Law and Economics*. Paper, University of Illinois, Illinois, 1999, p.804). Consiste o “Jogo do Ultimato” no experimento em que “[...]dois participantes, que desconhecem as identidades um do outro – a interação é anônima – e que necessitam dividir uma soma de dinheiro, sob a regra de que um deles fará a proposta do critério de divisão, e o outro terá a possibilidade de aceitá-la – caso em que os participantes dividirão a quantia – ou rejeitá-la – caso em que nenhum dos participantes recebe qualquer quantia.” (SANTOLIM, op. cit. p. 410). Os resultados do teste demonstraram que o mais comum foi uma repartição proporcional da quantia e que propostas com significativa desproporção foram rejeitadas pelo oblato, preferindo um resultado de nenhum ganho, o que evidencia a divergência com a Teoria da Escolha Racional, a qual “[...]prevê que o policitante tirará vantagem da situação, sugerindo uma distribuição desproporcional da quantia, na certeza de que o oblato preferirá pouco a nada.” (SANTOLIM, op. cit. p. 410). Então, o “Jogo do Ultimato” indica que as partes preferem uma barganha justa do que egoísta, sendo que muitas vezes o resultado é determinado como um ponto médio entre os pontos de resistência das partes. Nas palavras de Fernando Araújo: “[...]o <<Jogo do Ultimato>> tem servido para comprovar a prevalência de motivações não-egoístas no jogo das trocas e na solução contratual, pondo em crise, mais particularmente, a noção de racionalidade económica que postula uma invariável dedicação à causa maximizadora – trazendo para primeiro plano motivações de justiça material, de reciprocidade, de altruísmo (ou de <<não-tuísmo>> ao menos) que passam a disputar, à pura motivação racional e egoísta, a primazia na definição dos <<reservation points>> que denotam as disposições negociais das partes, e entre os quais se desenvolve a relação contratual.” (ARAUJO, op. cit. p. 323). Destaca o autor que a repartição equilibrada do excedente cooperativo decorre do fato de que “[...]os destinatários, fiéis a uma lógica <<não-tuísta>>, rejeitam consistentemente as propostas que deixariam o proponente com bastante mais do que 50% – preferindo assim a probabilidade de perder tudo, castigando um proponente ganancioso, à certeza de uma gratificação, reduzida embora, da sua própria ganância.” (ARAUJO, op. cit. p. 323). Destarte, a *Behavioral Law and Economics* tenta explicar por que negociadores muitas vezes rejeitam ofertas menores ainda que estas mesmas ofertas gerem incremento do seu bem-estar. A escola clássica da *Law and Economics*, por sua vez, foi buscar na racionalidade a explicação para este “Jogo do Ultimato”. Richard Posner, analisando-o, afirmou que o “Jogo do Ultimato” pode ser subsumido a uma concepção mais ampla da racionalidade, com auxílio da biologia evolutiva do altruísmo positivo e negativo, *in verbis*: “[...]The explanation they give for why the proposer will offer more than a penny, even though a refusal of his offer would make the respondent worse off by that penny, is that proposer and respondent share a concept of fairness. [...]We can make progress by viewing the game through the lens of negative altruism. To gain anything from playing the game, the proposer has to make an offer generous enough to induce the respondent to accept. As this necessity exists whether or not the proposer has any sense of fairness, there is nothing even remotely irrational – hence nothing that requires a concept of fairness to explain – about his offering more than a penny. So we can forget about the proposer and concentrate on the respondent, and ask, “Why won’t he take the penny?” For the same reason that I would not kiss Professor Sunstein’s feet for \$1,000. The offer of the penny would signal to the respondent the proposer’s belief that the respondent holds a low supposal of his own worth, that he is grateful for scraps, that he accepts being ill-used, that he has no pride, no sense of honor. [...] It is from the aggressive neighbors that we modems are descended, and we reveal our prideful genetic heritage in a wide variety of settings, one of which is the ultimatum game. The game itself shows that this heritage continues to be rational in a range of instances – it is what enables the respondents in the ultimatum game, and their counterparts in analogous real-world situations, to avoid complete defeat. The vengeful spirit was the basis of the nuclear deterrent that contributed, perhaps vitally, to maintaining a semblance of world peace (or at least to avoiding a world war) for half a century. [...]I would like to see a series of ultimatum-game experiments in which the proposers make the same offers to respondents who differ both among them-selves and from the proposers in age, sex, income, and education, viewed as proxies for or sources of differences in status, self-esteem, or other plausible correlates of the sense of pride that causes respondents in the game to reject chintzy offers. We might learn how closely the ultimatum game corresponds to status struggles among chimpanzees and other monkeys who resemble our proto-human ancestors. I mentioned signaling, but not to

O sucesso da negociação envolve a gestão dos *tangíveis* (isto é, o preço em termos do acordo) e a solução dada para os *intangíveis*. Os fatores intangíveis incluem as motivações psicológicas que podem, direta ou indiretamente, influenciar as partes durante uma negociação. Alguns exemplos de fatores intangíveis são a necessidade de (a) “vencer”, isto é, ganhar da outra parte ou evitar perder para ela; (b) causar “uma boa impressão”, parecer “competente” ou “duro” diante das entidades que você representa; (c) defender um princípio ou um precedente importante no processo; (d) parecer “justo” e “honroso”, ou proteger a própria reputação; (e) conservar uma boa relação com a outra parte após o término da negociação, sobretudo mantendo a confiança e reduzindo as incertezas.<sup>143</sup>

Edward C. Tomlinson e Roy J. Lewicki<sup>144</sup> afirmam que quando os negociadores se prendem apenas aos termos econômicos do acordo, como, por exemplo, o seu preço, ignorando os demais elementos contratuais, há possibilidade de um resultado, aparentemente ideal, não se concretizar tão logo implementado o contrato, falhando em fornecer o que cada um espera dele. Para os autores, a atitude de empregar atenção de forma exclusiva às questões econômicas acaba por negligenciar o espírito dos contratos, pois, na hipótese de existir um evidente “perdedor” (contrapondo os resultados da divisão do excedente cooperativo), esta parte procurará ativamente um modo de abandonar contrato, atuando nos limites do comportamento aceitável ou buscando outras formas de recompor suas perdas. Então, importa, para o desfecho cooperativo da negociação, que todas as partes tenham a sensação de que o acordo firmado foi a melhor escolha à qual poderiam

---

suggest that the respondent in the ultimatum game is seeking a reputation for toughness because he expects to be playing the game again with the same proposer. That would be an easy case for rational-choice analysis. The difficult case is where there is no prospect of repeat play. In that case the response of turning down an insultingly low offer is in a narrow sense emotional rather than rational, but in a broader sense rational because the emotion that generates it is part of a cognitive-emotional complex that enables the making of commitments that are rational ex ante. [...] My analysis of the ultimatum game and the endowment effect has made use of signaling theory, game theory, and the economics of information and of habit, but all these now are accepted, and most of them familiar, elements of rational-choice models. Of course, enriching the rational-choice model runs a risk similar to that of behavioral economics, of explaining nothing by explaining everything. On this ground there are still economists who resist incorporating risk aversion into the utility function. But the success of modern economists in enriching the simplest rational-choice models, not only with risk aversion and risk preference but also with altruism, time preference, positive information costs, and strategic and habitual behavior, without sacrificing falsifiability, furnishes a basis for optimism about the power and resilience of rational-choice economics.” (POSNER, op. cit. p. 1567).

<sup>143</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 9

<sup>144</sup> TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. The negotiation of contractual agreements. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. V. I, 85-98, 2015, p.92

ter aderido, considerando o ganho econômico e as implicações psicológicas do resultado.

#### **D) Maximização racional conforme modelo de negociação**

Os fatores que alteram o comportamento dos negociadores e a eficiência de uma barganha podem ser analisados a partir de dois tipos de negociação, quais sejam: a distributiva e a integrativa. A maximização do bem-estar e a estrutura da barganha serão determinadas pelo grau de conflito entre os interesses das partes<sup>145</sup>, podendo, por isso, o contrato ser fruto de uma negociação competitiva (distributiva) ou integrativa. Realça-se, antes de estender o debate sobre cada um dos tipos, que em ambas as modalidades, se houver aderência mútua, haverá cooperação no sentido de criar um excedente econômico.

Considerando que o contrato reflete uma troca “[...]propiciada pela divergência de disposições negociais entre duas partes que têm interesses contrapostos e objectivos complementares”<sup>146</sup>, a barganha se estabelecerá em um cenário de puro conflito ou em um cenário de colaboração. Segundo Frank Burchill<sup>147</sup>, as pessoas costumam associar o termo barganha tão somente a uma situação de conflito, na qual se estabelece uma disputa pela melhor distribuição individual do recurso. Contudo, conforme mencionado e a partir de agora examinado, a barganha, conquanto indubitavelmente englobe as situações de conflito, tem outra faceta, que é de união de esforços. Lembre-se, no ponto, que o sentido literal empregado por este estudo à barganha é o de *troca*, sem limitá-lo à troca competitiva.

Em um panorama de puro conflito, no qual os interesses das partes são perfeitamente correlacionados, mas de forma negativa, haverá um resultado de exclusão de bem-estar, pois o aumento de benefício de uma parte corresponderá,

---

<sup>145</sup> THOMPSON, Leigh. Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 515-532, 1990, p. 516

<sup>146</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 45

<sup>147</sup> BURCHILL, Frank. Walton and McKersy, A Behavioral Theory of Labor Negotiations (1965). Historical Studies in Industrial Relations. Liverpool. v.8, 1999, p. 140



na exata medida, ao decréscimo do benefício de outra<sup>148</sup>, ocorrendo a barganha dentro do intervalo delimitado pelos pontos de resistência das partes, inexistindo, por conseguinte, um aumento de valor social a partir da negociação<sup>149</sup>. Tal situação de barganha competitiva é conhecida como barganha distributiva (ou soma-zero).

Por outro lado, os interesses e objetivos podem conduzir os *players* a uma situação vantajosa para todos, alcançada por meio da busca de bem comum, em que a união de recursos proporcionará um acréscimo de valor à relação jurídica e, em geral, favorecerá a manutenção do vínculo entre os contratantes. Trabalha-se, neste método, com a criação de valor para posterior divisão dos resultados, o que não ocorre na negociação distributiva, a qual mantém foco apenas na etapa de reivindicação de valor<sup>150</sup>. Esta é a linha de raciocínio adotada por Roy J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry ao diferenciarem ambas as modalidades, *in verbis*:

Quando os objetivos de duas ou mais pessoas estão interconectados de maneira que apenas uma atinge a meta [...] esta situação é chamada de situação de *soma zero ou distributiva*. Nesses casos as “pessoas estão intimamente inter-relacionadas, que há uma correlação negativa na concretização de suas metas”. As situações de soma zero são observadas quando as partes tentam dividir um recurso escasso ou limitado, como uma quantia de dinheiro ou um período de tempo definido. O grau em que uma pessoa atinge seu objetivo reflete no quanto a outra fracassa nessa finalidade. Em comparação, quando as metas das partes estão relacionadas a ponto de a concretização do objetivo de uma ajudar a outra a alcançar o seu, a situação é chamada de situação de ganhos mútuos, também conhecida como *soma não zero ou integrativa*, na qual existe uma correlação positiva na realização dos objetivos de ambas as partes. [...] a realização dos objetivos de uma pessoa não impede a concretização dos de outra; ao contrário, elas se ajudam de modo significativo.<sup>151</sup>

Dentre tais métodos, o modelo de negociação eleito é, na maior parte das vezes, reflexo do contexto em que os negociadores estão inseridos.

<sup>148</sup> THOMPSON, Leigh. Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 515-532, 1990, p. 516

<sup>149</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 11

<sup>150</sup> Todas as negociações têm um estágio de *reivindicação* de valor, no qual as partes decidem quem leva o quanto de quê. Porém, muitas negociações tem um estágio de *criação* de valor, no qual as partes trabalham juntas para expandir os recursos negociados. [...] as competências distributivas são necessárias no estágio de reivindicação de valor, ao passo que as habilidades integrativas são úteis no estágio de criação de valor. (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. op. cit. p. 272)

<sup>151</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 11

## i. Barganha Distributiva

Geralmente, a barganha inédita<sup>152</sup> entre indivíduos que detêm pouca informação um sobre o outro e que discutem questão única, como, por exemplo, o preço do contrato, ou importe transação única de execução imediata<sup>153</sup>, transformará a barganha em um processo de competição por melhor resultado, de captura de bem-estar entre as partes, na qual as propostas e contrapropostas oscilam na tentativa de chegarem os negociadores em um acordo próximo de seu valor pretendido.

Ou seja, a barganha competitiva, também denominada distributiva, centra-se em um universo de exclusiva reivindicação do valor gerado a partir da cooperação, ocasionando, habitualmente, a *vitória* de um participante sobre o outro, aferida a partir da divisão do excedente cooperativo. A energia do peticitante e do oblato será consumida para emplacar uma *vitória* sobre o seu *oponente*, fazendo o necessário para conquistar as maiores vantagens possíveis<sup>154</sup>. Como bem definem Edward C. Tomlinson e Roy J. Lewicki, o objetivo do processo é a criação de um acordo no qual o valor auferido por um *player* venha à custa do outro<sup>155</sup>, então, quanto mais um ganha, menos o outro recebe. O gráfico representativo dos resultados de uma barganha competitiva é bastante simples:

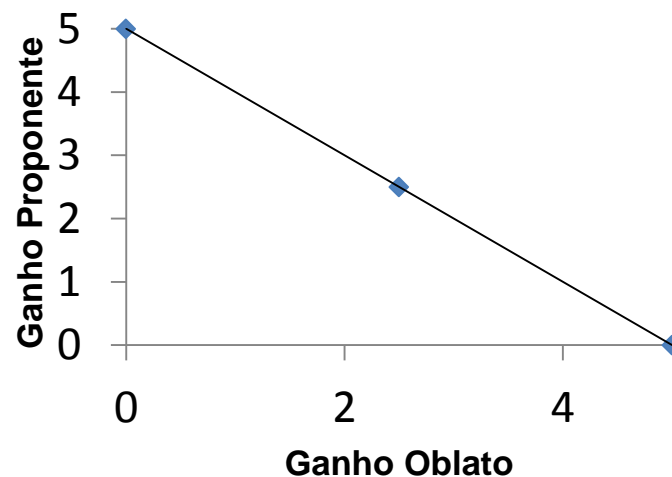
---

<sup>152</sup> “[...]quando a relação contratual arranca *ex novo*, é útil concebê-la como uma espécie de problema de <<dilema do prisioneiro>> para pessoas que procuram sair de um <<estado de natureza>> hobbesiano e, dispondo ainda de um apoio normativo reduzido e de uma informação ínfima, em contrapartida se representam já as vantagens da cooperação na sua máxima amplitude. [...]Na sua forma mais simples, de um dilema de prisioneiro unilateral, a uma decisão de investir segue-se um único lance de reação da contraparte, que pode constar tanto de uma atitude de partilha como de captura de ganhos e de bem-estar.” (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 48)

<sup>153</sup> [...]Apesar desses efeitos negativos, as estratégias e táticas da barganha distributiva são muitos úteis quando os negociadores desejam maximizar o valor obtido em uma única transação, quando o relacionamento com a outra parte não é importante e quando as partes estão no estágio de reivindicação de valor. (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 30)

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 16

<sup>155</sup> TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. The negotiation of contractual agreements. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. V. I, 85-98, 2015, p. 86



Russell Korobkin<sup>156</sup> vincula a oportunidade de ganhos da barganha distributiva com o nível de competição do mercado correlacionado ao que se está negociando. Para o autor, quando as partes negociam sob as condições de competição de mercado perfeito, contando com muitos compradores, vendedores, produtos e baixos custos de transação, são classificadas como “*price takers*” (nenhum dos dois exerce influência no mercado) e o acordo somente será alcançado por um preço único, tornando-as indiferente em prosseguir com uma ou outra transação. Deste modo, o mercado competitivo resulta em oportunidade de ganho reduzida. Por outro lado, haverá, em condições um monopólio bilateral, oportunidade elevada de ganhos com a barganha distributiva. A presença de apenas um vendedor, um comprador e um único bem, sem substitutos, influencia no aumento da variação entre os pontos de resistência dos *players*, eis que há margem para as partes valorizarem diferentemente o que está sendo negociado.

Esta modalidade, dominante no universo negocial<sup>157</sup>, sempre será favorecida pela escassez dos recursos negociados<sup>158</sup>, pois, ao serem fixas e limitadas as riquezas, as metas (valores ideais) estipuladas pelos negociadores, por serem completamente opostas, não poderão se concretizar ao mesmo tempo, de modo que

<sup>156</sup> KOROBKIN, Russell. *Against Integrative Bargaining*. Cleveland: Case Western Reserve Law Review, V. 58/4, 2008, p. 8

<sup>157</sup> BURCHILL, Frank. *Walton and McKersy, A Behavioral Theory of Labor Negotiations* (1965). *Historical Studies in Industrial Relations*. Liverpool. v.8, 1999, p. 142

<sup>158</sup> “[...] A escassez força os indivíduos a realizarem escolhas e incorrerem em *tradeoffs*. Os *tradeoffs* são, na verdade, “sacrifícios”: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma coisa – nem que seja somente o tempo. Esse algo, de que se abre mão, é o chamado “custo de oportunidade”. Todas as escolhas tem custo de oportunidade. Isso quer dizer que nem tudo pode ser feito ou produzido; [...]” (SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia. Textos escolhidos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.22)

buscarão seus próprios resultados mais intensamente e demonstrarão pouco interesse nas chances de a outra parte alcançar os resultados que almeja<sup>159</sup>.

Com efeito, a escassez implica solução cooperativa da barganha distributiva limitada ao valor inicial dos bens acrescido do total do excedente econômico, não havendo possibilidade de, nesta seara, este valor ser superado pela negociação.

Melhor dizendo, não há como ambas as partes, ao longo da barganha, com os mesmos bens, alcançarem um excedente econômico maior do que a diferença entre o valor mínimo que o vendedor ou fornecedor está disposto a receber pelo bem e o valor máximo que o comprador pretende pagar pelo mesmo produto. Destarte, qualquer que seja o desfecho cooperativo da negociação, não criará para reivindicação um valor maior do que o resultado da subtração dos pontos de resistência dos negociadores.

Exemplificativamente, se “A” deseja adquirir uma motocicleta, mas se nega a gastar mais do que R\$ 50 000, e “B” busca vender a sua por um valor de, no mínimo, R\$ 40 000, visivelmente a negociação por maiores ganhos se estabelecerá em torno da divisão dos R\$ 10 000, referente à diferença entre o valor que o comprador está disposto a pagar e o vendedor a dispor o bem (excedente econômico), de modo que “A” fará de tudo para chegar no valor limite de “B”, sendo os R\$ 40 000, então, o máximo que “A” poderá alcançar sem tornar ineficiente o contrato. E qualquer acordo feito com eficiência não terá o condão de atribuir maior valor à motocicleta do que R\$ 50 000. Assim, invariavelmente, a solução cooperativa conferirá à sociedade uma quantia de R\$ 100 000, enquanto a não cooperação deixará a sociedade com R\$ 90 000. O que caberá na negociação é a convenção sobre quem mais se beneficiará da divisão dos R\$ 10 000, pois a motocicleta não se multiplicará ao longo das tratativas, tampouco será um meio de produção de valor, assim como o dinheiro destinado à compra, o qual permanecerá fixo desde o início<sup>160</sup>. Daí a limitação dos recursos que propicia a barganha distributiva.

---

<sup>159</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 21

<sup>160</sup> Eventual fato novo que venha alterar os valores de referência, como, por exemplo, o surgimento de uma alternativa melhor, não significa dizer que houve esforço conjunto das partes para criar recursos e, com isso, conferir à troca uma produção de valor. Os recursos são os mesmos e permanecem limitados, o que será alterada é a zona de negociação, mas a negociação permanecerá predatória, um querendo ganhar mais do que o outro, de modo que a venda da motocicleta jamais atribuirá à negociação um valor maior do que realmente valem os bens. Proponente e promissário

Neste quadro, policitante e o oblato estarão engajados em um comportamento contencioso e se direcionarão para maximizar o valor do negócio em andamento em seu favor, adotando condutas para persuadir a outra parte a ceder<sup>161</sup>. Assim, propõem-se a pressionar um acordo mais próximo do ponto de resistência da parte contrária, recebendo maior parte da variação da barganha, ou até mesmo a convencer um ao outro a alterar seu ponto de resistência para obter ainda maiores ganhos.

É sobre esse pano de fundo – que incute uma sensação de contingência, de fragilidade da solução contratual face às probabilidades de não-contrato e de degeneração oportunista do contrato – que se edifica a análise do bem-estar do contrato, centrada na exploração do intervalo entre <<disposições negociais>> das partes, ou mais precisamente na exploração da <<zona de transações>> (correspondente ao <<bem-estar total>>) que nalguns casos separará a disposição máxima de pagar da parte adquirente da disposição mínima de vender da parte alienante, os <<reservation points>> (também designados como <<threat points>> ou <<full-back positions>>) que, balizando as possibilidades extremas do contrato, definam as fronteiras para lá das quais em princípio não haverá contrato – se o que as partes prosseguem através do contrato é de veras a maximização <<paretiana>> do bem-estar.<sup>162</sup>

Nota-se que para a compreensão da barganha e verificação da eficiência em uma negociação distributiva devem estar delineadas, desde o princípio, algumas questões econômicas. Na concepção de Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>163</sup>, em síntese, o processo da barganha se divide em três: primeiro estabelecer os valores de ameaça, segundo determinar o excedente cooperativo e, por fim, chegar a um acordo quanto às condições para distribuir o excedente resultante da cooperação.

Dentro deste processo, a mais importante das questões econômicas, pois definirá a eficiência ou não do contrato, é a estipulação do *ponto de resistência*, que significa o limite do negociador, o seu preço máximo pela aquisição e o seu preço

---

continuarão não conseguindo unir esforços para criar valores além dos recursos que têm à disposição.

<sup>161</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 21; e PRUITT, Dean. RUBIN, Jeffrey. Social Conflict: Escalation, stalemate and settlement. New York: Random House, 1986.

<sup>162</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 51 e 52

<sup>163</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.95

mínimo pela disposição. Leigh Thompson<sup>164</sup> afirma ser o ponto de resistência (*reservation price*) o mínimo com que a parte vai se contentar a partir da vinculação, portanto, qualquer resultado menor representará condição pior do que a inexistência do contrato. Simplifica o autor ao dizer que o ponto de resistência é o ponto no qual o negociador pode obter utilidade igual ou melhor do que alcançaria se desenvolvesse outra ação, seja ela contratando com outra parte ou simplesmente mantendo seu *status quo*.

Em uma barganha distributiva, a utilidade do acordo será determinada pela zona de transação, esta, por sua vez, definida pelos pontos de resistência das partes. Caso o preço seja estipulado entre os pontos de resistência de cada uma das partes (o que pressupõe uma barganha eficiente), o ganho social corresponderá à diferença entre estes pontos (o mesmo que a diferença entre a solução cooperativa e a solução não cooperativa<sup>165</sup>), resultando somente do final da negociação quanto cada um receberá deste aumento de riqueza. É o preço fixado em qualquer ponto desse intervalo entre pontos de resistência, portanto, que “[...]propiciará a conclusão do negócio e maximizará o bem-estar total a ser gerado pelo contrato[...]”<sup>166</sup> e qualquer preço fora desta zona “[...]impedirá o encerramento das negociações, por conflitar com a disposição negocial de uma das partes”<sup>167</sup>.

[...]no intervalo dentro do qual o contrato é possível, é mutuamente vantajoso e é maximizador de bem-estar, é possível um contínuo de preços, cada um com diferente impacto na distribuição do bem-estar entre as partes, até o limite de preços que, de tão próximos dos <<*reservation points*>>, praticamente consomem uma <<captura total>> do bem-estar de uma das partes pela outra.<sup>168</sup>

<sup>164</sup> THOMPSON, Leigh. Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 515-532, 1990, p. 517

<sup>165</sup> Considerando que a solução não cooperativa remete à inexistência do contrato, o seu valor corresponderá à soma dos pontos de resistência das partes. A solução cooperativa, por sua vez, corresponde à soma dos pontos de resistência das partes acrescida do ganho individual obtido com o contrato.

<sup>166</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 53

<sup>167</sup> *Ibidem*

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 54

A eficiência indica que, ao final da negociação, as partes situam-se em uma zona de barganha positiva. Leigh Thompson<sup>169</sup> afirma que somente haverá zona de barganha positiva e, conseqüentemente, lucro com o mútuo acordo, quando ambos os negociadores não cederem mais do que seus pontos de resistência, colocando-se em uma zona de barganha negativa quando os mesmos pontos de resistência forem suprimidos pela negociação, implicando perdas para um dos sujeitos.

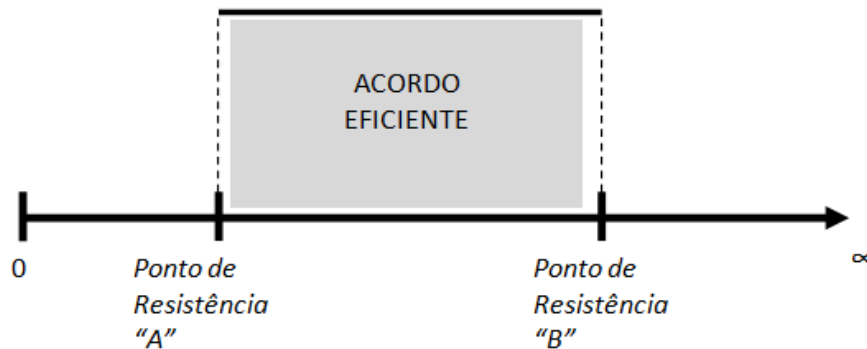
[...] Quando o ponto de resistência do comprador está acima do ponto de resistência do vendedor – isto é, quando comprador aceita pagar menor diferença possível sobre o valor mínimo que o vendedor dispõe a aceitar[...] – temos uma *variação de barganha positiva*. Quando ocorre o contrário, isto é, o ponto de resistência do vendedor é maior que o ponto de resistência do comprador e este não aceita pagar mais do que o valor mínimo visto como aceitável por aquele, temos uma *variação de barganha negativa*. [...]As negociações que começam com uma variação de barganha negativa têm grandes chances de levar a um impasse e talvez sejam resolvidas somente se uma ou ambas as partes forem persuadidas a mudar os seus pontos de resistência ou se outra pessoa impuser uma solução que não é aceita por uma ou por ambas.<sup>170</sup>

Verifica-se que a barganha distributiva não significa ausência de cooperação, pois haverá cooperação quando os *players* estipularem um acordo dentro da zona de barganha positiva, mesmo que os particulares estejam engajados em uma negociação predatória. Em outras palavras, não atingirá objetivo a barganha distributiva se não houver um excedente cooperativo para reivindicação, pois o cerne desta modalidade está justamente na disputa pela divisão do excedente. A zona de eficiência da barganha distributiva é representada da seguinte maneira:

---

<sup>169</sup> THOMPSON, Leigh. Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 515-532, 1990, p. 517

<sup>170</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 33



Pressupõe-se que ambas as partes, para maior maximização de seu bem-estar em uma situação dessas, sempre tentarão viabilizar um acordo mais rente possível ao ponto de resistência da outra parte. E, estando dentro da zona positiva de negociação, o benefício individual atingido com a barganha será considerado pela diferença de valores entre o ponto de resistência da parte e o acordo final<sup>171</sup>.

Destarte, no exemplo em que a “Construtora Ltda.” tinha não mais do que R\$ 160mil para gastar na aquisição e instalação de um elevador da empresa “Elevadores Ltda.”, pelo qual a segunda empresa estava disposta a receber R\$ 100mil, a barganha ocorreria na zona limitada por estes pontos de resistência (R\$ 100mil → R\$ 160mil), resultando o acordo na produção de um excedente de R\$ 60mil para rateio em uma barganha distributiva. Suponha-se que as partes encerrassem cooperativamente o acordo em R\$ 125mil. Isso quer dizer que o benefício da “Construtora Ltda.” seria de R\$ 35mil – calculado a partir da diferença do seu ponto de resistência e o valor do acordo –, então acrescentaria ao valor que estava disposto a pagar pelo maquinário (R\$ 160mil) o benefício obtido (R\$ 35mil), aumentando o seu bem-estar, pois passaria a ter em mãos o valor agregado de R\$ 195mil em recursos, ao contrário do início quando tinha apenas R\$ 160mil. Por outro lado, o benefício da “Elevadores Ltda.” seria de R\$ 25mil – resultado obtido a partir da diferença do valor do acordo e seu ponto de resistência –, então acrescentaria ao valor pelo qual venderia e instalaria o equipamento (R\$ 100mil) o benefício obtido (R\$ 25mil), melhorando sua utilidade para R\$ 125mil, ao contrário dos R\$ 100mil de anteriormente. Verifica-se, no exemplo, ter sido eficiente a troca, porquanto cada um melhorou os recursos de sua condição inicial, não havendo relevância o fato de a

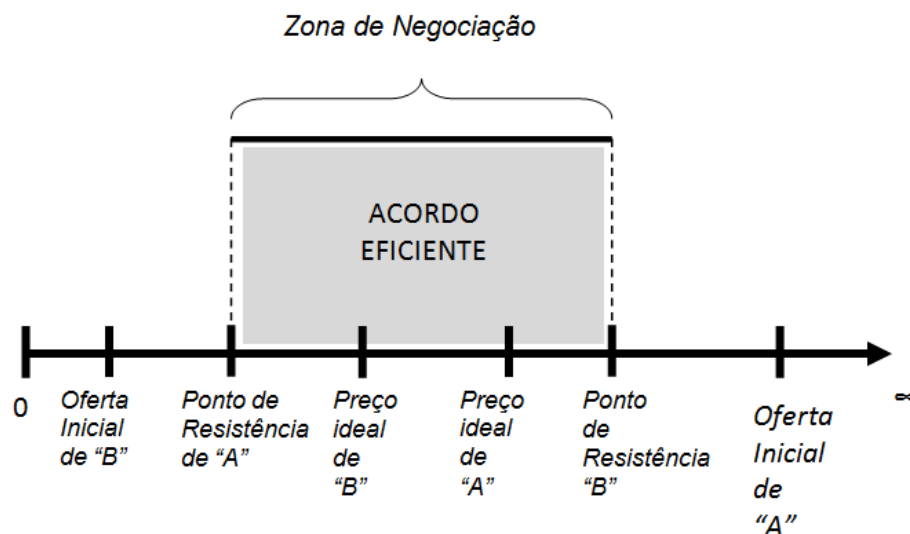
<sup>171</sup> RAIFFA, Howard. The art and science of negotiation. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1982; e WALTON, Richard; MCKERSEY, Robert. A behavioral theory of labor negotiations: An analysis of a social interaction system. New York: McGraw-Hill, 1965



“Construtora Ltda.” ter recebido quota-parte do excedente de R\$ 60mil maior do que a “Elevadores Ltda.”.

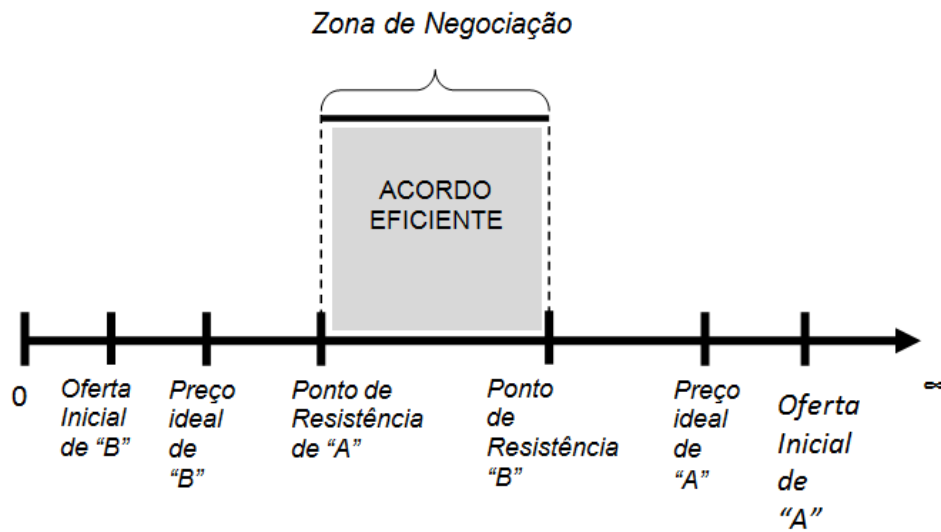
Porém, embora os *pontos de resistência* sejam elementares para averiguação da eficiência, não só a eles se limitam os fatores econômicos da negociação distributiva. Estes outros fatores de economia que influenciam na barganha são o *preço ideal*, também referido como ponto-alvo, que perfaz o preço com o qual o negociador gostaria de concluir a negociação<sup>172</sup>, e o *preço pedido*, o qual retrata o valor inicial definido por quem apresenta a primeira oferta (oferta inicial). Quanto maior a diferença entre o *preço pedido* e o *preço ideal*, mais margem para concessões terá o negociador e maior será a probabilidade de se aproximar de seu *preço ideal*.

O quadro representativo da barganha distributiva, com a inserção destes outros elementos, pode ser retratado por mais de uma forma, como, por exemplo:



*Exemplo 1*

<sup>172</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 31



Observa-se, desde logo, que tais fatores alteram significativamente a forma de composição e de divisão do excedente cooperativo. Há consenso de que, em geral, o negociador que dispuser de mais elevadas aspirações, com específicos e explícitos objetivos, obtém ganhos mais próximos do que idealizou para o desfecho da barganha em contraposição ao sujeito que não formulou explicitamente os seus objetivos<sup>173</sup>. Isso se reflete sobremaneira nos movimentos iniciais do policitante e do oblato, quando ainda não houve tempo hábil para coleta de informações suficientes sobre as características da contraparte (flexibilidade, hostilidade, reputação,...) ou acerca de seus *pontos de referência* (*ponto de resistência*, *ponto ideal*, *posição inicial*) e, por conseguinte, desconhecem por completo a dimensão da zona de negociação. O movimento inicial é momento da barganha no qual será conveniente fixar suas pretensões de forma mais elevada, afastando-se de seu *ponto de resistência* e evitando uma consequência lasciva para seu bem-estar. Em sua obra sobre os fundamentos da negociação, Roy J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry contrapõem aspectos positivos e negativos das proposições de partida, *in verbis*:

[...] Estudos indicam que os negociadores que fazem ofertas iniciais exageradas chegam a acordos mais altos do que aqueles que fazem ofertas iniciais baixas ou moderadas. Existem ao menos duas razões

<sup>173</sup> THOMPSON, Leigh. Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 515-532, 1990, p. 522 e 523

pelas quais uma oferta inicial exagerada pode ser vantajosa. A primeira é que ela dá ao negociador espaço de movimentação e, portanto, disponibiliza o tempo necessário para conhecer as prioridades da outra parte. A segunda é que uma oferta inicial exagerada atua como uma mensagem secundária e pode criar, na mente da outra parte, a impressão de que (1) há um longo caminho pela frente antes de um acordo razoável ser atingido, (2) existe risco de precisar fazer mais concessões do que inicialmente pretendido para preencher a lacuna entre as duas ofertas iniciais e (3) há chances de a outra parte ter estimado incorretamente o próprio ponto de resistência. Em contrapartida, duas desvantagens específicas de uma oferta inicial exagerada dizem respeito (1) à possibilidade de ela ser rejeitada sumariamente pela outra parte, o que interrompe as negociações antes do previsto, e (2) chances de ela transmitir uma atitude dura [...].<sup>174</sup>

As propostas iniciais são excelentes oportunidades para explorar a racionalidade limitada da contraparte, sobretudo em negociações dinâmicas, assim, pode o peticitante utilizar as propostas altas como espécie de âncora, prendendo a atenção do outro negociador a quantias expressivas, sinalizando o desfecho do contrato naquelas proximidades. Contudo, na medida em que evolui e se estende o processo de barganha, as informações se tornam mais parelhas e a âncora perde sua potência, restando superada aquela ampla pretensão inicial.

Fato é que a oferta inicial e a contraproposta, no mais das vezes, estão muito distantes do valor pelo qual será celebrado o contrato, mas isso se justifica, pois somente uma oferta ou uma contraproposta elevada é que garantirá uma zona favorável de barganha, visto que, a partir daí, apenas haverá espaço para redução da proposta inicial<sup>175</sup>. Ou seja, quando ingressa em negociação, o peticitante ou o oblato sabe que, normalmente, precisará aceitar menos do que seu *preço ideal*, limitada essa redução ao seu respectivo ponto de resistência.

Então, conseqüentemente, as posturas iniciais, se realmente distantes do *ponto de referência*, é que darão ensejo às concessões mútuas, consumadas “[...]quando uma parte aceita mudar algo em sua proposta[...]”<sup>176</sup>.

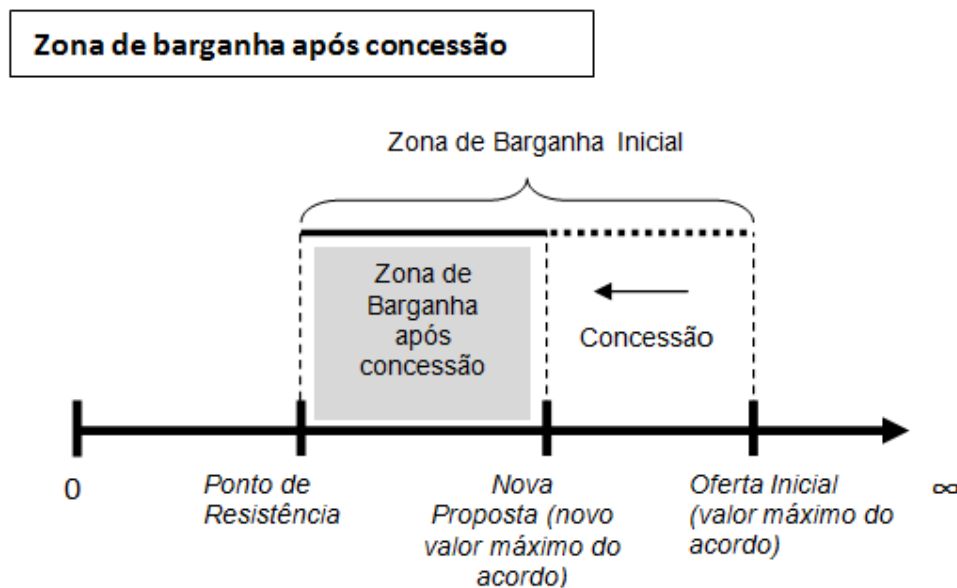
<sup>174</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 45

<sup>175</sup> “[...]Os negociadores que adotam a barganha distributiva com eficiência não começam as negociações com uma oferta inicial muito próxima a seu ponto de resistência; ao contrário, eles se certificam de haver espaço suficiente para algumas concessões na variação da barganha.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. op. cit. p. 47)

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 15

Definem-se as concessões, portanto, como expedientes para resolução do impasse criado pela diferença de propostas, sejam elas iniciais ou intermediárias, dado que é basilar o entendimento de que a concordância com uma proposta, mesmo desmedidamente elevada, não confere espaço para outras concessões sobre o mesmo assunto. Assim, como recurso para manutenção da relação negocial, as concessões são essenciais a toda negociação, sem as quais inexistente dito processo<sup>177</sup>.

Abdicam os negociadores, nestas concessões, em princípio, da margem de ganho entre seu *preço inicial* e seu *preço ideal* e, até mesmo, quando muito dispostos os *players* à contratação<sup>178</sup>, da margem entre o *pedido inicial* e seu *ponto de resistência*<sup>179</sup>. As concessões, embora salutares para o processo de barganha, conseqüentemente restringem as opções do acordo, pois estreitam a *zona de barganha*. A presença de concessões na negociação, analisada do ponto de vista de uma das partes, pode ser representada da seguinte forma:



<sup>177</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 47

<sup>178</sup> Como visto, pela análise econômica clássica, é indispensável o acordo que se situe dentro da zona positiva de barganha, por isso, qualquer concessão que mantenha a utilidade da parte dentro desta respectiva zona, para fins de manutenção da barganha, deve ser vista como um incentivo. Todavia, já se destacou que o procedimento negocial considera também prerrogativas comportamentais dos indivíduos e, nem sempre, guardará proporção com o nível de eficiência.

<sup>179</sup> A análise comportamental feita por Sidney Siegel e Lawrence Fouraker (*in Bargaining and group decision making: experiments in bilateral monopoly*. New York: McGraw-Hill, 1960) sugere que negociadores com aspirações mais elevadas acabam fazendo menores concessões e maiores reivindicações, prolongando o desfecho da barganha, mas obtendo lucros mais elevados do que negociadores com baixas aspirações.

A representação acima demonstra que há uma íntima ligação da capacidade de manobra dos *players* com o seu *ponto de resistência*, pois quanto mais próximas do seu limite negocial, maior a propensão de rigidez quanto as suas concessões<sup>i</sup>.

Retomando o exemplo da compra dos elevadores, suponha-se que a “Elevadores Ltda.” faça uma proposta inicial de venda por R\$ 140mil. Suponha-se que mesmo que o valor proposto pela “Elevadores Ltda.” gere utilidade para a “Construtora Ltda.” (que pretende pagar R\$ 160mil), a segunda ingressará na negociação com objetivo de reduzir esse valor e maximizar ainda mais seu bem-estar e, por isso, faz uma contraproposta de R\$ 100mil. Portanto, se houver interesse das partes em manter negociação, a cada rodada de propostas haverá uma concessão. Verifica-se que o espaço da “Elevadores Ltda.” para concessões é de R\$ 40mil, na medida em que seu *ponto de resistência* é de R\$ 100mil. Por outro lado, o intervalo da “Construtora Ltda.” para concessões é de R\$ 60mil, visto que seu ponto de resistência é de R\$ 160mil. Suponha-se, ainda, uma concessão mútua de R\$ 8 000 a cada movimento negocial. Analisando a barganha pela ótica da “Elevadores Ltda.” (vendedora), cada concessão implicará em uma redução gradativa da utilidade do acordo e, por consequência, refletirá na sua maleabilidade. O quadro abaixo retrata o quanto cada concessão retira de utilidade entre uma proposta e outra, tornando-se cada vez mais onerosa quando se aproxima do *ponto de resistência*.

<b>Movimento de barganha</b>	<b>Valor da proposta</b>	<b>Margem para concessão</b>	<b>Valor da concessão</b>	<b>Situação após a concessão</b>	<b>Perda de utilidade pela concessão</b>
0	140mil	40mil	8mil	132mil	20%
1	132mil	32mil	8mil	124mil	25%
2	124mil	24mil	8mil	116mil	33,33%
3	116mil	16mil	8mil	108mil	50%
4	108mil	8mil	8mil	100mil	100%
5	100mil	0	-	-	-

Logo, quanto mais distante do *ponto de resistência*, menores serão os impactos causados pelas concessões na utilidade do bem para o negociador, portanto, será maior a possibilidade de concessões mais atrativas para a contraparte. Todavia, o quadro acima se trata de um exemplo a não ser adotado nas negociações, visto que a maximização racional exige a diminuição gradativa do tamanho das concessões. A título de ilustração, utilizando o mesmo exemplo, demonstra-se mais racional a “Elevadores Ltda.” optar, ao invés de conceder o desconto de R\$ 8 000 a cada movimento, por não permitir que uma concessão ultrapasse o percentual de perda de utilidade que a primeira concessão provocou. Desta maneira, o quadro retrataria a seguinte evolução da barganha:

<b>Movimento de barganha</b>	<b>Valor da proposta</b>	<b>Margem para concessão</b>	<b>Valor da concessão</b>	<b>Situação após a concessão</b>	<b>Perda de utilidade pela concessão</b>
0	140 000	40 000	8 000	132 000	20%
1	132 000	32 000	6 400	125 600	20%
2	125 600	25 600	5 120	120 480	20%
3	120 480	20 480	4 096	116 384	20%
4	116 384	16 384	3 276,8	113 107,2	20%
5	113 107,2	13 107,2	2 621,44	110 485,76	20%
6	110 485,76	10 485,76	2 097,15	108 388,60	20%

Com esta estratégia se identifica um acréscimo consistente no número de movimentações de barganha e uma diminuição proporcionalmente mais enxuta da *zona de negociação*.

O negociador, assim, também pode se valer das concessões para alongar o processo de negociação e oportunizar a criação de fatores exógenos que lhe possibilite um contrato apto a lhe trazer maior benefício, seja dentro da própria barganha ou com terceiro. Com efeito, a barganha distributiva não se trata de

processo estático, mas diz respeito a processo dinâmico<sup>180</sup> e interativo, sujeito a transformações ao longo do tempo.

Um dos fatores que provoca alterações da *zona de negociação*, porém vai além das referidas concessões, porque tem o condão de modificar o *ponto de resistência* do polícitante ou do oblato, é a presença de uma *alternativa* melhor ao acordo discutido.

Acima já se tratou da *alternativa* ao contrato como parâmetro de identificação de eficiência ótima, cabendo examinar, neste momento, como uma alternativa melhor afeta a barganha distributiva em sua *zona de negociação*.

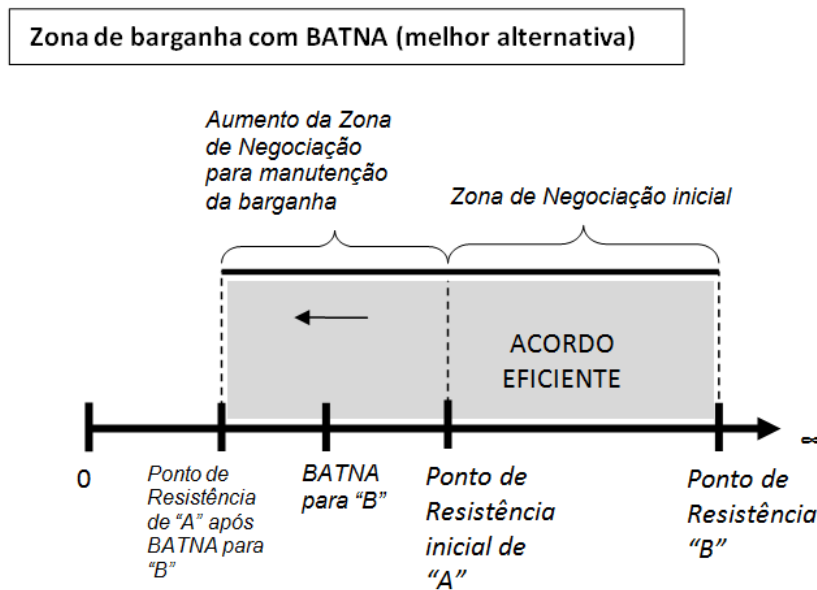
As alternativas adquiridas por um dos negociantes agem em sentido contrário ao das concessões, pois têm a virtude de aumentar, em seu favor, a *zona de negociação*, deslocando o ponto de resistência da contraparte para as proximidades de seu *preço ideal*. Neste sentido, enquanto as concessões dadas reduzem a zona de negociação em direção ao seu ponto de resistência, as alternativas favoráveis alteram a zona de negociação a partir da mitigação do ponto de resistência da contraparte, possibilitando um acordo mais interessante para quem a alternativa surgiu.

A variação da *zona de negociação positiva* com a presença das alternativas obedece à ideia de que os acordos somente serão racionalmente aceitáveis se a melhor alternativa a ele ainda assim for pior. Neste sentido, para manutenção da negociação, a parte surpreendida pela alternativa deve superá-la, readaptando a proposta realizada e, por conseguinte, ocasionando a alteração da *zona de barganha positiva*.

Embora as alternativas existentes na fase negocial sejam as mais variadas, ilustra-se abaixo as alterações da *zona de barganha positiva* frente ao surgimento de um novo vendedor com proposta mais atrativa ao comprador:

---

<sup>180</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 52



A utilização de alternativa na negociação distributiva, como se pode observar, visa à melhora individual de um participante em detrimento do bem-estar do participante oposto, motivo pelo qual a presença de determinada alternativa será desejada por quem dela se beneficia e não desejada por aquele que, com ela, perderá utilidade.

Isso ocorre, porque a fórmula da barganha competitiva conduz uma parte a ver a outra como um obstáculo no caminho até seu *preço ideal*, em que qualquer ganho por ela obtido<sup>181</sup>, invariavelmente, equivalerá a uma proporcional perda de utilidade do contrato, materializando-se, então, como um oponente a ser derrotado<sup>182</sup>. A estratégia das partes leva em consideração, nesta hipótese, que o jogo negocial se desenvolve em um espaço (*zona de negociação*) restrito, limitado aos recursos que dispõem os *players*, sendo a *alternativa* um fator para modificação dessa *zona de negociação*.

## ii. Barganha Integrativa

As negociações não necessariamente precisam ser encaradas dessa forma, visto que nem sempre o ganho de uma parte representará igual sacrifício da

<sup>181</sup> THOMPSON, Leigh. Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 515-532, 1990.

<sup>182</sup> HOCKER, Joyce; WILMOT, William. Interpersonal conflict. Dubuque, IA: Wm. C. Brown, 1985.



outra<sup>183</sup>. Pelo contrário, há circunstâncias nas quais a negociação tem o escopo de encontrar soluções para que todos possam atingir seus objetivos, sendo que a combinação de esforços propiciará o aumento do valor do contrato e conseqüente incremento de bem-estar social<sup>184</sup>.

Tal modalidade de negociação é denominada de barganha integrativa, descrita por Fernando Araújo da seguinte maneira:

[...]produtiva e <<solucionadora>>, as partes acordam em preços objectivos, de mercado, ou noutros pontos de referência legal predispostos, de forma a partilharem o incremento do valor representado pela transferência do recurso para a parte mais disposta a pagar por ele – há <<soma positiva>> –, e além disso comunicam uma à outra meios para resolverem problemas comuns que possam emergir dessa transacção.

Com efeito, geralmente, são negociações integrativas as que englobam múltiplas questões ou aquelas nas quais as partes necessitam cultivar e preservar o relacionamento por um período de tempo mais extenso<sup>185</sup>, demandando a realização de promessas que se ajustem ao modo de pensar e à lógica da contraparte, criando fatores que os motivem a atingir seus objetivos. As partes ingressam em uma estratégia integrativa ao visualizarem a possibilidade de que a união de esforços é mais produtiva do que a competição, pois permite a todos os lados se beneficiarem com o incremento do bem-estar social<sup>186</sup>.

Os negociadores constituirão, portanto, uma parceria para encontrar soluções que favoreçam a todos os envolvidos a atingirem seus objetivos<sup>187</sup>, preocupando-se em identificar mais recursos ou descobrir meios específicos para compartilhar e coordenar o uso de recursos existentes<sup>188</sup>, perseguindo uma maximização

<sup>183</sup> THOMPSON, Leigh. Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 515-532, 1990, p. 516

<sup>184</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 45

<sup>185</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 105

<sup>186</sup> *Ibidem*, p.89.

<sup>187</sup> TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. The negotiation of contractual agreements. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. V. I, 85-98, 2015, p. 89

<sup>188</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. op. cit. p. 17

conjunta<sup>189</sup> do bem-estar social, ao contrário daquilo que ocorre em uma barganha distributiva. Assim, “[...]o sucesso da negociação integrativa depende da motivação das partes para colaborarem, sem competir. Elas precisam se comprometer com um objetivo vantajoso para ambas, não com metas que tragam benefícios individuais”<sup>190</sup>.

Conforme mencionado, a finalidade da barganha deste tipo é a criação de um valor a partir dos recursos que dispõem *ex ante*, para promoção de divisão *ex post*, inexistindo conflito entre os objetivos de uma parte com os da outra. Pelo contrário, há uma área de preocupação comum identificada como um *problema*<sup>191</sup> a ser solucionado mediante colaboração.

Ao compreender metas não excludentes entre si, ou seja, metas individuais que podem, mediante esforços colaborativos, consumir meta coletiva, a barganha integrativa põe fim à ideia de que as negociações necessitam ter um vencedor ou um perdedor, pois se desenvolve a partir do compromisso das partes com o ganho conjunto, ao invés de individual, fator incentivador de compartilhamento de informações sobre os respectivos interesses e exploração de todas as opções viáveis para maximizar um acordo no qual todos saem vencedores<sup>192</sup>. Daí a barganha integrativa atenderá à intenção contratual inicial de qualquer das partes, que se presume ser a de promover trocas incrementadoras de bem-estar total<sup>193</sup>.

O benefício da estratégia integrativa é manifesto ao considerarmos que, nas situações em que a natureza dos recursos e da relação permitirem, o incremento do bem-estar social (criação de valor a menores custos) afasta os resultados subótimos que seriam obtidos com uma barganha distributiva na mesma situação, voltados os particulares exclusivamente para reivindicação do valor já existente. Porém, segundo Leigh Thompson<sup>194</sup>, isso somente será alcançável se os envolvidos valorizarem de forma diversa a importância das questões negociadas, ou seja,

<sup>189</sup> TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. The negotiation of contractual agreements. *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*. V. I, 85-98, 2015, p. 86

<sup>190</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. *Fundamentos da Negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 90

<sup>191</sup> THOMPSON, Leigh. *Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues*. Washington: *Psychological Bulletin*, v.108, nº. 3, 515-532, 1990, p.522

<sup>192</sup> TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. *op. cit.* p. 89

<sup>193</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 20

<sup>194</sup> THOMPSON, *op. cit.* p. 525; PRUITT, Dean. RUBIN, Jeffrey. *Social Conflict: Escalation, stalemate and settlement*. New York: Random House, 1986; e RAIFFA, Howard. *The art and science of negotiation*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1982.

quando um negociador valorizar determinada opção menos do que a outra parte valoriza e, mais adiante, esta outra parte valorizar menos alguma opção que a primeira valorize mais. Por isso, para o bem da barganha integrativa, Russell Korobkin<sup>195</sup> afirma que deve haver um “pacote negocial” com opções que uma parte valoriza menos do que a outra. Deste modo, a perfeita compatibilidade de interesses retrata a situação de pura coordenação, a qual autoriza a integração como solução. Assim, o acordo integrativo está totalmente vinculado com “[...]a habilidade das partes de entender e satisfazer a seus *interesses* mutuamente”<sup>196</sup>.

Segundo a doutrina<sup>197</sup>, são três os tipos objetivos que facilitam o desenvolvimento de acordos integrativos, quais sejam: o objetivo *comum*, pelo qual a discordância sobre determinadas questões são superadas por meta mantida por todas as partes, então, os benefícios que cabem a ambos não seriam possíveis sem a colaboração; o objetivo *compartilhado*, gerando benefícios diferentes para cada uma das partes, mesmo que obtidos pela colaboração mútua<sup>198</sup>; e o objetivo *conjunto*, no qual as metas pessoais são distintas, mas os atores concordam em combiná-las em um esforço coletivo.

A *Behavior Law and Economics* identifica que a maior probabilidade de sucesso pela barganha integrativa se dá a partir do *Dual Concern Model*.

O modelo parte da premissa que objetivos particulares mais elevados levam ambas as partes a maiores ganhos conjuntos, ou seja, à criação de maior valor na barganha, porque, conforme assenta Leigh Thompson<sup>199</sup>, negociadores com interesses mais vultosos são mais propensos a explorar formas de maximizar os seus resultados, visto que simples compromissos não os satisfazem, e a complementa afirmando não ser suficiente apenas a existência de objetivos

---

<sup>195</sup> KOROBKIN, Russell. Against Integrative Bargaining. Cleveland: Case Western Reserve Law Review, V. 58/4, 2008, p. 5

<sup>196</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 74

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 88

<sup>198</sup> “[...]Um aspecto inerente à ideia de um objetivo compartilhado é o trabalho lado a lado, para que as partes cheguem a um resultado a ser compartilhado entre elas. O mesmo resultado pode ser obtido com o corte de custos, pelo qual as partes atingem o mesmo desfecho, trabalhando juntas, mas com menos esforço, gastos ou riscos.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. op. cit. p. 88)

<sup>199</sup> THOMPSON, Leigh. Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 515-532, 1990, p. 522

elevados se não houver preocupação com os interesses da contraparte. Só assim haverá incremento conjunto de ganhos<sup>200</sup>.

Segundo o modelo, as metas dos negociadores são determinadas por dois fatores independentes, o primeiro é a preocupação com seus próprios interesses e o segundo é a preocupação com os interesses da parte contrária<sup>201</sup>, sendo que a solução ótima do problema, com incremento de resultados conjuntos por meio do acordo, ocorre quando os negociadores dispuserem de altas aspirações e preocuparem-se desde o princípio com as metas alheias. O modelo sugere que a preocupação egoísta aumenta a probabilidade de as partes partirem ao conflito, pois desenvolverão comportamento contencioso ao invés de um comportamento harmonioso<sup>202</sup>. Sobre o modelo:

A key prediction of the Dual Concern Model is that negotiators who have a high degree of concern for themselves coupled with a high degree of concern for the other party will reach more integrative outcomes than will negotiators who are concerned only with maximizing their own outcomes, negotiators who are concerned only with the other party, and negotiators who are not concerned with themselves or the other party.<sup>203</sup>

Portanto, sem a preocupação com os interesses da parte contrária, fator que oferece resultado ótimo à barganha integrativa, elevados objetivos até podem melhorar resultados individuais e conjuntos em determinadas situações, mas tendem a levar a impasses desnecessários em outras, exterminando a eficiência que poderia ser alcançada.

Relembrando que a ideia da *Behavioral Law and Economics* não é romper em definitivo com a teoria da racionalidade, não significa dizer que a construção do relacionamento se dará a partir do abandono do interesse próprio para

---

<sup>200</sup> THOMPSON, Leigh. Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 515-532, 1990, p. 522

<sup>201</sup> THOMPSON, Leigh. op. cit.; e PRUITT, Dean. RUBIN, Jeffrey. Social Conflict: Escalation, stalemate and settlement. New York: Random House, 1986

<sup>202</sup> THOMPSON, op. cit. p. 522; e PRUITT, Dean. RUBIN, Jeffrey. op. cit.

<sup>203</sup> Em livre tradução: “O prognóstico chave do Dual Concern Model é que negociadores que têm alto grau de preocupação por si mesmos, juntamente com alto grau de preocupação com a outra parte, alcançarão resultados mais integrativos do que negociadores que estão preocupados apenas em maximizar seus próprios resultados, negociadores que se preocupam apenas com a outra parte e negociadores que não estão preocupados consigo ou com a contraparte.” (THOMPSON, op. cit. p. 521)

simplesmente atender ao colaborador. Pelo contrário, os negociadores devem preservar a busca da satisfação de seus interesses próprios, porque sempre será este o incentivo para permanência na barganha. Se porventura a parte abdicar de seus interesses particulares, restará apenas submissão à vontade da parte contrária e o incremento do bem-estar total ficará comprometido, achando-se o desfecho do acordo quando tão logo a contraparte obtiver seu ganho. Assim, torna-se essencial que o negociador busque preservar seus interesses também em uma barganha integrativa.

Esta negociação incrementadora de bem-estar e de solução de problemas é composta de duas etapas. A primeira, e mais importante, trata-se da etapa de *criação* de valor, de incremento do bem-estar social; a segunda, presente tanto na barganha distributiva quanto nesta espécie, diz respeito à etapa de *reivindicação* do valor criado.

A primeira etapa será marcada pela união de esforços para expandir os recursos negociados<sup>204</sup> e a segunda pela contraposição de interesses para estipulação de quanto do valor criado será destinado para cada uma das partes. No entendimento da doutrina, essa sucessão de fases, a iniciar pela fase de criação para, posteriormente, adentrar à fase de reivindicação, é assaz importante, porque “[...]o processo de criação de valor é mais eficiente quando posto em prática de forma colaborativa, sem foco no quanto uma parte leva e outra perde[...]”<sup>205</sup> e “[...]uma vez que a reivindicação de valor envolve a distribuição de processos de barganha, ela pode desviar o foco da criação de valor e até mesmo prejudicar o relacionamento entre as partes, se não for introduzida de modo eficiente”<sup>206</sup>.

Ao discorrer sobre o modelo do processo integrativo, Frank Burchill<sup>207</sup> atrela a ele três passos, quais sejam: a identificação do problema e do interesse das partes; a busca por soluções alternativas e suas consequências; e a estipulação de ordem de preferência entre as soluções visualizadas com a seleção de um curso de ação.

---

<sup>204</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 272

<sup>205</sup> *Ibidem*, p.71

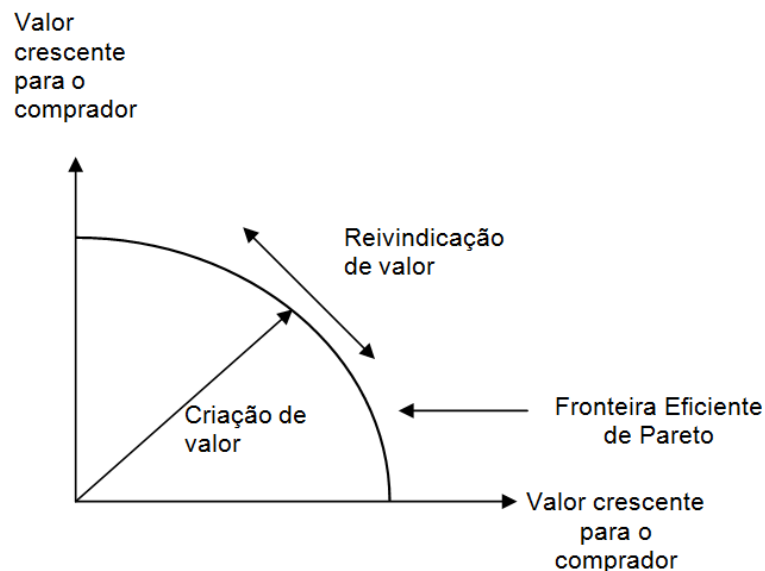
<sup>206</sup> *Ibidem*

<sup>207</sup> BURCHILL, Frank. Walton and McKersy, A Behavioral Theory of Labor Negotiations (1965). Historical Studies in Industrial Relations. Liverpool. v.8, 1999, p. 147

As duas primeiras etapas do processo estão abrangidas pela fase de criação e têm o objetivo de garantir que os negociadores não aceitem soluções abaixo da Fronteira Eficiente de Pareto<sup>208</sup>, porque subótimas para ambos. É neste estágio que as habilidades integrativas são mais úteis.

Dentre os processos citados por Burchill, destaca-se, na fase de criação, a busca por opções para resolução dos problemas existentes. A arquitetura de diversas soluções alternativas de “soma positiva” (ganha-ganha) é objetivo das partes para elaboração de um contrato mais eficiente e “[...]uma vez que o processo de invenção de opções estiver completo, os negociadores podem partir para a avaliação de cada uma e escolher dentre elas aquela que maximizará o ganho conjunto”<sup>209</sup>.

A fase final da barganha, de reivindicação, composta pela última etapa do processo integrativo referida por Frank Burchill, a qual compreende a escolha das soluções previstas ou a reivindicação do valor criado, é que definirá, assim como na barganha distributiva, o benefício econômico do contrato para cada um dos negociadores. Roy J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry<sup>210</sup> ilustram a barganha integrativa da seguinte maneira:



<sup>208</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 71

<sup>209</sup> No idioma original: “Once the process of inventing options has been completed, the negotiators can proceed to evaluate each one and select the one that maximizes joint gain.” (TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. The negotiation of contractual agreements. Journal of Strategic Contracting and Negotiation. V. I, 85-98, 2015, p. 91)

<sup>210</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. loc. cit.

Assim, desde a criação do valor ou das soluções, as competências distributivas passam a ser necessárias, conjuntamente com as integrativas, para atuação no estágio de reivindicação de valor. Não há uma dissociação total da estratégia integrativa a ponto de se equiparar com a barganha distributiva, nem mesmo na fase de reivindicação. O detalhe está na premissa comportamental de que se as táticas predatórias da barganha distributiva forem transportadas para o plano da negociação integrativa, haverá probabilidade de que o relacionamento como um todo seja prejudicado, tornando insustentável qualquer relação contínua e duradoura. A inclinação pende à existência de uma justiça substantiva na divisão do valor criado, sem a sensação de injustiça ao final da negociação (conquanto isso continue não determinando a existência de eficiência ou não no contrato, permanecendo esta desvinculada da justiça comutativa). Consequentemente, o senso de justiça substantiva, sem a presença de um vencedor ou de um perdedor, gera um incentivo mais forte ao comprometimento com a implementação do contrato e menor chance de fuga deste contrato<sup>211</sup>, favorecendo a negociação de integração à vinculação a um contrato definitivo.

Conforme afirmado acima, a barganha integrativa comumente ocorre quando envolve multiplicidade de questões que tratam de interesses compatíveis, usualmente, no seio de uma em relação duradoura mantida pelas partes. E, da mesma maneira que antes se advertiu, os resultados da barganha integrativa não podem ser observados, em termos de eficiência econômica e de alcance de metas, a partir da concreção de um negócio jurídico isolado entre os negociadores. Quer dizer, os resultados auferidos com a integração devem ser considerados diante de toda a extensão da relação cultivada pelas partes, não apenas desde um movimento do jogo. Isso porque em relacionamento de longo prazo, que é o campo fértil da barganha integrativa, eventualmente um negociador aceitará um resultado subótimo em dada negociação na justa expectativa de uma acomodação recíproca do outro negociador no futuro<sup>212</sup>. Então, em um prazo estendido, o resultado da negociação poderá ser otimamente eficiente, mesmo que em determinado momento não o tenha sido.

---

<sup>211</sup> TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. The negotiation of contractual agreements. *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*. V. I, 85-98, 2015, p. 93 e 94

<sup>212</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. *Fundamentos da Negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 100

Tais considerações sobre este tipo de barganha remetem à conclusão formulada por Edward C. Tomlinson e Roy J. Lewicki<sup>213</sup> no sentido de que a estratégia integrativa constitui-se como a melhor forma de as partes alcançarem um bom contrato, que garanta uma vinculação ótima dos contratantes, sem fuga, bem como que o seu objeto traga resultados que atendam a todos os objetivos individuais e facilite acordos subsequentes.

Conquanto a negociação integrativa seja a mais propícia para agregar maior utilidade em comparação com as condições iniciais dos envolvidos, fato é que ambos os tipos de negociação (integrativa e distributiva) são capazes de conduzir as partes a um contrato que resulte em melhorias de bem-estar, sendo a negociação uma excelente ferramenta de maximização da eficiência.

Nota-se que a abordagem empreendida neste primeiro capítulo discute as tratativas pré-contratuais em um cenário perfeito, independente das fricções causadas pelas externalidades, no qual a preocupação dos agentes está direcionada tão somente para a alocação eficiente dos recursos. Mas, na realidade, nenhuma negociação está livre de certas ineficiências.

À vista disso, sem se desprender dos conceitos econômicos trazidos nesta primeira parte do trabalho, sobretudo, da noção de eficiência, porquanto o contrato sempre será uma operação econômica voltada para a troca de riquezas e ganhos individuais, o próximo capítulo remodelará a ênfase da análise para apurar quais são os empecilhos com que se deparam os particulares durante o processo negocial e quais soluções legais ou privadas auxiliam na redução de tais adversidades.

---

<sup>213</sup> TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. The negotiation of contractual agreements. *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*. V. I, 85-98, 2015, p. 86



## CAPÍTULO II – VICISSITUDES DA FASE PRÉ-CONTRATUAL: CUSTOS DE TRANSAÇÃO, ASSIMETRIA INFORMACIONAL E OPORTUNISMO

### A) O problema dos custos de transação

#### i. A Teoria dos Custos de Transação

A partir das constatações feitas no capítulo anterior, pode-se concluir que a negociação favorece a aproximação e interação entre partes dispostas a cooperarem para definição dos termos de um contrato e, conseqüentemente, dispostas à estipulação da forma mais conveniente de tornar o contrato eficiente, mediante a alocação de recursos a quem mais os valorize e divisão dos benefícios econômicos obtidos.

Porém, obviamente, não é absoluto que toda e qualquer negociação iniciada seja concluída com sucesso, mesmo aquelas com perspectiva de ganho dos resultados esperados por cada um dos agentes. Inevitavelmente, por vezes, negociações iniciadas não são concluídas com êxito, fracassando os negociantes em obter a cooperação.

Uma das explicações acerca do insucesso das negociações pode ser dada a partir da análise dos custos de transação, os quais vêm sendo objeto de estudo da *Law and Economics* desde a sua expansão com a publicação do estudo de Ronald Coase denominado ‘*The Problem of Social Cost*’<sup>214</sup>. Nele Robert Coase abordou os “custos de transação” como desincentivos à negociação<sup>215</sup>, partindo da premissa que é da ausência (= zero) destes custos que se atinge a negociação bem-sucedida, com uso eficiente dos recursos<sup>216</sup>. A partir daí, coube à Análise Econômica do

<sup>214</sup>COASE, Ronald H. *The Problem of Social Cost*. *The Journal of Law and Economics*, 1960, p. 1-44

<sup>215</sup> “In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.” (COASE, op. cit. p. 15)

<sup>216</sup> Sobre a influência do Teorema para a abordagem clássica da *Law and Economics*, ponderam Michael Faure e Hanneke Luth: “Of course, the theorem relies on the heavy assumption of zero-transaction costs; the presence of transaction costs may hence be an important reason for intervention through the legal system. Generally economic analysis holds that such intervention is

Direito<sup>217</sup> traçar contextos e intervalos de valores (custos de transação) nos quais a opção pelo contrato se torna a melhor e mais fácil solução de promoção de trocas eficientes<sup>218</sup>, na medida em que, quando os custos de transação extrapolam os ganhos com o contrato, a opção a ser tomada passa a ser a de não contratar. Fernando Araújo trata sobre a abordagem econômica dos custos de transação:

Na prática, o que essa abordagem teórica vinha enfatizar é que, por um lado, nenhuma relação contratual está isenta de custos, ao menos dos custos de descrição *ex ante* das contingências para o cumprimento das obrigações contratuais e dos custos de verificação *ex post* dessas contingências, e que, por outro lado, toda a relação contratual se situará entre casos-limite de custos demasiado elevados, a impedirem a solução contratual (e a recomendarem a integração), e de custos tão baixos que cabe perguntar se vale a pena qualquer vinculação (a irrelevância dos custos de cobertura dos riscos parece recomendar que se fique pela solução do mercado <<pontual>>).<sup>219</sup>

Para o autor, a teoria dos custos de transação volta-se à identificação da maneira como os custos condicionam as escolhas das partes e por qual modo a lei pode influenciar esses custos, sobretudo para fins de minimizá-los, e orientar esse condicionamento<sup>220</sup>. Pela concepção de Ronald Coase<sup>221</sup>, os custos de transação são falhas de mercado<sup>222</sup> que se materializam como verdadeiros atritos para as negociações, impedindo existir um consenso que, *a prima facie*, seria proveitoso para todos. Fernando Araújo<sup>223</sup>, por isso, trata os custos da negociação como

---

necessary only to correct market failures.” (FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. J Consum Policy, 34, 2011, p. 340)

<sup>217</sup> “A teoria econômica clássica tem pouco interesse nas noções de custos de transação e oportunismo, preferindo estudar os mercados como se as transações ocorressem, em princípio, sem atrito. Bem ao contrário, entre os economistas ditos “institucionalistas” ela ocupa posição central, usualmente referida ao teorema de Coase” (MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 221)

<sup>218</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 161 e 162

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 162

<sup>221</sup> COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics, 1960

<sup>222</sup> Em pesquisa sobre o direito consumerista, Michael Faure e Hanneke Luth identificam os custos de transação como a mais importante falha de mercado, ao lado das informações assimétricas: “The most important market failures in the area of consumer policy are information asymmetries and transaction costs. Transaction costs relate to the costs of transaction initiation and bargaining, such as search costs, processing and storing information, conclusion of the contract, and costs related to the enforcement of the contract.” (FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. J Consum Policy, 34, 2011, p. 340)

<sup>223</sup> ARAÚJO, op. cit. p. 217

ineficiências *ex ante* e afirma que os custos de transação servem de instrumentos de medida pela qual se afere o distanciamento de cada situação concreta com relação a um padrão ideal de eficiente afetação inicial de recursos<sup>224</sup>. Em outras palavras, os custos de transação dizem respeito à diferença entre o potencial melhor resultado da troca, em termos de maximização de bem-estar social, e o resultado real da mesma troca.

Segundo Ejan Mckaay e Stéphane Rousseau<sup>225</sup>, inexistindo custos de transação nenhuma externalidade poderia ocorrer, porque tudo estaria internalizado no contrato<sup>226</sup>. Mas a realidade é diversa, os custos estão presentes ao longo da fase negocial e “[...]o modo de se proceder a contratação é relevante para atenuar esses custos, com efeitos diretos sobre o desempenho econômico”<sup>227</sup>.

Debruçando-se sobre o Teorema de Coase, Robert Cooter e Thomas Ulen são categóricos ao afirmar que as partes conseguem economizar os custos das transações comerciais chegando a um acordo por meio da barganha<sup>228</sup> e definem estes custos como todos aqueles que circunscrevem as transferências de riqueza (trocas), distinguindo-os em três formas: os custos da busca para realização do negócio, os custos da própria negociação e os custos do cumprimento do que restou negociado.

Os custos de transação são os custos das trocas ou comércios. Uma transação comercial tem três passos. Primeiramente, é preciso localizar um parceiro comercial. Isto implica achar alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando. Em segundo lugar, uma negociação tem de ser fechada entre os parceiros comerciais. Uma negociação é alcançada por uma negociação bem-sucedida, que pode incluir a redação de um acordo. Em terceiro lugar, depois de alcançada uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida. O cumprimento implica monitorar o desempenho das partes e punir violações do acordo.<sup>229</sup>

<sup>224</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 201

<sup>225</sup> “A externalidade é simplesmente o nome que se dá aos custos de interação, ou de coordenação, enquanto os recursos concorrentes estão em diferentes mãos. Se estiverem nas mãos de uma só pessoa serão denominados “custos de administração”. (MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 211)

<sup>226</sup> *Ibidem*, p. 218

<sup>227</sup> AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos – uma perspectiva econômica. In SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. (coord.). *Direito e Economia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 114.

<sup>228</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.

102

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 105

Vê-se que, portanto, embora seja inegável que a negociação até o acordo permite às partes a economia de certos custos que surgiriam ao longo da relação contratual, não se pode negar que à própria negociação estão atrelados determinados custos de transação que lhe são inatos, custos que não dizem respeito ao interesse das partes negociantes (não incrementam o excedente cooperativo), mas são indissociáveis do procedimento de troca, pois, invariavelmente, para haver a transação é necessário saber quem deseja negociar, informar a outra parte que há o interesse na negociação e quais são os seus termos e conduzir as negociações com objetivo de concluir um contrato, redigindo-o e, depois, inspecionando-o para se ter a certeza de que os seus termos estão sendo observados. Neste sentido, Ejan Mckaay e Stéphane Rousseau<sup>230</sup> afirmam que os custos de transação são incorporados aos negócios como um custo de produção e são sempre considerados pelas partes.

Porém, por certo não é interessante para um mercado competitivo que tais custos sejam elevados a ponto de ultrapassarem o excedente econômico da permuta, porque o agente, com a intenção de maximizar racionalmente o seu bem-estar ou o seu lucro, somente concordará em concluir a negociação quando tiver a certeza de que o benefício líquido será maior que zero, ou seja, quando o contrato vier a ser celebrado de modo eficiente<sup>231</sup>, com menor custo e maior utilidade<sup>232</sup>.

[...]Os custos de transação têm de ser subtraídos do excedente para calcular o valor líquido da cooperação. [...]Reconhecendo que o valor líquido da negociação é negativo, as partes não irão negociar. Se as partes não negociarem, elas cumprirão a lei de maneira não cooperativa.<sup>233</sup>

<sup>230</sup> MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 211

<sup>231</sup> “[...]na presença de custos de transação, os mercados, sozinhos, não atingirão resultados eficientes sempre que o excedente econômico da transação seja menos que os custos de transação, de forma que não seja vantajoso para as partes concluírem o contrato.” (TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 168)

<sup>232</sup> “Negotiating has costs and parties will weigh the costs of negotiating against the benefits to be derived from a deal that may or may not be reached. During this initial period of uncertainty before a contract is formed, each party must decide when and whether to make investments of various kinds. If a deal is never reached, these investments may be lost forever. If a deal is reached, when and if each of the parties has invested will determine how much of the surplus is available for them to split.” (KOSTRITSKY, Juliet P. *Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem*. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 5)

<sup>233</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.103

Quer dizer, a perspectiva econômica parte do pressuposto de que a negociação se desenvolve e o negócio se concretiza somente quando ambas as partes obtêm vantagens e o custo alto da transação inviabiliza o desfecho da negociação e afasta o mercado do nível ótimo de transações. Saliencia Mário Júlio de Almeida Costa que a extensão dos custos modifica-se de acordo com as particularidades de cada negociação:

[...]cabem vários e sucessivos trâmites, tais como entrevistas e outras formas de diálogo, estudos individuais ou em comum, experiências, consultas de técnicos, viagens de esclarecimento pessoal, redução a escrito de aspectos parcelares ou acordos provisórios e a unificação destes num projecto ou minuta, incitamentos recíprocos a propostas contratuais e, finalmente, a oferta e a aceitação definitivas. Só que a complexidade e a duração – e, por conseguinte, o custo – do *iter negotii* variam de caso para caso: algumas vezes os actos de carácter pré-dispositivo reduzem-se ao mínimo, ao passo que outras vezes se encadeiam numa série morosa e laboriosa, sobretudo quando se movimentam valores econômicos de grande monta.<sup>234</sup>

Tais variações evidenciam a indeterminação de todos os custos da fase negocial *ex ante*, sendo totalmente subjetiva a estimativa dos custos antes do ingresso nas tratativas, a qual é diretamente afetada por fatores como, por exemplo, a estrutura do mercado, o estado da economia, a natureza da competição e a própria estrutura da negociação<sup>235</sup>.

Juliet Kostritsky desenvolveu estudo centrado-se nessa ideia de imprecisão da fase pré-contratual e analisou como a incerteza condicionava o desenvolvimento da negociação<sup>236</sup>, os investimentos de confiança e as condutas oportunistas dos agentes. Com base no conteúdo de sua análise, pode-se concluir que a existência de incertezas contribui para o aumento dos gastos em um processo de negociação. Para a autora, os diversos tipos de incertezas *ex ante* influenciam a forma como as

<sup>234</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 46

<sup>235</sup> BURCHILL, Frank. Walton and McKersy, A Behavioral Theory of Labor Negotiations (1965). Historical Studies in Industrial Relations. Liverpool. v.8, 137-168, 1999, p. 143

<sup>236</sup> “In a real world, however, many frictions and impediments interfere with the parties achieving optimal outcomes. Uncertainties of various types impede parties as each decides whether to enter into a contract with another party” (KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 2)

partes encaram a negociação, modificam o momento das propostas e contrapropostas, alteram a probabilidade de conclusão das negociações com determinada parte e condicionam a conduta dissimulada ou honesta do negociante e o nível de completude do contrato<sup>237</sup>, de maneira que a ausência de incertezas no processo de barganha torná-lo-ia bastante simples.

Even in contracts that involve future performance, if uncertainty did not exist, the bargaining process would be simple and parties could achieve fully contingent contracts that are self-enforcing. Parties could draft complete contracts that took account of all relevant contingencies and events that would affect the payoff and could price those contracts to take account of different possible future events. Even uncertainty about the opportunistic tendencies of one's counterparty could be controlled by detailed contracts that restricted the behavior of one's counterparty and mapped out all the possible choices that would come up.<sup>238</sup>

Contudo, fato é que tanto a incerteza quanto os custos de transação sempre estarão presentes nas negociações e, além disso, o nível de um repercutirá no nível do outro. Segundo Juliet Kostritsky, as partes estão cientes de que o sucesso da colaboração é oneroso e depende de variedade de fatores que requerem uma previsão de como será o estado futuro do mundo, incluindo as condições que estarão fora do seu controle, como as condições do mercado e as decisões e ações da contraparte<sup>239</sup>. Estabelecendo uma relação entre incerteza e custos de transação<sup>240</sup>, a autora afirma que muitas das incertezas relacionadas ao futuro

---

<sup>237</sup> "Many types of uncertainty exist *ex ante* that affect how parties bargain, the timing of offers, the relative probability of a deal with a particular party and the incentive to dissemble or to be honest to one's counterparty, and the ability to reach a complete contract." (KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 10)

<sup>238</sup> Livremente traduzido: "Mesmo em contratos que envolvem performance futura, se incertezas não existissem, o processo de negociação seria simples e as partes poderiam plenamente alcançar contratos condicionais autoaplicáveis. As partes poderiam redigir contratos completos, considerando todas as condições e eventos relevantes que afetariam o resultado, e poderiam fixar o preço dos contratos levando em conta os diferentes eventos futuros possíveis. Mesmo a incerteza sobre as tendências oportunistas da parte contrária poderia ser controlada por contratos detalhados, que restringiriam o comportamento de uma contraparte e mapeariam todas as possíveis opções possíveis de surgir." (KOSTRITSKY, op cit. p. 12)

<sup>239</sup> "[...]each party knows that the success of the collaboration depends on a variety of factors that require a prediction as to future states of the world, including market conditions (or, more broadly, conditions beyond the control of either party) and the decisions and actions of the other party." (KOSTRITSKY, op. cit. p. 3)

<sup>240</sup> "Parties may proceed on their own with search costs to mitigate uncertainty to determine whether gains from trade exist, etc. When we talk about potential bargains then we are always talking about

podem ser reduzidas pela própria negociação, quando as partes incorrem em custos de busca e fazem investimentos para adquirir informações<sup>241</sup> e, também, que algumas das incertezas acabam sendo resolvidas pela própria negociação, com seu prolongamento<sup>242</sup>.

## ii. Os custos da fase negocial

Adotando-se a tripartição dos custos de transação dada por Robert Cooter e Thomas Ulen, acima referida, os custos envolvidos na negociação *ex ante* são os de busca e os da negociação propriamente dita. Auxilia na identificação destes custos o modelo de processo de negociação idealizado por Leonard Greenhalgh<sup>243</sup>, composto por sete etapas sucessivas e interdependentes<sup>244</sup>, especificamente, de preparação, na qual se definem as metas; de construção do relacionamento, em que há aproximação das partes; de coleta de informações; de uso das informações, como forma de aumento do *poder* de barganha; das ofertas entre as partes; do fechamento do acordo, com a construção do compromisso; e, por fim, de implementação do acordo, fase esta em que será possível aferir empiricamente se a negociação atingiu nível ótimo de maximização do bem-estar ou, por alguma falha, não. Verifica-se, portanto, que os custos da negociação passam a dizer respeito, basicamente, aos custos compreendidos na construção do relacionamento, na coleta e no compartilhamento de informações, bem como no custo para confecção do contrato, cabendo às partes, além de identificá-los (os custos), mensurá-los para aferirem se há viabilidade econômica na troca ou não<sup>245</sup>, sendo inarredável que em

---

reciprocal uncertainty because each party is uncertain about the costs and benefits of a potential bargain.” (KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 13)

<sup>241</sup> *Ibidem*, p. 4

<sup>242</sup> “Some of these uncertainties, particularly those relating to future status of the world, may be resolved by negotiating with another party over time since time itself may resolve some issues.” (KOSTRITSKY, *op. cit.* p. 4)

<sup>243</sup> GREENHALGH, Leonard. *Managing strategic relationships*. New York: Free Press, 2001.

<sup>244</sup> “[...]as falhas nas fases anteriores ficam aparentes na implementação, e o acordo talvez tenha de ser visado para que essas questões sejam negociadas por um mediador, um árbitro, ou mesmo um tribunal.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. *Fundamentos da Negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 104)

<sup>245</sup> “[...]a decisão inicial de contratar pode analisar-se como uma simples ponderação de custos de transação, a comparação dos ganhos esperados com esses custos de organização prévia, determinando um certo grau de acabamento eficiente[...]” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 217 e 218).

determinados casos, segundo Ronald Coase<sup>246</sup>, estas operações serão custosas o suficiente para inibir diversas contratações que seriam obtidas em um mercado sem custos.

Nesta linha, os custos da fase negocial surgirão a partir da tentativa de localizar alguém com quem começar a negociação, aquele outro negociante que possua o recurso almejado, como, por exemplo, encontrar quem venda um imóvel em determinado local, um carro de certo ano, uma franqueadora de determinada marca ou um franqueado interessado no investimento inicial. Mensuram-se os custos, então, a partir da especificidade e trivialidade dos interesses a negociar: quanto mais comum e habitual, menos dispendiosa a negociação. Conforme sintetizam Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>247</sup>, parte a negociação dos custos de achar alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando, sendo altos para bens ou serviços singulares, e baixos para bens ou serviços padronizados.

Conforme ensina Steven Shavell<sup>248</sup>, os esforços de busca compreendem o tempo e os recursos investidos na busca e investigação das oportunidades de contrato, pois somente assim o pretense contratante poderá colher e tomar a melhor decisão diante das alternativas de mercado. Acentua-se desde esse princípio o comportamento racional do indivíduo, que o fará ponderar sobre suas escolhas, até o limite em que os custos da busca não ultrapassem o benefício que o bem lhe trará<sup>249</sup>, ou seja, que possam ser recuperados quando executado o contrato<sup>250</sup>.

Exemplifica-se com a comparação entre a procura por uma caneta esférica de uso corriqueiro e um computador, ambos para atividade em um escritório. O comprador sabe que há abundância de ambos os produtos no varejo, de tal modo que não será obstáculo localizar alguém que queira com ele negociar. O custo de ambos é baixo até então, mas as semelhanças param por aí. No caso da caneta,

---

<sup>246</sup> COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, 1960, p. 15

<sup>247</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 105

<sup>248</sup> SHAVELL, Steve. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, MA (EUA) : Harvard University Press, 2004, p.1

<sup>249</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia. Textos escolhidos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 25.

<sup>250</sup> "Some of these search costs may be significant and parties' willingness to undertake such costs "depends on whether they can be recouped" in an ultimate contract." (KOSTRITSKY, Juliet P. *Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem*. in *Case Research Paper Series in Legal Studies*. Case Western Reserve, 2008, p. 14)



racionalmente, o comprador não fará mais do que uma investida à loja de materiais de escritório, tampouco se preocupará com a pesquisa de preço entre dois ou mais vendedores, assim como não recorrerá a fontes para saber qual a melhor opção de compra. Do contrário, a prática demonstra que na busca pela compra de um computador, o comprador tentará se informar mais sobre as qualidades técnicas do produto, bem como sobre a sua garantia, será diligente com relação à pesquisa de preço e, eventualmente, visitará mais de uma vez a mesma ou outras lojas, acarretando, com isso, em maiores gastos para a busca do bem que será objeto da negociação.

Após esta definição haverá o início das negociações, marcado pela contrariedade de uma das partes em relação à proposta da outra, conforme visto no capítulo anterior, assim como o seu desenvolvimento até a obtenção de um acordo, o que necessariamente demanda que os negociantes se comuniquem constantemente, sendo a qualidade desta comunicação fator que influencia no nível dos custos. Afetam diretamente sobre os custos o número de participantes da negociação, a intensidade da comunicação, conforme a urgência das partes em cedo estabelecer um contrato, o contexto ambiental<sup>251</sup>, sopesando a distância territorial entre os negociantes, e fatores eminentemente psicológicos dos agentes, os quais tornam mais custosa a negociação quando as partes carregarem uma carga de hostilidade ou comportamento insensato, sugerindo que incrementem seus gastos com a contratação de mediadores para condução das tratativas.

A comunicação entre duas partes costuma ser menos custosa, sobretudo, quando não há barreiras físicas para serem transpostas, resultando a conclusão de que, quanto maior o número de partes e mais distante estiverem, mais dispendioso e difícil se torna o contato<sup>252</sup>. Com efeito, a comunicação entre duas partes próximas não se mostra complexa como aquela estabelecida entre duas ou mais partes que estão situadas em territórios diversos, com culturas<sup>253</sup>, idiomas e ordenamentos jurídicos diferentes<sup>254</sup>.

---

<sup>251</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 248

<sup>252</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.106

<sup>253</sup> “[...]São necessários anos para compreender uma cultura em detalhe, e os negociadores normalmente não têm tempo suficiente para obter essa compreensão antes da negociação. Embora um pouco de conhecimento sobre a outra cultura seja melhor do que nada, ele talvez não baste para

Entre partes próximas, num contexto físico, a comunicação em si basicamente gerará custos de oportunidade com o tempo gasto para ambas as partes se encontrarem e eventual investimento com local neutro para reuniões. Entretanto, quando a comunicação se dá entre negociantes que estão fisicamente impedidos de se encontrarem e, mormente, que estejam em territórios diferentes, os custos tendem a ser mais elevados, pois interessa às partes que o contrato seja cumprido independente das leis a que será submetido, demandando total inteiração sobre os sistemas jurídicos aplicáveis à relação jurídica<sup>255</sup>, assim como a redação de cláusulas específicas, de acordo com as normas de cada localidade<sup>256</sup>.

---

que o negociador faça os ajustes necessários na sua estratégia.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. op. cit. p. 262)

<sup>254</sup> “O fator distância é outro obstáculo técnico à negociação internacional. Muitas vezes não é possível que as partes estejam frente a frente, e as tratativas devem prosseguir. Nessas hipóteses, desempenha papel fundamental a reunião das técnicas das telecomunicações como as da informática, que já produziram e estão produzindo efeitos importantes no mundo jurídico.” (BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, conclusão e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.151)

<sup>255</sup> “[...]É preciso, então, que o contrato possa se manter e ser eficaz independentemente do juiz competente ou da lei que lhe for aplicável. Deve, portanto, ser completo e compreender todas as possíveis hipóteses para que produza os efeitos desejados em qualquer local. Para tanto, é preciso que se observe a precisão da linguagem, exigindo-se especial cuidado com a redação do contrato.” (BASSO, op. cit. p.150)

<sup>256</sup> Ao examinar as negociações internacionais, Jeswald S. Salacuse aponta seis particularidades com as quais os negociantes se deparam em um contexto ambiental de diversidade, quais sejam o pluralismo político e jurídico, a economia, governos e burocracias, a instabilidade e mudanças repentinas, a ideologia e a cultura: “In general terms, international business negotiations are conditioned by six fundamental constraints: 1. Political and legal pluralism; 2. International monetary factors; 3. the role of governments and bureaucracies; 4. Instability and sudden change; 5. ideological diversity; and 6. cultural differences. Together these six factors constitute a framework for analyzing the negotiation of international business transactions and perhaps eventually for building a general theory of international deal-making.” (SALACUSE, Jeswald. Making deals in strange places: A Seginner’s guide to international business negotiations. Negotiation Journal, v.4, jan. 1988, p. 6). Com base no estudo de Jeswald Salacuse, os autores Roy J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry abordam as problemáticas das negociações internacionais e transculturais da seguinte forma: “O pluralismo político e jurídico. [...]As possíveis implicações dessas diferenças dizem respeito aos tributos que essas empresas têm de recolher, às leis e condutas trabalhistas que devem obedecer, e aos códigos da lei de contratos e padrões de promulgação de leis que suas atividades devem respeitar (isto é, o sistema jurídico em vigor no outro país – o direito jurisprudencial ou o direito consuetudinário – ou mesmo a ausência de um sistema jurídico). Além disso, dependendo do momento, as considerações de natureza política podem ajudar ou atrapalhar negociações em outros países. [...] A economia internacional. Taxas de câmbio são flutuantes por natureza. [...]De modo geral, o risco é maior para a parte que precisa pagar na moeda corrente de outro país. Quanto menos estável for essa moeda, maior o risco, para ambas as partes. Além disso, qualquer variação no valor de uma moeda (para cima ou para baixo) pode influenciar o valor definido no acordo, afetando ambas as partes de forma significativa. Isso faz com que um acordo mutuamente interessante se manifeste como um lucro expressivo para uma e um prejuízo enorme para a outra. [...]A instabilidade. [...]Durante uma negociação, a instabilidade se manifesta de diversas formas, como a falta de recursos (papel, eletricidade, computadores), a escassez de outros (alimentos, transporte confiável, água potável) e reveses políticos (golpes de estado, mudanças abruptas nas políticas econômicas e grandes desvalorizações da moeda corrente em um país). O desafio que os negociadores internacionais precisam enfrentar consiste em prever essas oscilações com precisão e antecipação

Daí observa-se, ante a necessidade “[...]de haver esforço implicado em negociações, contactos, discussões, reuniões, comunicações, deslocações, toda a actividade de aproximação entre as partes, de convergência negocial<sup>257</sup>”, que os custos da negociação tornam a solução contratual uma alternativa inicialmente mais cara do que a opção de mercado, porém, diante da possibilidade de prevenção e alocação de riscos *ex post*, a solução contratual pode acabar se tornando mecanismo de grande utilidade para erradicar custos *ex post* desnecessários, os quais tornariam a opção pelo mercado a mais custosa.

Quando as partes conseguem, em negociação, estabelecer precauções e promover distribuições de riscos de modo diverso daquele oferecido pela governança, tais acertos deverão necessariamente constar no teor do contrato, sob pena de a negociação realizada não gerar qualquer eficácia, permanecendo os contratantes submetidos às soluções dadas pelas normas dispositivas e pelo mercado.

Com efeito, a repartição dos riscos e a redação do contrato compõem a fase mais importante do período negocial<sup>258</sup> e implicam momento das negociações em que os custos mais se acentuam, seja ela feita entre negociantes próximos ou distantes. A importância de um contrato bem redigido é que será mais fácil, no futuro, no seio da relação contratual, garantir sua execução, conforme compartilham Ejan Mckaay e Stéphane Rousseau<sup>259</sup>, que afirmam que a confecção de um clausulado negocial mais detalhado vacina a relação jurídica contra a má execução

---

suficientes para se adaptarem às consequências que possam acarretar. Salacuse sugere que as negociações feitas em circunstâncias instáveis incluam cláusulas contratuais que contemplem o cancelamento do acordo ou a arbitragem por terceiros, além de apólices de seguro que ofereçam alguma proteção em caso de quebra de contrato. A ideologia. [...]Os conflitos de natureza ideológica são os que mais intensificam os desafios da comunicação nas negociações internacionais, porque as partes muitas vezes têm diferenças muito grandes sobre o que está sendo negociados.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 249 e 251)

<sup>257</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 203

<sup>258</sup> “O que é indesmentível é que um dos objectivos mais relevantes da maior parte dos contratos é o da partilha do risco entre as partes – e que muito daquilo que se passa no seio da negociação, da estipulação e da relação contratuais só ganha verdadeiro significado se tomarmos em conta esse objectivo, nem sequer precisando, para demonstrá-lo, de recorrer a forma contratuais ostensivamente destinadas à gestão bilateral de riscos, como aquelas que têm por objecto os <<futuros>>, os <<forwards>>, e tantas outras.” (ARAÚJO, op. cit. p. 297 e 298)

<sup>259</sup> “Celebrado o contrato, é preciso garantir sua regular execução. Isso enseja custos de fiscalização e de sanção. Esses custos podem ter muitas ramificações porque, algumas vezes, é possível se precaver contra a má execução mediante clausulado negocial mais detalhado ou criando reputação de confiabilidade (na prestação de serviço) ou de severidade (tratando-se de sancionar a má execução), por exemplo.” (MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Económica do Direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 220)

da avença por reduzir os custos da fiscalização de seu cumprimento e de sanção caso haja descumprimento por uma das partes.

Nesta esteira, os maiores custos esperados são aqueles necessários para a própria redação das cláusulas, porquanto os *players* devem ventilar hipóteses, calcular probabilidades, imaginar possíveis benefícios e custos, redigir o contrato, submetê-lo ao *expertise* de advogados, entre outros fatores<sup>260</sup>, restando obviados os negociantes de colocarem todas as obrigações relevantes no instrumento, na medida em que as incertezas do futuro e a elevação dos custos de transação os proíbem<sup>261</sup>, de modo que, naturalmente, resultam incompletos os contratos – quer dizer, omissos quanto à descrição de todos os riscos possíveis, sobretudo daqueles com pouca probabilidade de ocorrência, e omissos quanto a todos os custos de transação<sup>262</sup>.

Portanto, é natural que os contratos ingressem no mundo jurídico de forma incompleta<sup>263</sup>, seja pela incerteza de acontecimento futuro, seja pela dinâmica dos custos de transação.

Não há doutrina que defenda o contrário. Analisando a negociação pela perspectiva econômica, extraem-se robustos fundamentos para a incompletude dos contratos<sup>264</sup>, eis que se encontram, especificamente na teoria dos custos de

---

<sup>260</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 168.

<sup>261</sup> POSNER, Eric. Análise Econômica do Direito Contratual. Sucesso ou fracasso? São Paulo : Saraiva, 2010, p. 50

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 18

<sup>263</sup> [...]é frequente verificar-se que a negociação dos contratos nem sempre revela um adequado nível de previsão e de explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, nomeadamente a descrição mais exaustiva do objecto do contrato, a enumeração das contingências susceptíveis de interferirem na onerosidade do contrato, a definição dos <<standards>> de cumprimento, de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, e o estabelecimento de um quadro preventivo ou sancionatório – sendo essa insuficiência *ex ante* que propicia a eclosão de conflitos durante a relação contratual, mesmo dentro da margem que bilateralmente se aceite como sendo a da <<boa fé>>. Por contraste, um contrato mais completo, quiçá mesmo um contrato contextualmente completo[...], seria aquele que especificaria todas as obrigações para cada uma das partes em cada uma das contingências que podem afectar a onerosidade do contrato. (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 148)

<sup>264</sup> Ao tratar do inacabamento eficiente do contrato, Fernando Araújo pondera: “[...]o inacabamento contratual é a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico eivado de imperfeições e incertezas – é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações quando as resultantes estipulações não erradicariam ou cobririam eficiente os riscos subsistentes, ou quando elas se tornassem insuceptíveis de desencadear reacções tutelares adequadas.” (ARAÚJO, op. cit. p. 151)

transação, justificativas para a limitação das cláusulas contratuais e para a opção dos riscos que deverão ser objeto de repartição entre os agentes no contrato<sup>265</sup>.

Com efeito, porque o custo de redação de cláusulas contratuais é sempre superior a zero, a previsão e redação de inúmeras contingências alteram significativamente o valor da negociação. O custo de transação guarda íntima relação de proporcionalidade com o número de condições acertadas, na medida em que, quanto menor o número de condições, mais *barato* o contrato, ao passo que quanto mais condições, mais oneroso o acordo.

[...]a elaboração e a execução de um contrato tende a tornar-se mais dispendiosa quanto mais extensos são os riscos que pretende recobrir – quanto mais amplo e detalhado é o panorama de contingências que, sendo susceptíveis de interferirem nos resultados pretendidos, se pretende recobrir e levar em conta no desempenho dos deveres emergentes do contrato. Um contrato mais incompleto aproximar-se-á do mercado <<pontual>>, seja na flexibilidade seja na exposição a riscos; um contrato mais completo, ao invés, perderá flexibilidade o que pode ganhar em erradicação ou cobertura de riscos – mas fá-lo-á, ao menos a partir de certo ponto, a custos crescentes, a <<custos de transacção>> que, neste contexto, podemos designar como <<custos de governo>>, custos de especificação de formas e partilha e gestão do risco.<sup>266</sup>

Logo, conforme define Fernando Araújo<sup>267</sup>, os custos de transação, notadamente os de negociação e especificação de cláusulas detalhadas, materializam-se como razões estruturais que contribuem para o inacabamento contratual. Desta forma, os riscos remotos não justificam o custo de sua alocação<sup>268</sup>,

---

<sup>265</sup> Foi a teoria dos custos de transacção, fortemente apoiada em comprovação empírica, que precisamente veio demonstrar não apenas ser possível um contínuo de gradações intermédias de completamento, influenciando, com essa diversidade de níveis, a índole das transacções contratuais, mas também ser possível uma reformulação do conceito de <<contrato completo>>, fazendo-o descer, de <<conceito regulador>>, para o plano de concretização de um máximo de acabamento dentro das possibilidades abertas por um específico quadro de custos de transacção. É como se se dissesse que o grau de inacabamento contratual passa a ser objecto de uma escolha, com ponderação de: -custos marginais, os <<custos de completamento>> que podem envolver custos de informação, de negociação, e até de inadaptação e de renegociação de um mau contrato que esteja <<demasiado completo>>; -benefícios marginais do <<completamento>>, como a redução ou eliminação de problemas de oportunismo e a redução da necessidade de renegociação *ex post*.” (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 161)

<sup>266</sup> *Ibidem*, p. 149

<sup>267</sup> *Ibidem*, p. 158

<sup>268</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 223

razão pela qual somente algumas cláusulas serão estipuladas e os contratos nunca serão completos<sup>269</sup>.

[...]Em termos de eficiência, dir-se-á que o inacabamento se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo, de um acordo em que tivessem sido levadas em conta, no clausulado final, todas as variáveis que podem ter um impacto nas condições da relação entre as partes pela duração do acordo.<sup>270</sup>

Então, as cláusulas redigidas serão não mais do que aquelas cujo benefício esperado seja superior a seu custo esperado<sup>271</sup>, esbarrando o esforço das partes de formalização de um contrato completo nesta ponderação do custo-benefício<sup>272</sup>, ou seja, quando a precificação da disposição não for compensada pela eficácia da cláusula *ex-post*, tornando-se desinteressante a negociação a partir do momento em que passa a haver dificuldade na estipulação de deveres suplementares que produzam eficácia (nas palavras de Fernando Araújo<sup>273</sup>, que não sejam supervisionáveis pela contraparte ou sindicáveis por um terceiro) ou, mesmo que eficaz, sua aplicação seja tão remota a ponto de não justificar sua alocação *ex-ante*. Em geral, ficarão sem regulamentação contratual os eventos de baixa probabilidade de ocorrência<sup>274</sup> e aqueles que não interferirão no cumprimento do contrato<sup>275</sup>.

<sup>269</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 168

<sup>270</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 151

<sup>271</sup> “[...]É preciso analisar os benefícios esperados de uma cláusula e compará-los com os custos esperados dessa mesma cláusula. Os benefícios esperados ( $B_e$ ) são determinados pela seguinte fórmula:  $B_e = B \times P_b$ , onde B representa os benefícios totais gerados e  $P_b$  a probabilidade desses benefícios ocorrerem. Já os custos esperados ( $C_e$ ) são calculados pela fórmula  $C_e = C \times P_c$ , onde C representa os custos totais incorridos e  $P_c$  a probabilidade de esses custos ocorrerem. Uma medida é então considerada eficiente quando a diferença  $B_e - C_e$  é maximizada.” (TIMM, op. cit. p. 168)

<sup>272</sup> ARAÚJO, op. cit. p. 148

<sup>273</sup> *Ibidem*

<sup>274</sup> “There are several types of reasons for the incompleteness of contracts, that is, for why parties find it in their mutual interest to leave contracts incomplete. One category of reasons concerns the effort and cost of anticipating possible contingencies, bargaining about their resolution (given that they are anticipated), and then describing them adequately in contracts. In particular, parties will tend not to specify terms for low probability events, because the expected loss from this type of exclusion will be minimal, whereas the cost of including the terms would be borne with certainty. For example, it might take 15 minutes to discuss and include a term about what to do if the photographer is involved in a car accident on the way to the wedding, but if the likelihood of such an event is quite low, it will not be worth the parties’ while to include a provision for such an outcome in the contract.” (SHAVELL, Steve. Foundations of economic analysis of law. Cambridge, MA (EUA) : Harvard University Press, 2004, cap. 13, p.6)

<sup>275</sup> “[...]incompleteness may not matter at all because it may concern contractually irrelevant events. There are a multitude of such irrelevant events – for example, whether it rains in China will be

Assim, a negociação circundará uma área de estipulação referente ao intervalo da relação de custos e riscos, dentro do qual é produtora proceder a elaboração de um clausulado contratual detalhado, caso contrário, estando fora, conveniente às partes deixarem lacunas no contrato<sup>276</sup>.

Pense na diferença de custos de transação entre a alocação de riscos e perdas. Se as partes negociarem condições explícitas para alocar os riscos, certamente arcarão com custos de transação. Se elas deixarem uma lacuna, arcarão com custos de transação com uma probabilidade positiva. O custo de transação esperado de uma lacuna no contrato é igual à probabilidade de que o prejuízo se efetive multiplicada pelo custo de sua alocação. As partes esperam economizar custos de transação deixando lacunas em contratos sempre que o custo efetivo da negociação de condições explícitas exceda o custo esperado do preenchimento de uma lacuna.<sup>277</sup>

Para compreensão, considera-se “risco *ex ante*” o risco de prejuízos futuros lidados ao negociar um contrato e “prejuízos *ex post*” os prejuízos que de fato acontecem depois da formação do contrato. Portanto, a redação da cláusula prevendo a alocação do risco<sup>278</sup> dependerá, naquela relação de custo e risco, da estimativa do benefício que o *player* terá se alocar riscos *ex ante* ou alocar prejuízos *ex post*<sup>279</sup>. Assim, tem-se que a regra para minimização dos custos de transação deve se orientar pela seguinte lógica<sup>280</sup>:

➤ Não redigir cláusula com alocação de risco quando

Custos da alocação do risco > (maior que) Custo da alocação do prejuízo x (multiplicado pela) probabilidade de ocorrência do prejuízo;

---

irrelevant to the parties to the wedding photography contract – and parties obviously will not specify terms for irrelevant events because of the positive cost of so doing.” (SHAVELL, op. cit. cap. 13, p.7)

<sup>276</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 151

<sup>277</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 223

<sup>278</sup> “[...]na ausência de custos de transação, os direitos são direcionados às partes que mais os valorizam, enquanto as obrigações e os riscos são repassados à parte que pode lidar com eles da forma menos custosa. Em outras palavras, as obrigações e os riscos são assumidos pelo *cheapest cost avoider*[...]” (TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 168)

<sup>279</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 223

<sup>280</sup> *Ibidem*

➤ Redigir cláusula com alocação de risco quando

Custo da alocação do risco < (menor que) Custo da alocação do prejuízo x (multiplicado pela) probabilidade do prejuízo

A variação do custo de alocação do risco *ex-ante*, referida por esta fórmula de minimização de custos, decorre da sua relação com dois fatores, quais sejam a incerteza sobre determinada previsão de risco e a racionalidade limitada das partes.

O primeiro fator (incerteza) é característico da fase de negociação e diz respeito à dificuldade dos negociantes em preverem, mesmo sabendo que se trata de contingência possível, qual a probabilidade de que aconteça ou não a determinada situação no seio da relação contratual, e o segundo (racionalidade limitada) é conceito básico da economia e compreende que os negociantes não estão aptos a preverem todas as possíveis contingências que surgirão durante a relação contratual, impedindo-as de esgotarem o contrato com o domínio das estipulações possíveis<sup>281</sup>.

Caberá ao ordenamento jurídico fornecer as alternativas para o preenchimento de eventuais lacunas que venham a ser deixadas no contrato na fase de negociação, seja por meio de normas ou pela atividade dos tribunais, cumprindo com a função de mitigar os custos e remover os impedimentos aos acordos privados<sup>282</sup>. Pela perspectiva normativa da Análise Econômica, o ordenamento jurídico e a aplicação do direito pelos tribunais devem garantir que mesmo sem distribuição do risco *ex-ante* de baixa probabilidade a sua ocorrência *ex-post* não acabará impedindo o cumprimento do contrato.

Neste sentido, não se pode olvidar que, em países do sistema *civil law*, todo esse incentivo – de não negociação da alocação de riscos com baixa probabilidade de ocorrência ou de não negociação da destinação do risco, mesmo provável, àquele que pode suportar de forma menos onerosa o seu acontecimento – vincula-

<sup>281</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 152

<sup>282</sup> Para Robert Cooter e Thomas Ulen umas das finalidades do direito contratual é minimizar os custos de transação da negociação de contratos fornecendo condições e regulamentações supletivas eficientes. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 225)



se, sobretudo, ao conteúdo das normas supletivas aplicáveis ao negócio jurídico objeto das tratativas, as quais são, segundo Enzo Roppo, ante a natural incompletude do contrato, as verdadeiras responsáveis pelo regulamento e efeitos do contrato, *in verbis*:

*A função meramente subsidiária ou supletiva, própria das normas dispositivas, não deve levar a subvalorizar a sua importância prática, para o fim da concreta determinação de grande número dos regulamentos contratuais: a sua relevância real, deste ponto de vista, é ao contrário importantíssima. Na verdade, são poucos os contratos nos quais as partes chegam a acordar tantas cláusulas quantos são os aspectos e as eventualidades da relação tomada em consideração pelas normas dispositivas, e a formulá-las em sentido diverso daquilo que nestas é estabelecido [...] o regulamento e os efeitos contratuais acabam, de facto, por ser determinados justamente pelo complexo de normas dispositivas.*<sup>283</sup>

Em outras palavras, haverá incentivos de não negociação de cláusulas às partes quando as normas supletivas correspondentes ao objeto do contrato estiverem previstas de forma eficiente, ou seja, quando forem capazes de fornecer, a reduzidos custos, segurança de complementaridade das eventuais lacunas deixadas nos contratos, com antecipação da distribuição dos direitos e das obrigações, isto é, quando o resultado de sua previsão for o mesmo que hipoteticamente as partes encontrariam se racionalmente dispusessem sobre determinada condição.

O que é essencial na opção pelas normas supletivas é, do prisma económico, o intuito de promover a eficiência *ex ante*, fornecendo às partes critérios e limites predispostos – que as ajudem a elaborar programas de condutas, a fixarem inequívocas adstrições a deveres e a distribuírem riscos entre elas, tudo com o máximo de eficiência <<procedimental>> e com um mínimo de vassalagem às intenções <<substantivas>> das partes.<sup>284</sup>

Portanto, quanto mais as normas supletivas contemplarem a alocação eficiente dos riscos e prejuízos *ex post*, mais confortáveis estarão as partes com a

<sup>283</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p. 188

<sup>284</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p.529

opção do contrato incompleto e, assim, elaborarão cada vez mais enxuto clausulado contratual<sup>285</sup>.

### iii. Influência dos custos no nível de informação

Não é inoportuno dizer também que a alocação dos riscos do contrato e a concretização do negócio jurídico dependerão da quantidade de informação que cada uma das partes dispõe na barganha.

O objetivo de cada parte antes e ao longo das tratativas é tornar o maior número de informações privadas em informações públicas, sejam elas relacionadas com as intenções da contraparte, tal como o seu ponto de resistência, ou com as peculiaridades do bem ou do serviço objeto do contrato. Trata-se de um poderoso método para eliminação das incertezas *ex-ante*<sup>286</sup>.

Será o nível ótimo de informação tornada pública que aproximará os negociantes do nível ótimo de condições razoáveis para a cooperação, na medida em que informações privadas geralmente emperram as negociações.

[...]Os teóricos dos jogos dizem que as informações são “públicas” em negociações quando cada parte conhece esses valores. (Eles designam essas negociações como situação de “conhecimento comum”). Inversamente, a informação é “privada” quando uma das partes conhece alguns desses valores e a outra não. Se as partes conhecem os valores de ameaça e a solução cooperativa, elas podem calcular condições razoáveis para cooperação. Em geral, as

<sup>285</sup> “As partes aproximam-se do contrato munidas de direitos de apropriação que definem basicamente as suas <<disposições negociais>>, e propõem-se proceder a investimentos específicos, investimentos <<na relação contratual>>, na medida em que a relação lhes assegure estabilidade e continuidade na interdependência entre as partes. Ora o contrato incompleto, assegurando a um nível adequado de custos uma <<estrutura de governo>> verdadeiramente operativa e até uma <<ponte>> com outras formas de <<governo>> que, face aos riscos envolvidos, possam representar, dentro de certos limites, soluções mais eficientes do que a do completamento contratual, afigurar-se-á ser a melhor escolha, e mais ainda se levarmos em conta as virtualidades <<relacionais>> que adevêm da circunstância de o inacabamento *ex ante* representar abertura *ex post* ao ajustamento <<dialético>> das posições das partes, uma vez verificadas as principais contingências susceptíveis de afectarem os resultados visados por elas.” (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 154 e 155)

<sup>286</sup> “One major tool that each party has for contracting or negotiating in the face of uncertainty and that is used in precontractual negotiations is to solicit information from the other party that will reveal qualities that will be valuable in helping the putative offeror decide whether to make an offer and if so, on what terms.” (KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 15)

informações públicas facilitam o acordo possibilitando que as partes calculem condições razoáveis para cooperação. Consequentemente, as negociações tendem a ser simples e fáceis quando as informações sobre os valores de ameaça e a solução cooperativa são públicas. Para ilustrar: as negociações para a venda de uma melancia são simples porque não há muito que se tenha de conhecer a respeito dela.<sup>287</sup>

A quantidade maior de informação disponível torna extremamente salutar o desenvolvimento das negociações, eis que, assim como na ausência de incentivos de reciprocidade ou de tutela normativa, na ausência de informação os contratos tendem a não nascer<sup>288</sup>.

Ou seja, a troca de informações é fundamental para o desenvolvimento das negociações, pois permite que as partes apresentem seus interesses e expectativas progressivamente<sup>289</sup>, afirmando-se como parte da composição do contrato, de modo que o incumprimento dos deveres informativos se correlacionam muitas vezes ao incumprimento da própria avença. Sem esta troca não haverá como alcançar o consentimento informado<sup>290</sup> e a negociação será eivada de julgamentos imprecisos, sobretudo, acerca dos interesses da outra parte<sup>291</sup>, prejudicando a maximização dos resultados.

---

<sup>287</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.105

<sup>288</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 50

<sup>289</sup> "This freer flow of information should allow each party to reveal their interests and relative priority among issues. In this way, negotiators may find some issues where their preferences are common (i.e. both parties have the same superordinate goal), compatible (i.e. both generally prefer the same settlement value), different (e.g. across two issues, one party strongly prefers a high value on the first issue and places no value on the second, whereas the second party prefers a high value on the second issue and places no value on the first), and opposed (i.e. the parties have inverse priorities, such as when a job candidate prefers a higher salary and the employer prefers to pay a lower salary)". (TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. *The negotiation of contractual agreements*. *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*. V. 1, 85-98, 2015, p.85)

<sup>290</sup> USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos Contratos. Temas atuais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 50

<sup>291</sup> "Thompson and Hastie (1990, in press) hypothesized that misperceptions of the other party are a primary cause of suboptimal outcomes in negotiation[...]. Thompson and Hastie (1990, in press) measured negotiators' perceptions several times during negotiation and found that judgment accuracy was strongly related to negotiation outcomes: negotiators who made accurate priority and compatibility judgments attained higher joint outcomes than did those who made fixed-pie and incompatibility errors. The conclusion was that negotiators' perceptions influence their behavior and the quality of their outcomes." (THOMPSON, Leigh. *Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues*. Washington: Psychological Bulletin, v.108, nº. 3, 1990, p. 525)

Assim, o baixo nível de troca de informação culmina em acordos menos benéficos do que poderiam ser<sup>292</sup>, pois as partes estarão incapacitadas de maximizar as informações disponíveis<sup>293</sup>.

Conforme defendem Roy J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry<sup>294</sup>, em situações de barganhas integrativas (ganha-ganha), o aumento do excedente cooperativo para posterior rateio muitas vezes fica impossibilitado ou prejudicado pela “[...]dificuldade em trocar informações suficientes, que permitiriam que as partes identificassem opções integrativas”. Por lógica inversa, os mesmos autores<sup>295</sup> definem que a troca eficiente de informações promove o desenvolvimento de ganhos conjuntos maiores, favorecendo soluções integrativas de qualidade, de modo que cabe aos negociadores criar as condições para uma discussão livre e aberta sobre todas as questões e problemas afins. Em uma barganha distributiva, por sua vez, a troca eficiente de informações propicia, pelo lado do ganho social, a melhor alocação do recurso e, pela perspectiva do ganho individual, influencia a divisão do excedente cooperativo.

Do ponto de vista prático, Charles Craver<sup>296</sup> entende que as partes devem proceder com cautela durante o estágio de informação, porque leva certo tempo para a parte questionada decidir se deve divulgar e quando deve divulgar a informação que detém. Para o autor, a paciência é usualmente recompensada com a obtenção de um conhecimento maior, de maneira que aqueles que se precipitam e abreviam o estágio informacional normalmente não coletam dados importantes e alcançam menos benefícios que os acordos obtidos com um processo de questionamento mais extenso. Por outro lado, o prolongamento excessivo do estágio informacional pode resultar em perda de utilidade de algumas das informações obtidas, tornando o investimento realizado anteriormente para acesso à determinada informação em investimento perdido. Fernando Araújo compartilha dessa

---

<sup>292</sup> “[...]negotiators who make inaccurate judgments about the other party assume that the other party's interests are completely opposed to their own, and they therefore overlook opportunities for mutual gain and settle for suboptimal solutions.” (THOMPSON, Leigh. *Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues*. Washington: Psychological Bulletin, v.108, n.º. 3, 1990, p. 525)

<sup>293</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. *Fundamentos da Negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 84

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 68

<sup>295</sup> *Ibidem*

<sup>296</sup> CRAVER, Charles B. *The negotiation Process*. In *American Journal of Trial Advocacy*. The George Washington University Law School. Washington D.C., 2003, p. 30

preocupação: “Como em qualquer processo de decisão, a recolha de informação tem que ser interrompida num qualquer momento crítico – sob pena de, eternizando-se, impedir a acção que essa informação deveria servir”<sup>297</sup>.

Em um processo negocial a informação pode ser concedida ou obtida de duas maneiras: direta ou indiretamente. As informações diretas são informações dadas pelo próprio detentor da informação ao público em geral ou à contraparte, ao contrário das informações indiretas, as quais são buscadas por outros meios, tais como consulta de documentos, consulta de publicações, por meio de especialistas, etc. Roy J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry exemplificam as informações indiretas em negociações envolvendo um imóvel e um automóvel:

[...]Em uma negociação envolvendo um imóvel, o tempo que ele está à venda no mercado, o número real de compradores em potencial, a pressa de um comprador para adquirir esse imóvel para fins comerciais ou residenciais e a saúde financeira do vendedor são fatores importantes. O comprador de um automóvel leva em conta o número de carros novos no estoque de uma concessionária, as reportagens sobre vendas de automóveis e a popularidade de um modelo em revistas especializadas[...], ou mesmo guias de referência para descobrir quanto uma concessionária paga no atacado por diferentes modelos.<sup>298</sup>

As informações indiretas são, em parte das ocasiões, meros indicadores, por isso, ao serem coletadas, demandarão ponderação, por vezes dedutiva, daquele que as obtém. Por ser parâmetro indireto, estas informações apenas podem vir a refletir um cenário próximo da realidade, na medida em que uma informação pode ter significados distintos para pessoas diferentes<sup>299</sup> e a informação indireta talvez não comunique a realidade com exatidão. No ponto, cabe a ressalva de que até mesmo as informações diretas, embora geralmente sejam processadas pelo receptor de modo mais acurado, sem necessidade de deduções, podem não exercer influência sobre os resultados da negociação, porquanto “[...]a mera troca de informações não é garantia de uma compreensão imediata das preferências da outra

<sup>297</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 282

<sup>298</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 38 e 39

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 39

parte nem de resultados melhores”<sup>300</sup>. Assim, “[...]não são apenas o conteúdo e o modo como este é comunicado que importam: as informações adicionais, veladas ou mais profundas, que se pretende transmitir ou que são percebidas também têm relevância”<sup>301</sup>.

É certo que tanto as informações diretas quanto as indiretas exercem, dependendo da forma de utilização por quem as detém, influência sobre o poder de barganha dos agentes, ou seja, são a força vital da negociação<sup>302</sup>. Não há como negar a sua importância, pois somente a partir da quantidade de informações disponíveis é que a parte verificará a utilidade da troca<sup>303</sup>, delineará suas estratégias para criação ou divisão do excedente cooperativo, definirá se deve investir com maior ou menor confiança, se deve ou não fazer concessões, enfim, a quantidade de informação ditará o comportamento dos negociantes<sup>304</sup>. Então, quanto mais dados a parte souber sobre as metas, o ponto de resistência, as motivações e a confiança da outra parte, entre outros aspectos, maior a sua habilidade para participar do processo de negociação<sup>305</sup> e para fechar um acordo favorável<sup>306</sup>.

[...]A informação é a maior fonte de avanço em uma negociação. Ela tem poder porque a negociação se propõe a ser uma atividade racional que envolve a troca de dados e o uso convincente deles. Muitas vezes, a parte que tem as melhores informações ou que as usa de modo mais persuasivo é aquela que tem maiores chances de “vencer” o processo.<sup>307</sup>

<sup>300</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 149

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 150

<sup>302</sup> *Ibidem*, p. 36

<sup>303</sup> “[...]A importância da informação mede-se precisamente por sua influência na formação do juízo de conveniência e oportunidade do negócio a ser firmado, de modo que, de posse dessa informação, ou as partes não chegam à conclusão do contrato ou o fazem sob diversas condições.” (FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 227)

<sup>304</sup> “No contexto de uma negociação, talvez as informações sejam a maior fonte de poder. [...]Os negociadores também podem usar as informações como ferramentas para desafiar as posições da outra parte, alterar os resultados desejados ou afetar a eficiência dos argumentos dela.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 166)

<sup>305</sup> “A troca de informações em uma negociação também está no centro do processo de concessões. À medida que as partes apresentam informações, origina-se uma definição em comum da situação. A quantidade e o tipo das informações compartilhadas e o modo como os negociadores as compartilham permitem às partes desenvolver um panorama em conjunto (e, espera-se, realista) da condição atual da motocicleta, de seu valor de mercado e das preferências das partes.” (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. op. cit. p. 168)

<sup>306</sup> *Ibidem*, p. 36

<sup>307</sup> *Ibidem*, p. 196

Porém, analisada a questão pela abordagem da teoria dos custos de transação, pode haver um alto custo em tornar as informações privadas em públicas. Conforme ensina Fernando Araújo<sup>308</sup>, para haver troca é necessário recobrar alguma informação, o que implica custos, os quais “[...]se reportam à informação sobre preços e qualidade de produtos e factores de produção, sobre potenciais compradores e vendedores, sobre disposições de pagar e de aceitar preços”. Nota-se, portanto, que muitos dos custos da fase de negociação estão justamente vinculados à coleta de informações para erradicar ou diminuir as incertezas existentes. No aspecto técnico, por exemplo, nem sempre ao longo das negociações se tem a oportunidade de discussão dos pormenores técnicos do contrato por negociantes dotados de conhecimento especializado, de modo que a parte que não detém o conhecimento necessário incorrerá em esforços de tempo e recursos com a finalidade de obtenção de informações que o outro negociante não deu publicidade voluntariamente. Em seu estudo, Maristela Basso contrapõe casos em que a dilação do prazo das negociações está estritamente vinculada à necessidade de se publicizar informações particulares, exemplificando que a “[...]venda de soja não exige um período negocial longo, contrariamente à venda de equipamentos industriais, cuja complexidade dos aspectos técnicos faz com que o período de discussões (negocial) se prolongue”<sup>309</sup>. Por conseguinte, neste exemplo, a compra da soja acarretará menores custos de informação enquanto a venda de equipamentos industriais, por sua variedade no mercado e especificações do produto oferecido, resultará maiores custos ante a necessidade de coleta de informação.

Eventualmente, tais custos de coleta de informações para melhorar a tomada da decisão sobre o contrato tornam problemático o processo de negociação, pois podem, a partir de determinado momento, serem maiores que os benefícios adicionais da própria informação<sup>310</sup>, valendo, também, para as informações, a regra

---

<sup>308</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 199

<sup>309</sup> BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, conclusão e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 133

<sup>310</sup> FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. J Consum Policy, 34, 2011, p. 340

do custo-benefício que a informação almejada implicará<sup>311</sup>. Em determinado ponto da negociação, quando os custos para coleta da informação ultrapassarem os seus benefícios e, por consequência, afetarem os benefícios da barganha, será racional que o indivíduo permaneça ignorante sobre certas informações, pois os seus custos não correspondem às suas melhorias. Destarte, a regra dos custos de transação limitará a quantidade de informação disponível durante a fase pré-contratual (“[...]dados os custos implicados, o nível óptimo não é o da racionalidade absoluta ou máxima, mas sim o da racionalidade limitada[...]”<sup>312</sup>). Mas não só isso.

Do mesmo modo que o custo de transação é fator inibidor da troca eficiente de informações, conforme observam Robert Cooter e Thomas Ulen ao afirmarem que “[...]às vezes as partes deixam de transmitir informações para economizar custos de comunicação[...]”<sup>313</sup>, também é muito comum que o negociante retenha informações que lhe fariam deixar de internalizar benefícios, caso ressaltasse todos os riscos da contratação.

Quando se alia o tema da partilha de informação à perspectiva mais geral da promoção de eficiência impõe-se estabelecer uma distinção fundamental, entre informação socialmente valiosa, por um lado, e por outro informação puramente distributiva, sendo que – para usarmos uma imagem culinária – a primeira é susceptível de incrementar o tamanho do bolo enquanto a segunda não faz senão variar a proporção relativa das fatias.<sup>314</sup>

Em mercados competitivos, geralmente, a parte maximiza seus ganhos mantendo em sigilo determinados riscos da relação jurídica. Notadamente, acentua-se a retenção criteriosa de informação em uma barganha do gênero distributiva<sup>315</sup>,

---

<sup>311</sup> Juliet Kostritsky se refere à análise do custo-benefício como uma das estratégias para lidar com as incertezas durante as negociações, a qual exerce influência sobre a obtenção de informações: “Parties adopt different strategies to deal with the various types of uncertainty in transactions. They use a cost-benefit analysis about whether to proceed with negotiations, how much money to spend in reliance on the contract and at what point, how much pre-trade performance to engage in, and how much to expend to acquire information to reduce uncertainties that exist about the future state of nature and the opportunistic proclivities of one’s counterparty.” (KOSTRITSKY, Juliet P. *Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem*. in Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 11)

<sup>312</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 305

<sup>313</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 233

<sup>314</sup> ARAÚJO, op. cit. p. 555

<sup>315</sup> [...] a disposição de compartilhar informações não é uma característica das situações de barganhas distributivas, em que uma parte talvez desconfie da outra, ocultando ou manipulando



pois o nível e a qualidade das informações conferidas à contraparte podem influenciar de forma negativa à divisão do excedente, aos olhos de quem presta a informação, ganhando menos do que ganharia se a tivesse guardado, sobretudo se a informação for exclusivamente distributiva e não socialmente valiosa.

Também chamada por alguns de apresentação seletiva, esta estratégia negocial refere que os negociadores apenas revelam fatos necessários às suas posições, ou seja, a comunicação da realidade está atrelada a melhorias imediatas nas posições do negociante ou se o fizer parecer mais forte (com maior poder de barganha). Assim, a retenção criteriosa, até o ponto em que autorizada pelo ordenamento jurídico, não deixa de ser uma importante tática de competição que fará com que a parte anuncie dado relevante apenas se houver alguma vantagem estratégica envolvida<sup>316</sup>.

[...] mesmo nas condições de comunicação a baixo custo (de <<*cheap talk*>>), as partes nada comunicariam uma à outra, ou pelo menos nada comunicariam em termos de veracidade, em situações de equilíbrio das quais só pudesse sair-se em termos de jogo de soma zero – em termos de puros esforços redistributivos, só podendo ganhar uma o que a outra perdesse. Havendo um tal equilíbrio, nada se ganharia com a comunicação entre as partes, com a partilha de informação, com a revelação de dados verdadeiros ou falsos.<sup>317</sup>

Eric Posner recorre a um exemplo prático de barganha para demonstrar o porquê do interesse de determinada parte em manter-se silente quanto a certas informações ao longo das negociações em uma barganha distributiva, *in verbis*:

E, ainda, vendedores têm incentivos para proporcionar informação aos consumidores desinformados. Se o vendedor X possui menos custos do que o vendedor Y, e assim pode cobrar preços menores e obter lucros, X investirá em propaganda para atrair os consumidores de Y. Existem limites, no entanto, na quantidade de informação que X fornecerá. Se os carros de X são mais baratos do que os carros de Y, X tem os incentivos certos; mas se X sabe que os carros, em

---

informações e tentando descobrir algo sobre ela com foco apenas nas vantagens competitivas. (LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 68)

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 30 e 41

<sup>317</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 553

geral, são mais perigosos do que os consumidores acreditam, X não tem incentivo para fornecer esta informação. Fornecer tal informação custa, tanto intrinsecamente quanto na forma de vendas perdidas, e X não internaliza os benefícios quando honestamente ressalta os perigos das viagens de automóvel e os consumidores abstêm-se de comprar carros e evitam lesionar-se.<sup>318</sup>

Pode-se verificar, até então, que a ausência de informações ilimitadas à disposição dos negociantes no período pré-contratual geralmente passa pelos fatores dos custos de transação (é racional permanecer ignorante), dos incentivos que as partes têm para não prestar a informação, notadamente quando a informação reduzir a sua quota parte do excedente cooperativo, e até pela questão temporal, quando o prolongamento da fase negocial torna inúteis determinadas informações obtidas em momentos anteriores.

## **B) Assimetria de informação**

### **i. Desequilíbrio do poder de barganha pelo nível e processamento da informação: a preocupação da *Behavioral Law and Economics***

A presença desmedida de um desses fatores que fazem restringir a existência de informações, ou do conjunto deles, comumente ocasiona falha de mercado conhecida como assimetria informacional.

[...]o crescente reconhecimento de que os custos de obtenção de informação não são dispiciendos e podem tornar ineficiente a busca da informação completa, o reconhecimento das vantagens estratégicas ínsitas, seja na <<ignorância racional>> (o grau ótimo de informação incompleta), seja na exploração da <<ignorância racional>> da contraparte, e, mais importante ainda, o reconhecimento de que os custos da informação são custos de oportunidade, e são os mesmos custos de oportunidade que são ultrapassados pelas vantagens da divisão social de trabalho e da especialização, tudo isso (e outros factores ainda, que referiremos)

---

<sup>318</sup> POSNER, Eric. *Economic. Análise Econômica do Direito Contratual. Sucesso ou fracasso?* São Paulo : Saraiva, 2010, p. 35

levou a que se aceitasse, ou a que não pudesse recusar-se, a complicação da assimetria informativa.<sup>319</sup>

A assimetria informacional nada mais é do que a disparidade na quantidade e qualidade de informações sobre os bens ou interesses negociáveis ou acerca das condutas adotadas por cada negociante. Em suma, há assimetria de informação porque os conhecimentos dos negociantes não são homogêneos.

Em geral, esta falha de mercado favorece um dos negociantes a obter vantagens em detrimento do outro, pois a solução alcançada no desfecho da negociação dificilmente é benéfica de igual maneira se porventura a contraparte tiver acesso aos mesmos subsídios, tornando-se extremamente prejudicial, por vezes, à eficiência do contrato perseguido pela negociação. A falta de simetria de informação faz com que uma das partes ingresse na relação contratual sem a completa noção das consequências de suas escolhas, resultando na ineficiência do próprio contrato quando houver a exploração desta falha pelo negociante que detiver maior acesso a informações.

Fernando Araújo<sup>320</sup> trata a assimetria de informação como custo de transação que interfere na perfeita partilha de toda a informação relevante entre as partes e, por consequência, “[...]diminui a eficácia dos incentivos que promoveriam a harmonização dos seus interesses e de suas condutas[...]”, o que, segundo o mesmo autor, impede condições que seriam ideais para a formação do contrato, tais como, de “[...]perfeita racionalidade e capacidade de processamento das informações em todas as partes envolvidas na relação contratual[...]” e de empenho total das partes para colaborarem como se existisse um contrato completo e não sucumbirem imediatamente aos incentivos da renegociação, a qual, conforme refere, leva as partes a intensificarem a retenção estratégica de informação privativa *ex ante*.

Conquanto seguidamente o problema tenha origem na fase pré-contratual, é comum a assimetria de informação surtir efeitos concretos na implementação e no cumprimento do contrato. Citam-se como problemas decorrentes desta falha de mercado a seleção adversa e o risco moral, o primeiro associado às assimetrias

---

<sup>319</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 281

<sup>320</sup> *Ibidem*, p. 283 e 284

informativas que se reportam a uma variável exógena, não manipulável pela parte que se beneficia, e o segundo associado “[...]às assimetrias informativas que respeitam a uma variável endógena, manipulável pela parte que se beneficia da assimetria.”<sup>321</sup>.

Na seleção adversa, o alto custo da informação privada da contraparte faz com que não haja pelo contratante distinção precisa da qualidade dos produtos ou serviço específico objeto do contrato, optando por estabelecer premissas comuns, como se os bens ou os indivíduos fossem idênticos em todas as contratações. Conforme Michael Faure e Hanneke Luth<sup>322</sup>, a seleção adversa por parte do adquirente (tratam os autores de relação de consumo) leva o contratante a observar o preço do contrato como fator sempre preponderante para sua escolha. Pela perspectiva do vendedor ou prestador de serviço, a seleção adversa fará com que adote uma ponderação (ou pontuação) média entre bons e os maus cumpridores de contratos para estabelecer as condições e preço dos contratos, sem preocupar-se com as qualidades particulares da contraparte. Na concepção de Fernando Araújo:

[...]a seleção adversa manifesta-se em múltiplas dimensões, que vão desde a escolha de parceiros contratuais até à compatibilização de incentivos entre as partes e à configuração concreta dos termos contratuais: aquele que procura uma solução contratual, ignorando as características dos potenciais parceiros e as intenções deles (que para ele são <<*experience goods*>>, insusceptíveis de revelarem as suas características senão *ex post*), oferece condições contratuais *medianas* que afastam os melhores parceiros potenciais – aqueles que, conhecendo as suas próprias características e julgando-se acima da mediana, consideram desvantajosas as condições propostas –.<sup>323</sup>

O problema da seleção adversa é recorrente no direito do consumidor em vista da heterogeneidade dos consumidores, alguns com comportamentos honestos outros oportunistas, os quais implicam diferentes custos e benefícios para a relação. Consequência da seleção adversa materializa-se no repasse de custos ao bom contratante para cobrir as perdas causadas pelos maus cumpridores, pois, conforme

<sup>321</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 287

<sup>322</sup> FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. J Consum Policy, 34, 2011, p. 342

<sup>323</sup> ARAÚJO, op. cit. p. 285

afirma Jason Scott Johnston<sup>324</sup>, todo o oportunismo gera custos e o não oportunista é que pagará por isso. Portanto, a adoção de práticas comerciais *ex-ante* para controle dos maus pagadores ajuda a mitigar os efeitos da seleção adversa, devendo ser incentivada aos fornecedores de bens e serviços quando seu resultado reduzir os custos com os maus contratantes e refletir benefícios ou, pelo menos, não acarretar prejuízos aos bons contratantes<sup>325</sup>.

No risco moral, também tratado como conduta oportunista, a falta de informações públicas ao longo da fase negocial, a obtenção de informação privada favorável ou a existência de investimento específico da contraparte durante as negociações, e determinado incentivo no contrato fazem com que o comportamento da contraparte se altere após a celebração da avença, em comparação com o comportamento que teria caso o contrato não tivesse sido estipulado, se não lhe fosse prevista determinada vantagem pela contratação<sup>326</sup> ou se a informação e o

---

<sup>324</sup> JOHNSTON, Jason Scott. The Return of Bargain: an economic theory of how standard-form contracts enable cooperative negotiation between businesses and consumers. Michigan Law Review, v.104:857, 2005, p. 885

<sup>325</sup> No âmbito nacional, uma das ferramentas utilizadas *ex-ante* com o propósito de mitigar os efeitos da seleção adversa foi importada dos Estados Unidos e diz respeito ao sistema de pontuação do risco de concessão de crédito ao consumidor implementado pelas instituições financeiras, denominado “Credit Scoring”. A legalidade do método foi chancelada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1.457.199 (caso representativo de uma multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito), resultando em matéria sumulada pela Corte Superior (Súmula 550/STJ). O voto condutor do acórdão foi lavrado de forma bastante didática pelo Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino e, com as contribuições dos votos dos demais Ministros, o acórdão alcançou a conclusão de que a ferramenta é benéfica para os consumidores honestos que honram pontualmente com as suas obrigações. Nas palavras do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o “Credit Scoring”: “Trata-se de um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis de decisão, com atribuição de uma nota ao consumidor avaliado conforme a natureza da operação a ser realizada.”. Para compor as variáveis da decisão, explicou o Ministro que “[...]consideram-se informações acerca do adimplemento das obrigações (histórico de crédito), assim como dados pessoais do consumidor avaliado (idade, sexo, estado civil, profissão, renda, número de dependentes, endereço)”. E delineou em seu voto que o “Credit Score”, por dizer respeito apenas à ferramenta de estatística para o risco da concessão de crédito, é desenvolvido e aplicado com o intuito de distinguir os bons e os maus empréstimos. O Ministro João Otávio de Noronha fez coro ao voto condutor do acórdão e aquilatou: “[...]gostaria de aproveitar a oportunidade para reiterar que o *credit scoring* não foi concebido para prejudicar consumidor nenhum, com a devida vênia. Isso é uma falácia. *Credit Scoring* beneficia os consumidores honestos, íntegros, que pagam pontualmente suas obrigações e, por isso, precisam de acesso ao crédito menos burocrático, com menos exigência de garantia. O sistema é altamente benéfico à massa de consumo, altamente benéfico ao sistema de consumo e, conseqüentemente, benéfico ao emprego, porque é por meio do consumo que se move a indústria.”. À vista disso, exaltou a utilização do sistema, referindo-se aos seus efeitos positivos, *in verbis*: “É graças a ferramentas como o *credit scoring* que os bancos podem disponibilizar, nos terminais de autoatendimento, limites de crédito pré-aprovados, por exemplo.”.

<sup>326</sup> Sobre o problema do risco moral após a celebração do contrato: “[...]o risco moral, aplica-se ao comportamento pós-contratual da parte que possui uma informação privada e pode dela tirar proveito em prejuízo à(s) sua(s) contraparte(s). Dois tipos de risco moral podem ser distinguidos: a) informação oculta – em que uma informação relevante é adquirida e mantida por uma das partes; e b)

investimento específico não lhe acrescentassem possibilidade de captura de bem-estar. A parte retém para seu benefício relevante informação sobre o cumprimento do contrato, privando a contraparte da informação que propiciaria a este a detecção e a avaliação dos desvios dos fins contratuais<sup>327</sup>. Além disso, também identifica-se o risco moral quando a parte posterga seus investimentos de acordo com os incentivos dados pela parte que realiza investimento específico ou concede relevante informação, com objetivo de valer-se destes fatores para obter um melhor resultado com a negociação ou alterar seu rumo.

Steven Shavell reconhece que durante as negociações as partes possuem informações privadas que são relevantes para o contrato e que da existência dessas informações privadas emanam questionamentos sobre a obrigação da parte em revelar o que sabem ao longo da fase negocial<sup>328</sup>. De acordo com a análise econômica, a assimetria informacional constitui importante justificativa para a intervenção regulatória<sup>329</sup>.

Para mitigar situações de assimetria de informação, a doutrina da *Law and Economics*<sup>330</sup> assimila que ao Direito cabe a criação de normas que incentivem a revelação (*disclosure*) eficiente de informações, dispondo sobre quais as informações devem ser divulgadas e quais informações podem ser ocultadas<sup>331</sup>.

---

ação oculta – em que a ação especificada contratualmente não é observada diretamente pela contraparte.” (AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos – uma perspectiva econômica. In SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. (coord.). Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 123 e 124)

<sup>327</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 287

<sup>328</sup> “When contracts are formed, parties often possess private information that is relevant to the contract. For example, the seller of a house may know that the basement leaks when there is a heavy rain, the seller of a commodity may have information about the future course of commodities, and the buyer of a parcel of land may have information about its oil bearing potential. The existence of such private information raises the question of whether parties should be obligated to disclose what they know when they make contracts. In fact the law sometimes requires disclosure and sometimes does not.” (SHAVELL, Steve. Foundations of economic analysis of law. Cambridge, MA (EUA) : Harvard University Press, 2004, cap. 14, p.5)

<sup>329</sup> FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. J Consum Policy, 34, 2011, p. 342

<sup>330</sup> Neste sentido: POSNER, Eric. Economic. Análise Econômica do Direito Contratual. Sucesso ou fracasso? São Paulo : Saraiva, 2010, p. 62; e COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 213

<sup>331</sup> Embora a assimetria informacional seja um problema que afeta tanto relações contratuais entre iguais quanto relações desiguais, as medidas intervencionistas para solução da falha de mercado são geralmente abordadas pelos teóricos da *Law and Economics* no trato de relações de consumo, onde há uma parte hipossuficiente em relação à outra. Cotejando relação consumerista, Michael Faure e Hannecke Luth (*in* Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. J Consum Policy, 34, 2011, p. 340) afirmam que a assimetria informativa é, geralmente, a razão para intervenção no mercado de consumo, sobretudo, nos casos em que a qualidade sobre o objeto do contrato somente poderá ser avaliada após a sua aquisição ou dificilmente será avaliada.

Eventual deficiência legislativa implica regras contratuais ineficientes que não superam a falha de mercado da assimetria informacional e dificultam a existência de um equilíbrio no poder de barganha, aumentando os custos de transação decorrentes da coleta de informações e, sobretudo, dando margem para as chamadas condutas oportunistas.

Porém, mesmo diante de uma regra eficiente de revelação de informações, não quer dizer que toda a informação obtida será produtora, pois os negociadores não são perfeitos processadores de informação<sup>332</sup>. Do ponto de vista da racionalidade, a informação será significativa se permitir que a outra parte maximize o seu bem-estar. Então, consoante Stefan Grundmann<sup>333</sup>, apenas será significativa a informação se a parte que recebê-la tiver condições de processá-la e utilizá-la de forma eficiente.

De acordo com Michael Faure e Hanneke Luth, a Teoria Econômica clássica, que parte do Teorema de Coase considerando os indivíduos bem informados, lida com o entendimento de que as partes negociarão em princípio por uma maximização de bem-estar<sup>334</sup>, buscando ganhos ótimos em cada negociação. Porém, os autores filiam-se à escola da *Behavioral Law and Economics* para questionar o processo de tomada de decisões racionais defendido pela escola clássica<sup>335</sup>.

É consenso dentre os defensores da *Behavioral Law and Economics* que os indivíduos nem sempre agem como maximizadores de suas preferências<sup>336</sup>, pois cometem erros. Ao introduzir a matéria, Oren Bar-Gill<sup>337</sup> afirma que os indivíduos sofrem de informações imperfeitas e racionalidade imperfeita, assim,

---

<sup>332</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 131

<sup>333</sup> GRUNDMANN, Stefan. Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law. *Common Market Law Review*. v.39, 2002, p. 285.

<sup>334</sup> Neste contexto, afirma Stefan Grundmann: "Information on the relevant parameters is a condition for rational wealth-maximizing decision-making and thus for the functioning of markets." (GRUNDMANN, op. cit. p. 279)

<sup>335</sup> "This is based on the central assumption that if consumers would be properly informed (e.g., as a result of information disclosure) a rational decision-making process of consumers would again be possible. It is precisely that assumption which has been challenged by behavioural law and economics." (FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. op. cit. p. 343)

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 338

<sup>337</sup> No idioma original: "Individuals make mistakes. They suffer from imperfect information and imperfect rationality, and consequently might fail to make choices that maximize their preferences." (BAR-GIL, Oren. The Behavioral Economics of Consumer Contracts. *In* Consumer Contracts: Behavioral vs. Neoclassical Economics. Law and Economics Research Paper Series. New York, 2007, p. 1)

consequentemente, podem falhar ao fazer escolhas que maximizem suas preferências. Michael Faure e Hanneke Luth entendem que mesmo havendo simetria de informações, o destinatário da informação (os autores tratam de consumidor) muitas vezes ainda não é capaz de processá-la adequadamente e tomar uma decisão significativa com base nela<sup>338</sup>, bem como tem dificuldades de avaliar com precisão as informações quando lhe são dadas em larga escala<sup>339</sup>.

Assim, a *Behavioral Law and Economics* considera as variáveis psicológicas para justificar que mesmo um indivíduo que retenha um nível ótimo de informação pode não adotar a melhor alternativa em termos de maximização de bem-estar. Ao se referirem à psicologia cognitiva como suporte à afirmação de que deveres de informação aparentemente não garantem aos consumidores tomarem decisões racionais, Michael Faure e Hanneke Luth ponderam: “[...]many individuals suffer from a variety of cognitive heuristics and biases as a result of which decision-making may take place in a different way than neo-classic economic models assume”<sup>340</sup>. Assim, essa vertente da *Law and Economics* se debruça sobre os limites da racionalidade (“bounded rationality”) para embasar sua teoria.

Russel Korobkin e Thomas Ulen<sup>341</sup> dizem que os indivíduos fazem escolhas com limitação racional por duas diferentes razões. Primeiramente, afirmam que há casos em que a maximização racional é fisicamente impossível, hipótese em que o indivíduo fará escolhas apenas satisfatórias (em determinado nível de aspiração) ao invés de escolhas que sejam plenamente maximizadoras<sup>342</sup>, pois esbarra nos custos

---

<sup>338</sup> FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. J Consum Policy, 34, 2011, p. 338

<sup>339</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>340</sup> Tradução livre: “Muitos indivíduos sofrem de uma variedade de heurísticas cognitivas e vieses e o resultado disso é que as tomadas de decisões podem ser de uma maneira diferente daquelas que os modelos econômicos neoclássicos assumem.” (FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. op. cit. p. 338)

<sup>341</sup> KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. Berkeley: California Law Review, V. 88/4, 2000, p. 1075

<sup>342</sup> “Law and economics posits that the law should enforce all agreements between informed and competent private parties, assuming that the agreement has no (or relatively low) externalities that cause harm to third parties. This theory of contract law is firmly rooted in the expected utility version of rational choice theory. If all parties wish to enter into an enforceable agreement, each must have determined that the benefits of being party to the contract outweigh its costs, and that its utility will be higher if the contract is enforced than if it is not. In addition, if a different bargain would have increased the combined utility of the parties, it is assumed that the parties would have adopted different contractual terms. Consequently, the agreed-upon terms must maximize the parties’ joint expected utility. If the goal of contract law is to help parties maximize the joint utility of their agreements, the traditional law-and-economics theory needs to be modified in situations in which complexity and ambiguity create substantial barriers to optimizing behavior.” (KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas.



de obtenção e processamento das informações necessárias para decisões maximizadoras<sup>343</sup>, permanecendo, ao tempo da sua escolha, com limitações de cognição com relação ao que está posto<sup>344</sup>. Por segundo, apontam que por vezes o indivíduo não toma decisões racionais (maximizadoras) em virtude de serem escolhidas com inconsciente uso de heurísticas (soluções simplificadas) no seu julgamento.

Embora não façam tal separação de motivos, Michael Faure e Hanneke Luth<sup>345</sup> se alinham neste sentido de que os indivíduos se empenham em buscar satisfação, sendo que não escolherão a opção que maximiza sua utilidade, mas a opção que satisfaça suas aspirações. Os autores colocam que a noção de racionalidade limitada (“bounded rationality”) se refere ao fato de os indivíduos geralmente utilizarem atalhos quando tomam decisões, o que frequentemente resulta em escolhas que falham em atingir a maximização eficiente da utilidade. Ao analisar a teoria, Cesar Santolim refere que a doutrina desta escola destaca “[...]a existência dos "atalhos" cognitivos que são utilizados pelos indivíduos para examinar situações onde a busca de uma informação mais "completa" demandaria custos (às vezes, "custos de oportunidade", apenas) muito elevados”<sup>346</sup>.

Russel Korobkin e Thomas Ulen<sup>347</sup> ponderam que a utilização de atalhos torna possível ao indivíduo operar em um mundo cada vez mais complexo<sup>348</sup>, na

Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. Berkeley: California Law Review, V. 88/4, 2000, p. 1080)

<sup>343</sup> “For a consumer to attach a fair price to terms they should have a deep understanding of the market, its cost structures and roughly know what competitors are offering, which most consumers do not possess (Ben-Shahar 2009, pp. 17–20). In order to deal with the large amount of information provided in the assessment of standard terms, consumers engage in the above mentioned process of satisficing rather than in optimal decision-making.” (FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. J Consum Policy, 34, 2011, p. 348)

<sup>344</sup> “In other words, we might say that satisficing behavior can be rational in a "global" sense. Or, fitting it into the rational choice framework, we might say that the costs of processing information, or those imposed by cognitive limitations, create a constraint on maximizing behavior – just as income and time impose constraints on the feasible set of choices.” (KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. op. cit. p. 1074)

<sup>345</sup> FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. op. cit. p. 343 e 344

<sup>346</sup> SANTOLIM, Cesar. <<Behavioral Law and Economics>> e a Teoria dos Contratos. Revista Jurídica Luso Brasileira. Lisboa. Ano 1, nº. 3, 2015, p. 412 e 413

<sup>347</sup> KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. op. cit. p. 1085

<sup>348</sup> Os autores tratam a complexidade como barreira ao comportamento maximizador, mencionando que a utilização de atalhos passa por uma análise de custo-benefício que torna inviável analisar todas as alternativas em uma negociação complexa: “Decision researchers have identified the complexity of a decision as a leading cause of departures from the type of complete cost-benefit analysis of decision options predicted by expected utility theory. Acting consistently with expected utility theory requires a substantial amount of cognitive effort. As the problem becomes more complex, either because there

medida em que a simplificação no processo de tomada de decisão reduz significativamente os custos de processamento de informação. Porém, como os atalhos são feitos à margem da informação ótima processada pelo indivíduo, muitas vezes as escolhas atalhadas serão carregadas de erros de percepção, os quais, segundo Roy J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry “[...]também podem ser expressos como vieses ou distorções na avaliação de informações”<sup>349</sup>

Em um processo negocial, “[...]concepções equivocadas e vieses cognitivos se originam da conscientização que os negociadores desenvolvem durante o processamento de informações”<sup>350</sup>. Conforme Russel Korobkin e Thomas Ulen<sup>351</sup>, embora os indivíduos somente possam aumentar a utilidade da troca quando a decisão é tomada com base em percepções corretas sobre a probabilidade dos resultados possíveis da sua a escolha, pesquisas na área da *Behavioral Law and Economics* demonstraram que os indivíduos são sistematicamente tendenciosos nas previsões dos prováveis resultados de diversos eventos, pois se orientam por estes vieses. A observação comportamental identifica diversas espécies de heurísticas e vieses que prejudicam a tomada de decisão racional pelas partes. Neste norte, Roy J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry enumeram, mas não esgotam, algumas dessas distorções cognitivas que se verificam na fase de negociação:

[...]investigamos como os negociadores usam as informações para tomar decisões durante a negociação. Os negociadores não são perfeitos processadores de informação. Ao contrário, eles (como todas as pessoas que tomam decisões) têm uma tendência a cometer erros sistemáticos no processamento de informações. Esses

---

are more options from which to select or because each option has more attributes associated with it, actors might attempt to minimize effort by adopting simplified strategies, thus violating the procedural predictions of rational choice theory.” (KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*. Berkeley: California Law Review, V. 88/4, 2000, p. 1080). Citam em seu estudo que a decisão simplificadora, dados os custos e benefícios marginais de se fazer uma decisão racional, em um contexto geral, pode maximizar a utilidade do indivíduo, mas que os teóricos da escola clássica da *Law and Economics* raramente contemplam análises globais e se debruçam apenas em decisões particulares: “The decision to adopt a simplified strategy might be sensible given the marginal benefits and costs of making an optimal decision relative to a satisfactory one; in other words, the decision not to maximize utility when solving a single problem might in fact maximize the actor's overall utility.’ But although a decision not to optimize in a particular situation might be globally “rational”, such behavior is rarely contemplated by scholars employing rational choice theory in the analysis of a particular decision.”. (KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. op. cit. p. 1080)

<sup>349</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. *Fundamentos da Negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 136

<sup>350</sup> *Ibidem*, p. 137

<sup>351</sup> KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. op. cit. p. 1085.

erros, chamados *vieses cognitivos*, prejudicam o desempenho do negociador e incluem: (1) a intensificação irracional do comprometimento, (2) a convicção mítica de que as questões em negociação formam um montante fixo, (3) o processo de ancoramento e ajustamento da tomada de decisão, (4) o enquadramento de questões e problemas, (5) a disponibilidade de informações, (6) a maldição do vencedor, (7) o excesso de confiança do negociador, (8) a lei dos pequenos números, (9) os vieses em favor próprio, (10) o efeito da capitalização, (11) a tendência de ignorar as cognições dos outros e (12) o processo de desvalorização reativa.<sup>352</sup>

Dentre os desvios de racionalidade perfeita, as pesquisas na área de *Behavioral* costumam destacar<sup>353</sup>: a ancoragem e ajustamento, a representatividade e disponibilidade, o desvio retrospectivo, o otimismo seletivo e a manutenção do *status quo*.

A ancoragem e ajustamento levam a parte a tomar decisões que não se distanciem de padrões estabelecidos por determinada informação obtida. A informação será parâmetro no comportamento do agente.

Os vieses cognitivos no ancoramento e no ajustamento estão relacionados ao efeito do padrão (ou âncora) [...] uma vez que a âncora foi definida, as partes tendem a tratá-la como um padrão de referência real e válido pelo qual todos os outros julgamentos devem ser ajustados, como o valor do objeto da negociação ou a dimensão da contraoferta. [...] Independentemente da precisão das informações, aquelas apresentadas em mensagens, diagramas ou fórmulas claras (ainda que simplificadas) são as mais prontamente aceitas como verdadeiras do que as apresentadas em um formato confuso ou detalhado.<sup>354</sup>

A representatividade e a disponibilidade estão ligadas à percepção acerca da probabilidade de ocorrência de eventos futuros. Russel Korobkin e Thomas Ulen<sup>355</sup> afirmam que para uma predição mais precisa sobre a probabilidade de um futuro evento ocorrer devem os agentes considerar a probabilidade estatística da

<sup>352</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 131 e 132

<sup>353</sup> SANTOLIM, Cesar. <<Behavioral Law and Economics>> e a Teoria dos Contratos. Revista Jurídica Luso Brasileira. Lisboa. Ano 1, nº. 3, 2015, p. 414

<sup>354</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. op. cit. p. 133 e 134

<sup>355</sup> KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. Berkeley: California Law Review, V. 88/4, 2000, p. 1085

ocorrência deste evento e atualizar tal dado com as informações disponíveis sobre a situação específica, porém há evidências que os agentes subutilizam ou ignoram os dados quando fazem suas predições. Assim, conforme Cesar Santolim, pela representatividade o agente confere “[...]alta probabilidade de ocorrência a um evento quando esse é típico ou representativo de um tipo de situação”<sup>356</sup>. Por sua vez, a disponibilidade é o atalho mental pelo qual os agentes calculam a probabilidade de um acontecimento com base em um fato memorável.

O desvio retrospectivo compreende a vinculação de um indivíduo a um fato passado que é de seu conhecimento, o que leva a uma superestimação na previsão *ex-ante* acerca da probabilidade de o evento acontecer novamente em situação análoga, ou seja, os atores tendem a ver os fatos como inevitáveis.

O otimismo seletivo diz respeito à tendência do indivíduo em generalizar a informação com base em exemplos que lhe favoreçam, subestimando a probabilidade de acontecimentos desagradáveis para si<sup>357</sup> e superestimando as hipóteses de sucesso<sup>358</sup>.

E a manutenção do *status quo* é a preferência dos agentes por permanecerem na situação de conforto que já estão, sem despender esforços para mudanças do seu bem-estar, o que muitas vezes explica a opção por cláusulas contratuais gerais e por contratos de adesão<sup>359</sup>.

Embora não se possa deixar de reconhecer que em determinadas situações os atalhos mentais sejam a saída para que o indivíduo possa acompanhar o ritmo de evolução e complexidade dos mercados, as heurísticas e os vieses de cognição, decorrentes da pouca informação fornecida ou obtida pelo indivíduo ou do seu mau processamento, geralmente tornam as decisões subótimas, levando as partes a adentrar em contratos que não maximizam sua utilidade e, por conseguinte, não maximizam o bem-estar social<sup>360</sup>. Esta (“bounded rationality”) é a razão da *Behavior Law and Economics* relutar em aceitar a teoria clássica da Análise Econômica do Direito conforme foi proposta, baseada na escolha racional, no indivíduo

---

<sup>356</sup> SANTOLIM, Cesar. <<Behavioral Law and Economics>> e a Teoria dos Contratos. Revista Jurídica Luso Brasileira. Lisboa. Ano 1, nº. 3, 2015, p. 413

<sup>357</sup> FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. J Consum Policy, 34, 2011, p. 344

<sup>358</sup> SANTOLIM, Cesar. op. cit. p. 414

<sup>359</sup> *Ibidem*, p.415

<sup>360</sup> FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. op. cit. p. 345

maximizador de bem-estar. Com base nessas premissas, os adeptos da *Behavior* entendem que regras de revelação de informações que não atentem ao formato, quantidade e efetividade da revelação possivelmente serão ineficientes.

## ii. O dever de informar como consectário da boa-fé: a eficiência da regra

Richard Posner, perseverante defensor do pensamento clássico, em seu artigo “*Rational Choice, Behavior Economics, and the Law*”<sup>361</sup>, sustenta que a *Behavior Law and Economics* não traz críticas suficientes para derrubar a análise econômica tradicional, pois considera que muitas das reflexões da *Behavior* já são partes da análise econômica do direito. Entende o autor norte-americano que a *Behavior* pode ser tida como um contributo à teoria, mas não um substitutivo, sobretudo, pois crê o autor que a *Behavior* não traz nova proposta à *Law and Economics*, mas somente se preocupa em criticar a premissa de que pessoas são racionais maximizadoras de suas satisfações. Em sua tese defensiva, Richard Posner procurou esclarecer que escolha racional não necessita ser escolha consciente<sup>362</sup>, pois racionalidade significa escolher os melhores meios para os fins visados pelo tomador da escolha. O autor não nega que, de fato, os indivíduos sofrem com erros de percepção que os impedem de processar a informação racionalmente, porém assevera que racionalidade não implica onisciência, pois seria extremamente irracional gastar todo o tempo e recursos em aquisição de informações, e que preferências individuais podem ser tomadas como dados para a análise econômica, ainda que sejam irracionais. Mais ainda, Posner reconhece que as pessoas são irracionais na maior ou em toda a parte do tempo, mas que isso não desqualifica a teoria da escolha racional<sup>363</sup>. Exemplifica o autor referindo que muitas

---

<sup>361</sup> POSNER, Richard A. *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*. Stanford Law Review. v. 50. maio 1998.

<sup>362</sup> Segundo o autor: “[...]Rats are at least as rational as human beings when rationality is defined as achieving one's ends (survival and reproduction, in the case of rats) at least cost.” (POSNER, op. cit. p. 1551)

<sup>363</sup> Sobre o tema, esclarece Bruno Salama: “Aqui cabe uma ressalva importantíssima: a noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana. A pesquisa em Direito e Economia Positivo não almeja provar que dentro de cada indivíduo viva um *homo oeconomicus*, nem que o comportamento dos indivíduos seja decorrência de alguma faculdade específica da mente humana ou

peças optam por transportes sabidamente mais perigosos, pois têm medo irracional de andar de avião, contudo, isso não invalida a análise econômica do transporte, embora possa mostrar por que os custos pecuniários e tempo, e as taxas de acidentes, não podem explicar toda a diferença entre a demanda por transporte aéreo e a demanda por seus substitutos.

No entendimento de Posner, algumas vezes sequer se trata de impedimento à escolha racional por vieses cognitivos, mas simples questão de preferência individual. O indivíduo pode ter diferentes preferências, não devendo se dissociar as preferências individuais das emoções do sujeito, de modo que o raciocínio instrumental não pode ser qualificado como irracional apenas pelo objetivo frequente de tal raciocínio ser uma preferência individual que não teria o sujeito se não fosse um ser emocional. O autor ainda refere que a *Behavior Law and Economics* trata a irracionalidade como comportamento inalterável da personalidade humana, mas que esforços de educação e psicologia podem afastar os vieses que impedem as pessoas de agirem racionalmente.

Soma-se à defesa de Posner o argumento de Fernando Araújo ao abordar a vertente da *Behavioral* que trata da Teoria Comportamentalista da Decisão:

[...]há que reconhecer que a <<Teoria Comportamentalista da Decisão>> é reducionista no sentido de que <<carrega os tons>> do <<psicologismo>> e, ao fazê-lo, evidencia algumas inaptidões para lidar com os contextos jurídicos e econômicos que ela pretende abarcar. Tem sido observado nomeadamente que ela pode conduzir a: - um excesso de contextualização que impede as generalizações, tão necessárias num método indutivo e tão cruciais para se alicerçar e legitimar proposições normativas; - um excesso paralisante de sofisticação analítica[...]<sup>364</sup>

---

de propensão inata. A noção de racionalidade também não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios (embora este cálculo frequentemente ocorra, e qualquer advogado processualista sabe disso porque age estrategicamente no curso do processo). Não por outro motivo, a pesquisa em Direito e Economia há muito tempo se vem afastando do paradigma da hiper-racionalidade, geralmente substituindo-a pela noção mais flexível de “racionalidade limitada”. Reconhecendo que os indivíduos nem sempre irão processar as informações disponíveis de forma ótima (ou simplesmente não terão acesso a todas as informações pertinentes), os mesmos passam a ser vistos como “intencionalmente racionais” ainda que limitados por aptidões cognitivas.” (SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia. Textos escolhidos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 25).

<sup>364</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 317

Daí que conquanto a *Behavioral Law and Economics* tenha sua serventia para avaliar o comportamento humano no mundo imperfeito, pois as heurísticas e vieses de cognição de fato são perceptíveis, a intervenção legal não deve se justificar pelos erros de percepção dos indivíduos para determinar os antídotos à assimetria informativa. Caso fosse esse o fundamento para intervenção regulatória, as intervenções nos mercados seriam excessivas e tencionadas ao paternalismo protecionista<sup>365</sup>. A intervenção deve se dar de forma abstrata, considerando a heterogeneidade dos indivíduos nos mercados, por isso, os deveres de revelação (*disclosure*) ainda são tidos pela análise econômica clássica como a melhor forma de incentivar a troca eficiente de informações, erradicar incertezas e prevenir contra práticas oportunistas e abusivas – contrapondo a regra a tantas outras, como, p.ex., ao sistema de aprendizagem. Porém, a obrigação de prover informações deve ser mensurada para que a regra não se torne socialmente indesejável, como cita Fernando Araújo, *in verbis*:

Não é preciso entrar-se em grandes subtilezas para se adivinhar que a imposição de um dever de informação tende a interferir no equilíbrio contratual, na relação preço / quantidade ou no intervalo entre <<reservation points>> em que aquela relação pode ocorrer, já que, forçando uma parte a partilhar informação que lhe seja potencialmente desfavorável, ela tem impacto nos incentivos e disposições contratuais, modificando-os em relação à posição que ocupariam e condições de silêncio do promitente ou do alienante. Em contrapartida, pode ocorrer um efeito de <<crowding-out>>, na medida em que os deveres de revelação ou partilha de informação podem desincentivar, <<expulsar>>, os esforços espontâneos de busca e de aquisição de informação, gerando uma inércia que pode tornar-se socialmente indesejável[...]<sup>366</sup>

Os teóricos da *Law and Economics*, ao prescreverem deveres de informação (*disclosure*) como remédios direcionados à assimetria informativa e ao incremento

---

<sup>365</sup> Segundo James Gordley (*in Morality and Contract: The Question of Paternalism*. Wm. & Mary Law Review. v. 48, art. 9, 2007), paternalismo não significa o mesmo que o governo intervir em determinado contrato que as partes livremente pactuaram com a finalidade de erradicar eventual injustiça. Para o autor, este tipo de intervenção nada mais é do que o estado cumprindo sua função de promover a justiça comutativa quando há desequilíbrio no contrato. No seu entendimento, o paternalismo ocorre quando o estado influencia o cidadão a fazer escolha que de outra forma faria, porque acredita que a escolha do indivíduo é errada, seja por falta de prudência ou por alguma outra virtude. Logo, no paternalismo, o estado crê ter maior capacidade de fazer melhores escolhas para os indivíduos do que eles próprios.

<sup>366</sup> *Ibidem*, p. 554

de bem estar – aptos a coibir fraudes e revelação de informações falsas, além de impor o dever de informar – verificam os efeitos da regra, fazendo ressalvas à sua aplicação.

Steven Shavell<sup>367</sup>, analisando os consectários do *disclosure*, afirma que são efeitos diretos das obrigações de revelação a transmissão de informações que de outra forma não seriam dadas e as concomitantes alterações nos preços, pois na inexistência de dever de informação as partes tendem a não revelar informações desfavoráveis, as quais impactam no preço do contrato em seu detrimento<sup>368</sup>. Afirma que também há efeitos indiretos destas obrigações, que recaem sobre os incentivos dos negociantes, na medida em que tais obrigações podem dar ou retirar da parte o incentivo de se informar. Em seu estudo, Shavell verifica que diante da inexistência de deveres de informação, o investimento em aquisição de informações tende a se tornar socialmente excessivo, sobretudo, se a informação não for socialmente valiosa ou se o ônus recair sobre quem tem o acesso menos facilitado à informação. Observa que o mau direcionamento do ônus da obtenção da informação pode causar efeito nenhum nos incentivos para adquirir informações – p. ex., se porventura a informação for imposta ao comprador, mas sua utilização venha a beneficiar apenas o vendedor. Afirma que as distorções de incentivos tendem a ser menos graves para quem vende o produto ou oferece o serviço do que para quem tem a intenção de adquiri-los, pois os vendedores podem obter com a barganha um aumento no valor a partir da informação, ao contrário do comprador, que, ao revelar ao vendedor algo de positivo sobre o seu produto ou a forma de utilizá-lo, pode não se beneficiar disso, na medida em que poderá o vendedor se valer da informação para aumentar o preço ou procurar quem desembolse mais pelo que está oferecendo. Assim, da lição de Shavell depreende-se que os encargos da busca da informação devem estar direcionados a quem tem maior facilidade na sua obtenção e mais provavelmente se beneficiará dela, devendo revelá-la somente no caso de

---

<sup>367</sup> SHAVELL, Steve. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, MA (EUA) : Harvard University Press, 2004

<sup>368</sup> “[...]In the absence of a disclosure requirement, sellers will tend not to disclose unfavorable information – such as that the basement of a home leaks – because this information would tend to lower the price; thus a disclosure requirement results in revelation of unfavorable information by sellers and lower prices, such as for homes with leaky basements. Similarly, buyers will not disclose favorable information in the absence of disclosure requirements, for that would tend to raise the price that they would have to pay. For example, the buyer of a commodity that he knows is likely to go up in price would have to pay a higher price if he revealed that information, and a disclosure obligation would cause that to occur.” (SHAVELL, Steve. op. cit. cap. 14, p. 5)



ser socialmente útil, ou seja, quando a informação puder ser utilizada por todos para aumentar o valor de determinada coisa. No ponto, Shavell observa que as informações podem ter baixo ou nenhum valor social, ainda que dotadas de valor privado – quando servem em benefício de um, mas o outro nada tem a fazer com a informação –, e defende que quando a informação tiver um reduzido valor social, devem ser desencorajados os custos de sua aquisição e a imposição dos deveres de revelação, mesmo que não haja nenhum custo nesta revelação. Afirma o autor que o dever de revelação repercute de forma mais forte quando a informação está em posse do vendedor do que quando está à disposição do comprador, pelo fato de ser o comprador quem normalmente faz a utilização da informação se tornar socialmente valiosa<sup>369</sup>, não o vendedor. Por outro lado, assinala que o dever de informar é socialmente indesejado quando as obrigações de revelação retirarem incentivos de busca de informação, ou seja, quando tornarem a parte inerte em relação ao dever de adquirir informações que não estão em sua posse.

Com distinção ao tratar da liberdade dos contratos, Fernando Araújo pondera que a assimetria informativa não é um acaso, tampouco uma fatalidade, mas “[...]o resultado de um arranjo social vantajoso para todos os envolvidos, começando por aqueles que, por força da divisão social de informação, se encontram ocasionalmente do lado menos protegido da assimetria informativa”<sup>370</sup>. Afirma o autor que o fato de uma parte saber menos em comparação a outra não é desvantagem fortuita, mas o preço suportado por cada um paga para concentrar-se na aquisição do conhecimento que se especializou e ser dispensado da aquisição do conhecimento técnico específico do objeto do contrato. Fernando Araújo justifica que não se busca nos contratos uma convergência, equiparação de posições, ou nivelamento, mas vantagens diferentes, “[...]e a persistência de uma tal diferença é indispensável à aferição das vantagens separadamente alcançadas”<sup>371</sup>. Assim, o autor critica a interferência de externalidades que buscam reconduzir o contrato a

---

<sup>369</sup> Exemplifica o autor: “Thus, it is desirable that the seller of a house tell the buyer about the leaky basement so that the buyer will not store valuables there or can fix the problem. By contrast, it is not necessary for the buyer of land who has information about its mineral bearing potential to divulge this to the seller for the information to be put to use, for the buyer of the land will be the party who extracts the minerals”. (SHAVELL, Steve. Foundations of economic analysis of law. Cambridge, MA (EUA) : Harvard University Press, 2004, cap. 14, p.6)

<sup>370</sup> ARAÚJO, Fernando. Uma pequena nota em defesa da liberdade nos contratos (apresentação do livro de Luiz Henrique Sormani Barbugiani, Os contratos de assistência à saúde e a justiça contratual). Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Lisboa. Ano 3, nº. 7, 2014, p. 4723

<sup>371</sup> *Ibidem*, p. 4724

uma justiça distributiva, representando violência contra os incentivos espontâneos às partes, inclinando-se ao entendimento de que as regras e a intervenção devem garantir um tratamento igual, mas no sentido de não discriminação<sup>372</sup>. Nesta senda, mesmo nas legislações mais protetoras, os deveres de informação devem corresponder ao fornecimento eficiente da informação, sem a pretensão de obrigar uma ou outra parte ao fornecimento de todo e qualquer tipo de informação, ilimitadamente.

No direito pátrio, não são muitos os casos de previsão específica do dever de informar na fase pré-contratual. Igual ao que ocorre no direito português, deflagrado por Engracia Antunes, a fase pré-contratual está, via de regra, sob a tutela das regras gerais da boa-fé<sup>373</sup>, não havendo qualquer obrigação legal de informação recíproca entre as partes:

[...]o “*iter contractus*” apenas se inicia com a emissão das declarações negociais das partes (oferta e aceitação) – deixando assim na sombra toda a fase preliminar ou preparatória a estas conducente – e, de outro, que compete a cada uma das partes o ônus de, no seu próprio interesse, se inteirar de todos os aspectos necessários ou pertinentes ao objecto negocial (“*caveat emptor*”) – não existindo qualquer obrigação legal de informação recíproca entre ambas, ressalvadas as regras gerais da boa fé negocial.<sup>374</sup>

---

<sup>372</sup> Em suas palavras: “[...]as partes quererão legitimamente ser objecto de um tratamento igual, no sentido de não discriminatório, imparcial; mas nada indica, bem pelo contrário, que quererão que desse tratamento igual nasça uma igualdade de resultados, uma igualdade de posições ou até uma igualdade “material” de vantagens. A observância deontológica da imparcialidade (“*fairness*”) muito simplesmente tornará dispensável qualquer indagação retificadora em nome da “igualdade de resultados” que as partes não terão normalmente incentivo a prosseguir (pense-se que qualquer exigência de “paridade de resultados” tenderá a reduzir drasticamente o universo de parceiros contratuais potenciais).” (ARAÚJO, Fernando. Uma pequena nota em defesa da liberdade nos contratos (apresentação do livro de Luiz Henrique Sormani Barbugiani, Os contratos de assistência à saúde e a justiça contratual). Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Lisboa. Ano 3, nº. 7, 2014, p. 4725)

<sup>373</sup> Assevera Judith Martins-Costa: “Não há dúvida de que os deveres de informação constituem uma das mais relevantes traduções da boa-fé na vida social. A importância desses deveres (por vezes postos como verdadeiras obrigações contratuais) e a sua modelação concreta vem sendo processada *pari passu* ao reconhecimento da desigualdade material dos membros do conjunto social. Poderíamos dizer que a relevância dos deveres de informação decorre da *relevância da diferença* que se põe como necessária consequência da “transversalidade” que hoje recobre a fisionomia da sociedade civil, da fissura no mito da igualdade formal que alicerçou a Codificação oitocentista.” (MARTINS-COSTA, Judith. Ação Indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *In* Revista dos Tribunais. ano 92, v. 812, jun. 2003, p. 82)

<sup>374</sup> ANTUNES, Engracia. Dos Contratos Comerciais em Geral, Coimbra: Almedina, 2015, p. 93

Com efeito, o comportamento das partes antes da conclusão do contrato (e depois) deverá sempre pautar-se pelo princípio da boa-fé<sup>375</sup>, o qual determina a adoção de um comportamento reto e honesto nas negociações e, como consectário, o dever de prestar informações apropriadas relacionadas ao contrato, “[...]especialmente daquelas relevantes para a formação do juízo, em cada um dos envolvidos, acerca da conveniência e oportunidade do negócio”<sup>376</sup>. Ensina Judith Martins-Costa que os deveres informativos em sentido lato (informar, avisar, revelar, esclarecer e aconselhar<sup>377</sup>) servem, na fase pré-contratual, para viabilizar o consentimento informado e proteger “[...]a higidez da manifestação negocial e a confiança que possibilita não apenas acalentar expectativas legítimas mas, igualmente, avaliar riscos”<sup>378</sup>. Acrescenta, ademais, que a utilização da boa-fé no tocante ao dever de informar serve “[...]ou para preencher lacuna ou para otimizar o dever de colaboração, reduzindo a assimetria informativa”<sup>379</sup>.

Como corolário da boa-fé objetiva, o dever de informar pode assumir diversas naturezas dependendo das circunstâncias negociais. Judith Martins-Costa trata dos deveres informativos como um grupo polimorfo<sup>380</sup>, na medida em que a informação pode dizer respeito a um *dever principal*, a um *dever anexo* ou a um *dever de proteção*, sendo os dois primeiros correspondentes aos interesses de prestação e o último aos interesses de proteção, os quais frequentemente estarão sobrepostos<sup>381</sup>. Elucida a citada autora que o dever de informar se trata de dever principal quando a

<sup>375</sup> “[...]O fato de que a lei estabeleça com relação a certos contratos o dever de informar sobre determinados aspectos da contratação, não quer isso dizer que tal obrigação seja exclusiva destes. A minguada de um preceito ordenador do dever de informar no atual CC, faz com que a boa-fé seja neste sentido um *ersatz*, à exemplo das regras contidas no CDC.” (TADEU, Silney Alves. O dever de informar: Considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, abr. 2006, p.266)

<sup>376</sup> FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 227

<sup>377</sup> No tocante ao aconselhamento, ressalva Silney Alves Tadeu: “Tampouco, encontra-se compreendido dentro do dever de informar, dar conselhos ou recomendações a outra parte, pois não se trata aqui, nas palavras de Gómez Calle, de uma simples e objetiva informação, senão de proporcionar uma recomendação subjetiva. Daí que o dever de aconselhar pressuponha requisitos adicionais, sendo *menester* que o informante tenha assumido, fazendo confiar a outra parte que ia proporcionar dados levados em conta especificamente em seu caso, o que exista entre ambas partes uma estreita relação de confiança, ou bem que o caráter mesmo do objeto obrigacional gere um específico dever de conselho como ocorre na prestação de certos serviços profissionais como médico por exemplo.” (TADEU, Silney Alves. op. cit. p. 267)

<sup>378</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 529

<sup>379</sup> *Idem*. Ação Indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *In* Revista dos Tribunais. ano 92, v. 812, jun. 2003, p. 85

<sup>380</sup> MARTINS-COSTA, op. cit. 2015, p. 526

<sup>381</sup> *Ibidem*, p. 528

informação constitui o objeto do contrato<sup>382</sup>; de dever anexo quando estabelecer-se vinculação imediata da informação com os deveres principal e secundário, a possibilitar à contraparte o cumprimento satisfatório do contrato, precipuamente quando a informação fizer esclarecer as qualidades do objeto do contrato e o alcance das prestações, então, enquanto dever anexo, a informação é *instrumental* ao cumprimento do contrato, porquanto útil à obtenção do resultado visado pela obrigação principal e necessária para o melhor adimplemento do negócio<sup>383</sup>; e de dever lateral de proteção quando necessária a informação para prevenção contra os eventuais riscos do contrato<sup>384</sup> ou para simplesmente evitar prejuízos decorrentes de expectativas que poderiam ser criadas sem ela.

Na fase negocial, na qual se sobressaem os deveres de proteção, a informação cumpre a finalidade de salvaguardar os interesses daqueles indivíduos que ainda não são partes de um contrato, ou seja, quando ainda “[...]não existe relação de crédito na qual se correlacionam o direito de crédito e o dever de prestar[...]”<sup>385</sup>, mas mesmo assim há necessidade de preservação da esfera jurídica de cada um dos negociantes. Nesta fase prévia ao contrato, será o cumprimento dos deveres informativos que permitirá ao pretense contratante avaliar os riscos e consectários da relação a que poderá se submeter. E para viabilizar o consentimento informado, bem como a posterior execução do contrato tratado, há circunstâncias na fase pré-contratual em que, ao lado de corresponder a dever de proteção, a informação configura dever anexo – instrumental à obrigação principal – a ser cumprido pelos negociantes, porquanto a informação obtida antes da formação do contrato é que viabilizará mensurar a extensão da prestação e evitará comprometer o cumprimento do contrato por inexistência ou incorreção de dados. À vista disso, pela observância à boa-fé objetiva, ao negociante recai a obrigação de “[...]informar a respeito dos fatos relativos ao contrato que tenham aptidão para

---

<sup>382</sup> Nos exemplos utilizados por Judith Martins-Costa, a informação consolida-se como dever principal quando há um contrato “[...]cujo objeto reside na prestação de informações sobre aplicações financeiras”; ou um contrato “[...]de consultoria financeira para atuação no mercado de capitais; ou quando alguém contrata outrem para obter informação sobre a situação registral de determinado imóvel”. (MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 227 e 526)

<sup>383</sup> *Ibidem*, p. 227

<sup>384</sup> Na linha de raciocínio de Judith Martins-Costa: “[...]informa-se, exemplificativamente, que determinada substância medicamentosa não poderá ser ingerida em jejum, por provocar potencialmente danos à saúde, sendo os destinatários dessa informação quaisquer pessoas e não apenas as que compraram o medicamento.” (MARTINS-COSTA, op. cit. 2015. p. 227)

<sup>385</sup> *Ibidem*, p. 529

determinar o consentimento e que devem estar centrados dentro da realidade negocial, isto é, recair sobre os elementos do futuro contrato<sup>386</sup>, condizendo com às expectativas futuras da relação contratual.

### iii. Dever de informar na fase que antecede a conclusão do contrato de seguro.

O contrato de seguro é emblemático no tocante à questão de o dever de informar ter natureza de dever anexo na fase pré-contratual e na conclusão do contrato, para fins de elaboração da proposta pelo estipulante. Com efeito, há no contrato de seguro, desde antes da vinculação das partes, um dever<sup>387</sup> recíproco de informação, em virtude de a quantidade e a qualidade das informações prestadas atingirem diretamente o conteúdo da obrigação principal da avença. Se por um lado o segurador deve informar com exatidão sobre o alcance da garantia, por sua vez, cabe ao tomador do seguro ou ao segurado, quando da elaboração da proposta, informar sobre tudo aquilo que possa interferir no risco do contrato<sup>388</sup> ou, nas palavras de Judith Martins-Costa, “[...]sobre o que possa repercutir na estrutura atuarial da operação jurídico-econômica em causa”<sup>389</sup>, não podendo se omitir ou

---

<sup>386</sup> TADEU, Silney Alves. O dever de informar: Considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, abr. 2006, p. 266

<sup>387</sup> Sobre o tema, assevera Luís Poças: “Desde logo, está em causa, do nosso ponto de vista, um verdadeiro *dever* jurídico, e não um ónus, carga ou *Obliegenheit*. De relevante para a distinção, sublinhe-se a normatividade da vinculação, estabelecida para tutela da posição do segurador, e cujo incumprimento é, conseqüentemente, merecedor de um juízo de censura e de uma sanção legal[...]. A vinculação consubstancia, portanto, um dever pré-contratual de fonte legal, distinguindo-se, nessa medida, do dever de participação do agravamento do risco ou do ónus de comunicação da diminuição do risco.” (POÇAS, Luís. O dever de descrição exata e completa do risco a segurar. *In* RJLB, ano II, n. 2, Lisboa: 2016, p. 815). Em sentido contrário, Clóvis V. do Couto e Silva defende: “O segurado está obrigado a indicar, em atenção ao contrato que se aperfeiçoa, todas as circunstâncias que possam influir no cômputo do prêmio. Note-se, porém, que esse “dever” não passa de ónus, e que isso ocorre naquelas situações em que é facultado à parte, ao fazer determinado seguro, incluir no âmbito de abrangência da apólice certos bens, ou cobrir área maior ou menor de risco. Aí se cogita de “dever para consigo mesmo”, o que não constitui propriamente dever em sentido jurídico, mas meramente ónus.” (COUTO E SILVA, Clóvis V. A obrigação como processo. 1ªed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 95)

<sup>388</sup> Código Civil. Artigo 759: “A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco.”

<sup>389</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 227

fazer declarações inexatas acerca das circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio (art. 766 do Código Civil<sup>390</sup>).

A omissão ou imperfeição das informações necessárias pelas partes antes da adesão do segurado (estipulante) ao contrato pode acarretar descumprimento do contrato quando a cobertura do risco se fizer necessária, pois de um lado, na ausência de informações pelo segurador, o segurado não terá certeza do alcance da prestação do seguro, se há ou não cobertura para o seu risco, e, de outro, sem informações completas e exatas, o segurador aceitará o contrato sem antes determinar sua vontade negocial, tampouco estabelecer as condições contratuais equivalentes à probabilidade e intensidade do risco, especialmente as de cunho tarifário, porque a conduta do estipulante tem o condão de comprometer a base atuarial do contrato<sup>391</sup>, socorrendo-lhe, em caso de incumprimento do dever, por culpa ou dolo, o direito de retenção e cobrança antecipada do prêmio, como forma de sanção ao segurado, bem como a perda da garantia (aqui o descumprimento do dever de informar gera efeitos no plano da eficácia), ou, sem culpa ou dolo, a rescisão do contrato pelo vício de consentimento (os efeitos incidem no plano da validade)<sup>392</sup>.

Sobre a natureza do dever de declaração unilateral do risco, Luís Poças afirma: “Tomando a relação obrigacional de seguro numa perspectiva ampla e complexa, o dever pré-contratual de declaração do risco constitui um dever lateral ou acessório de informação, fundado na boa fé e com fonte numa norma legal especial”<sup>393</sup>.

---

<sup>390</sup> Código Civil. Artigo 766: “Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.”. E parágrafo único: “Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio”.

<sup>391</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 227

<sup>392</sup> Luís Poças aquilata: “[...]Trata-se, portanto, de um dever de informação. Se a descrição não for feita de maneira exata, estaremos perante inexatidões ou falsidades. Se não for efetuada de forma completa, haverá omissões ou, na terminologia mais tradicional, reticências. Qualquer que seja, de entre as referidas, a modalidade de incumprimento, é, em regra (pelo menos, nos sistemas jurídicos da família romano-germânica), atualmente idêntico o respetivo regime e a sanção do seu incumprimento.” (POÇAS, Luís. *O dever de descrição exata e completa do risco a segurar*. In RJLB, ano II, n. 2, Lisboa: 2016, p. 816)

<sup>393</sup> *Ibidem*, p. 823

Na forma de dever anexo, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou a regra da declaração unilateral dos fatos pelo estipulante no Código Civil de 1916<sup>394</sup> e, desde lá, vem sendo aplicada pelos tribunais quando a violação do dever interfere na aceitação da proposta pelo segurador<sup>395</sup>. Posteriormente, o código sucessor, atual Código Civil, como dito, também trouxe a prescrição da regra e os tribunais mantiveram sua aplicação, notadamente, porque a ausência do cumprimento do dever acarreta desequilíbrio contratual em detrimento do segurador<sup>396</sup>. Nesta senda, no ano de 2005, fazendo valer a norma do Código Civil, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP<sup>397</sup> emitiu circular orientando aos seguradores acerca da

---

<sup>394</sup> Código Civil de 1916. Artigo 1.443: “O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.”. E artigo 1.444: “Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido”.

<sup>395</sup> Neste contexto: “Seguro. 1. Declarações. A declaração falsa ou incompleta, no contrato, por parte do segurado, influenciando na aceitação da proposta, acarreta a perda do direito ao valor do seguro (CCV, ARTS. 1.443 E 1.444). 2. Beneficiário. Declarado ineficaz, ou nulo, o contrato do seguro, tal efeito alcança por igual o beneficiário. 3. Recurso conhecido pelo dissídio, porem improvido.” (REsp 2.457/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/1990, DJ 04/06/1990, p. 5060)

<sup>396</sup> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. QUESTIONÁRIO DE AVALIAÇÃO DE RISCO. INFORMAÇÕES INVERÍDICAS DO SEGURADO. CONDUTOR PRINCIPAL. VAGA DE GARAGEM. INTERFERÊNCIA NA CLÁUSULA DE PERFIL. PAGAMENTO DE PRÊMIO A MENOR. MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. PERDA DO DIREITO À GARANTIA NA OCORRÊNCIA DO SINISTRO. EXEGESE DOS ARTS. 765 E 766 DO CC. 1. O contrato de seguro é baseado no risco, na mutualidade e na boa-fé, que constituem seus elementos essenciais. Além disso, nesta espécie de contrato, a boa-fé assume maior relevo, pois tanto o risco quanto o mutualismo são dependentes das afirmações das próprias partes contratantes. 2. A seguradora, utilizando-se das informações prestadas pelo segurado, como na cláusula de perfil, chega a um valor de prêmio conforme o risco garantido e a classe tarifária enquadrada, de modo que qualquer risco não previsto no contrato desequilibra economicamente o seguro, dado que não foi incluído no cálculo atuarial nem na mutualidade contratual (base econômica do seguro). 3. A má-fé ou a fraude são penalizadas severamente no contrato de seguro. Com efeito, a fraude, cujo princípio é contrário à boa-fé, inviabiliza o seguro justamente porque altera a relação de proporcionalidade que deve existir entre o risco e a mutualidade, rompendo, assim, o equilíbrio econômico do contrato, em prejuízo dos demais segurados. 4. A penalidade para o segurado que agir de má-fé, ao fazer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta pela seguradora ou na taxa do prêmio, é a perda do direito à garantia na ocorrência do sinistro (art. 766 do CC). E assim é porque o segurado e o segurador são obrigados a guardar, na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes (art. 765 do CC). 5. Apenas se o segurado agir de boa-fé, ao prestar declarações inexatas ou omitir informações relevantes, é que o segurador poderá resolver o contrato ou, ainda, cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio, sem prejuízo da indenização securitária. 6. Retirar a penalidade de perda da garantia securitária nas fraudes tarifárias (inexatidão ou omissão dolosas em informação que possa influenciar na taxa do prêmio) serviria de estímulo à prática desse comportamento desleal pelo segurado, agravando, de modo sistêmico, ainda mais, o problema em seguros de automóveis, em prejuízo da mutualidade e do grupo de exposição que iria subsidiar esse risco individual por meio do fundo comum. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1419731/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 09/09/2014)

<sup>397</sup> A SUSEP é órgão brasileiro responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro.

necessidade de advertência do segurado sobre as implicações das informações inverídicas ou omissões devidamente comprovadas<sup>398</sup>. E a tendência no direito brasileiro é a manutenção e a consolidação desse sistema de dever de declaração unilateral pelo estipulante, observado a partir dos termos do Projeto de Lei nº 3555-2004, apresentado na Câmara dos Deputados logo após a vigência do Código Civil de 2002 e ainda em trâmite, cujo objeto é a criação da Lei do Contrato de Seguro, para fins de estabelecer normas gerais em contratos de seguro privado e revogar dispositivos do Código Civil<sup>399</sup>.

O dever recai sobre o segurado, consoante acentua Luís Poças<sup>400</sup>, em razão de, como dono ou gestor do risco extracontratual sobre o qual incidirá o contrato de seguro, ele possuir conhecimento privilegiado sobre os fatos caracterizadores desse risco. Segundo o autor<sup>401</sup>, constituem fundamentos materiais da regra a assimetria informativa e a confiança, essa última porque traduz uma vulnerabilidade objetiva merecedora da tutela, de crença na boa-fé e lealdade do outro contraente, resultando as omissões ou inexatidões da declaração do risco em quebra da relação de confiança e, sobretudo, violação do princípio da boa-fé<sup>402</sup>. Por sua vez, a

<sup>398</sup> Circular SUSEP nº 302, de 19 de setembro de 2005, fl. 21. Seção XV. Das Informações para Avaliação de Risco. Artigo 82: “As sociedades seguradoras que utilizarem critérios baseados em questionário de avaliação de risco para cálculo dos prêmios deverão fornecer todos os esclarecimentos necessários para o correto preenchimento do questionário, bem como especificar todas as implicações, no caso de informações inverídicas ou omissões devidamente comprovadas.”. Parágrafo único: “Fica vedada a negativa do pagamento da indenização ou aplicação de qualquer tipo de penalidade ao segurado ou beneficiário quando relacionada a perguntas que utilizem critério subjetivo para a resposta ou que possuam múltipla interpretação”.

<sup>399</sup> O projeto prevê a redação do artigo 47 da seguinte forma: “O proponente é obrigado a fornecer as informações necessárias para a aceitação do contrato e fixação da taxa para cálculo do valor do prêmio, de acordo com o questionamento que lhe submeta a seguradora”.

<sup>400</sup> POÇAS, Luís. O dever de descrição exata e completa do risco a segurar. *In* RJLB, ano II, n. 2, Lisboa: 2016, p. 818

<sup>401</sup> *Ibidem*, p. 819

<sup>402</sup> “[...]o facto de estarmos numa fase pré-contratual convoca necessariamente o princípio da boa-fé, na medida em que é de esperar que, na fase de negociações de um contrato, as partes se comportem de forma leal e honesta, devendo, no caso em apreço (dever de informação), comunicar informações de conhecimento essencial para a contraparte. Para além disso, é expectável que as partes não se enganem, não mintam e se inibam de transmitir informações erradas.” (LOURO, Vanessa. Declaração Inicial do Risco no contrato de seguro: Análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores. *In* Revista Eletrónica de Direito. n.2, Porto, jun. 2016, p. 11). Luís Poças entende ser a boa-fé um dos fundamentos normativos do dever de declaração do risco: “[...]é esse princípio que se destaca como fundamento dominante do regime da declaração do risco. O seguro é, aliás, normalmente classificado como contrato *uberrima fides* ou *de máxima boa fé* o que decorre de a respectiva natureza implicar uma tendencial aleatoriedade, da existência de uma assimetria informativa e de uma especial relação de confiança entre as partes como elemento inerente ao tipo, requerendo um regime específico que confira uma especial tutela ao confiante e traduzido, nomeadamente, no reconhecimento de um amplo dever de informação sobre as circunstâncias relevantes para a formação da vontade negocial do mesmo.” (POÇAS, op. cit. p. 823)



assimetria informativa decorre da inacessibilidade do conhecimento dos fatos que interferem no risco pelo segurador, de cunho material, legal e econômico, conforme leciona Luís Poças:

Ora, para o segurador a inacessibilidade do conhecimento do risco suscita-se em várias vertentes. Desde logo, poderá ocorrer uma inacessibilidade material, já que muitas dessas características encontram-se num espaço de acesso reservado ao proponente, ou são conhecimentos ou estados subjetivos de que não existe evidência física (intenções futuras do proponente, por exemplo). Por outro lado, verifica-se uma inacessibilidade legal quanto a factos respeitantes à reserva da vida privada do proponente, em especial quando incidam sobre dados pessoais. Por fim, há uma inacessibilidade económica quanto a factos materialmente acessíveis ao segurador, mas cuja investigação seria de tal forma onerosa ou demorada que se revelaria incompatível com as atuais exigências de mercado.<sup>403</sup>

Por conseguinte, determinar ao estipulante o dever de informar antes da conclusão do contrato configura regra socialmente mais útil do que a de imputar ao segurador o ônus de investigar as particularidades de cada um de seus segurados para adequação do prêmio ao risco e enquadramento na respectiva classe tarifária.

Luís Poças coloca ao lado dos fundamentos materiais os fundamentos normativos do dever de declaração, quais sejam a boa-fé objetiva; a álea contratual, base do sinalagma entre a obrigação certa do prêmio e a eventual da prestação de indenização do segurador, a qual demanda a paridade informativa para evitar “[...]a viciação especulativa daquela *alea* e da justiça comutativa inerente à proporcionalidade entre o prêmio e o risco”<sup>404</sup>, que dá ensejo ao problema da seleção adversa<sup>405</sup>; e a autonomia de vontade, pois a transmissão de informações

---

<sup>403</sup> POÇAS, Luís. O dever de descrição exata e completa do risco a segurar. *In* RJLB, ano II, n. 2, Lisboa: 2016, p. 818

<sup>404</sup> *Ibidem*, p. 820 e 821

<sup>405</sup> Acentua Luís Poças: “Essa viciação potencia, aliás, uma espiral de seleção adversa – processo através do qual o desajustamento entre o prêmio pago pelo estipulante e o risco incorrido pelo segurador leva a uma necessária e progressiva elevação do valor dos prémios (de modo a compensar os sinistros), conduzindo ao gradual afastamento dos melhores riscos (os de menor probabilidade, que conseguem prémios mais baixos noutros seguradores) e à concentração dos piores riscos (para os quais o prêmio será ainda compensador) – que poderá originar o próprio colapso da atividade do segurador”. No ponto, complementa o autor: “Este efeito é, não obstante, mitigado pelo concurso de três fatores que obstam ao afastamento dos “bons riscos”. Desde logo, a *alea* caracterizadora do contrato, no sentido em que, quanto maior a *alea* contratual, menor o risco de seleção adversa. Por outro lado, a falta de transparência no cômputo do prêmio, no sentido em que,

inexatas ou o silenciamento de dados relevantes quanto ao risco provoca o vício do consentimento do segurador<sup>406</sup>. Assim, o autor insere o instituto da declaração do risco em uma intersecção entre as regras pré-contratuais de conduta decorrentes da boa-fé, as regras de validade inerentes à teoria dos vícios de consentimento e as regras inerentes à natureza dos contratos aleatórios.

Porém, conquanto há muito o ordenamento jurídico pátrio impute ao proponente o dever de descrição exata e completa das características que possam interferir no risco, como é feito em Portugal, na Itália e na Bélgica<sup>407</sup>, não existe prévia e precisa limitação aos fatos objeto deste dever<sup>408</sup>, surgindo dificuldade ao proponente para saber exatamente o que deve declarar, modelo que, segundo Poças, “[...]potencia alguma incerteza e tende a promover a litigância judicial, conferindo ao juiz uma margem de discricionariedade significativa na decisão do caso<sup>409</sup>”. Não obstante, a doutrina e os tribunais conferem diretrizes para a circunscrição e o cumprimento do dever neste sistema de declaração espontânea, tais como a boa-fé, pela qual o dever incide sobre fatos de conhecimento do proponente, levando em conta um critério subjetivo, vinculado à situação concreta do estipulante<sup>410</sup>, isto é, de que a informação efetivamente estava ao alcance do proponente, conforme defende Judith Martins-Costa:

[...]há dever de veracidade sobre as condições de sua pessoa e do patrimônio segurado, fornecendo dados acerca da situação da coisa a ser segurada. Não se exige, contudo, que informe o que não saiba, o que não poderia saber, nem que tenha deveres auto-informativos tão estritos e rigorosos quanto os imputados à seguradora, pois o segurado não é, nessa relação, o <<profissional>>, e pode não saber, por exemplo, que está a sofrer de diabetes, ou que seu colesterol alto indica <<doença pré-existente>>. Seria conduta

---

quanto menor for o conhecimento do tomador quanto aos critérios de determinação do prémio, menor o risco de seleção adversa. Finalmente, o perfil psicológico de aversão ao risco que caracteriza os consumidores de seguros, no sentido em que, quanto maior esta aversão, menor o risco de seleção adversa.” (POÇAS, Luís. O dever de descrição exata e completa do risco a segurar. *In* RJLB, ano II, n. 2, Lisboa: 2016, p. 821)

<sup>406</sup> *Ibidem*

<sup>407</sup> *Ibidem*, p. 844

<sup>408</sup> *Ibidem*, p. 842

<sup>409</sup> *Ibidem*, p. 845

<sup>410</sup> LOURO, Vanessa. Declaração Inicial do Risco no contrato de seguro: Análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores. *In* Revista Eletrónica de Direito. n.2, Porto, jun. 2016, p. 13

contrária à boa-fé, por parte da seguradora, omitir-se na prestação de garantia por exigência de tal natureza.<sup>411</sup>

Ao lado disso, há necessidade de os fatos serem relevantes para avaliação do risco e aceitação pela seguradora<sup>412</sup>, a quem é conferido o direito de recusar a contratação. Somente se exigirá do proponente, então, a informação que possibilite a delimitação do risco, habilite o segurador a formar a sua vontade de contratar e influencie determinadas cláusulas do contrato que se interligam com o risco<sup>413</sup>.

Neste contexto, torna-se benéfica a formulação de um questionário pelo segurador, para que faça constar questionamentos acerca dos elementos de relevância para a formação de sua vontade e a precificação do contrato, presumindo-se relevante tudo o que está nele incluído, de maneira que o proponente não poderá razoavelmente deixar de tê-los por significativos<sup>414</sup>. Contudo, inexistente obrigatoriedade da oposição do questionário ao proponente, além de que, mesmo na hipótese de haver entrega do questionário, tal fato não exime o estipulante de prestar informações importantes que alterem o risco do contrato, concretizando o princípio da boa-fé<sup>415</sup>.

Trata-se de um sistema de questionário facultativo, o qual consagra o sistema de dever espontâneo, portanto, que pode ser ou não utilizado pelo segurador e também não necessariamente precisa esgotar todas as questões relevantes, conquanto as informações que ali estejam devam ser tidas como indispensáveis. Assim, ao estipulante caberá o crivo das demais informações para, espontaneamente e com exatidão, fornecer aquelas que alguma utilidade tiverem para a contratação, evidentemente ressalvado, como já dito, o que não saiba, não

---

<sup>411</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 346

<sup>412</sup> Ressalva Luís Poças: “Porém este requisito de relevância pode ser aferido, quer na esfera do segurador (cuja autonomia da vontade se visa salvaguardar), quer na do proponente (para quem a imputação de um incumprimento deverá pressupor a censurabilidade da conduta e, logo, a consciência de que o facto em causa era relevante), podendo ser ainda aferido em abstrato (modelo de segurador “prudente” ou de proponente “razoável”) ou em concreto, atendendo às peculiaridades da parte em questão.” (POÇAS, Luís. *O dever de descrição exata e completa do risco a segurar*. In RJLB, ano II, n. 2, Lisboa: 2016, p. 817)

<sup>413</sup> LOURO, Vanessa. *Declaração Inicial do Risco no contrato de seguro: Análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores*. In *Revista Eletrónica de Direito*. n.2, Porto, jun. 2016, p. 13

<sup>414</sup> POÇAS, op. cit. p. 829

<sup>415</sup> LOURO, op. cit. p. 12

poderia saber ou apenas teria como saber através de rigoroso dever de auto informação<sup>416</sup>.

Mormente, o caráter facultativo do questionário diz respeito a uma opção legislativa, mas que vem sendo relativizada em determinadas hipóteses para não se tornar excessivamente favorável ao segurador, de modo que, após aceitar a contratação, não pode este se valer de argumentos de omissão de resposta à pergunta do questionário ou de resposta imprecisa à questão formulada em termos genéricos para livrar-se do pagamento da indenização<sup>417</sup>.

Todavia, embora os Tribunais mostrem-se dispostos a suavizar o ônus do estipulante para definir quais as informações são relevantes e devem ser prestadas, em realidade, o atendimento do dever de declarar o risco do contrato ainda independe da existência de um formulário prévio e completo, recaindo sobre o proponente o dever de aferir a relevância da informação. Portanto, diz respeito a sistema de declaração de risco diverso do sistema de dever de resposta, como adotado na Alemanha e na França, assim descrito:

---

<sup>416</sup> Colhe-se do Superior Tribunal de Justiça acórdão no qual se rechaçou onerar o segurado com a perda do direito à indenização por não ter o segurador solicitado exames médicos do segurado que gozava de boa saúde ao tempo da contratação, mitigando, assim, os deveres da auto informação, *in verbis*: AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - DEMANDA POSTULANDO O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA (SEGURO DE VIDA) - DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO RECLAMO DA BENEFICIÁRIA DE SEGURO DE VIDA. INSURGÊNCIA DA SEGURADORA 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de não ser possível à seguradora eximir-se do dever de pagamento da cobertura securitária sob a alegação de omissão de informações por parte do segurado, se dele não exigiu exames médicos prévios à contratação do seguro. Precedentes. 1.1. Consoante cediço no STJ, a suposta má-fé do segurado (decorrente da omissão intencional de doença preexistente) será, excepcionalmente, relevada quando, sem sofrer de efeitos antecipados, mantém vida regular por vários anos, demonstrando que possuía razoável estado de saúde no momento da contratação/renovação da apólice securitária. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1359184/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016)

<sup>417</sup> Neste viés, destacam-se dois julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: Seguro prestamista. [...] Contrato de adesão, não reclamando a demandada exame médico ou questionário minucioso, a que fale em omissão sobre doença preexistente. Existência de declaração genérica de que o aderente-segurado estava em perfeitas condições de saúde e desconhecia ser portador de quaisquer doenças que poderiam agravar seu estado de saúde. [...] Apelação desprovida. (ApC. 1002559-91.2014.8.26.0269. Relator: J. Paulo Camargo Magano; Órgão julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/12/2016; Data de registro: 05/12/2016). Contrato de seguro prestamista – Financiamento de veículo – Morte do segurado – Doença preexistente. 1 - Omitindo-se em informações precisas sobre o contrato de seguro e não exigindo do interessado realização de exame médico ou preenchimento de questionário quanto a eventuais doenças, a seguradora assume o risco inerente à operação, ficando impossibilitada de questioná-la no futuro, diante de ocorrência de sinistro. [...] Ação parcialmente procedente. Recursos não providos. (ApC. 1021676-44.2015.8.26.0007. Relator: Itamar Gaino; Órgão julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/01/2017; Data de registro: 23/01/2017)

No que toca ao segundo sistema, o do questionário fechado, a Seguradora tem, obrigatoriamente, de apresentar um questionário, este tem de ser elaborado por forma a permitir que o Tomador do seguro/Segurado declare todas as circunstâncias relevantes para a Seguradora no que diz respeito ao risco. Assim, neste caso, o único dever que recai sobre o Tomador de Seguro/Segurado é o de responder de forma completa e verdadeira às questões integradas no questionário, não sendo obrigado a ir para além dele.<sup>418</sup>

Luís Poças diferencia os sistemas de dever de *informação espontânea* e de dever de *resposta*, afirmando que no primeiro “[...]o proponente assume o papel ativo de revelar de forma completa e exata todos os fatos relevantes, mesmo que o segurador se remeta a um papel inteiramente passivo e nada questione” e, no segundo, quem assume o papel ativo é o segurador, cabendo a ele elaborar questionário com todas as questões que avalia significantes, resguardada ao estipulante a “[...]posição passiva de responder de forma exata e completa às questões colocadas, âmbito a que fica confinado o dever de informação”<sup>419</sup>.

Conforme referido, o sistema brasileiro é o de dever de informação espontânea, no entanto, do ponto de vista da eficiência, o tratamento da matéria dado pelo legislador não merece ser considerado como melhor alternativa. Se, por um lado, o pensamento econômico corrobora que o dever de informação deve recair sobre o estipulante, pois é quem a menores custos pode tornar a informação pública e erradicar a assimetria informativa, pelo fato de as informações sobre si serem evidentemente mais acessíveis a ele do que ao segurador, o mesmo não se pode dizer quanto ao sistema de declaração escolhido.

Isso porque o regime jurídico do contrato de seguro sempre tratou do segurador como a parte mais suscetível de sofrer com as mazelas da assimetria informativa, posição justificada por ter sido a disciplina erigida sobre um cenário de extrema incerteza – de cumprimento das transações no comércio internacional marítimo –, que tornava deveras instável, em desfavor do segurador, o equilíbrio econômico entre as prestações do segurador e do segurado. Além disso, a prática

---

<sup>418</sup> LOURO, Vanessa. Declaração Inicial do Risco no contrato de seguro: Análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores. In Revista Eletrónica de Direito. n.2, Porto, jun. 2016, p. 12

<sup>419</sup> POÇAS, Luís. O dever de descrição exata e completa do risco a segurar. In RJLB, ano II, n. 2, Lisboa: 2016, p. 830

do seguro desenvolveu-se em uma realidade bastante diferente da atual, com poucos recursos para armazenamentos de dados precisos, sem tecnologia semelhante e, sobretudo, sem uma gestão empresarial do seguro. Em sua obra, após analisar historicamente a disciplina, considera Judith Martins-Costa:

Por isso, os deveres informativos estavam precipuamente conotados à boa-fé no sentido subjetivo e sua carga recaía, em largas margens, no tomador do seguro. Na verdade, o segurador dependia das informações fornecidas pelo segurado no que tange ao conhecimento das circunstâncias influentes à apreciação do risco, sendo, à época, raros os instrumentos e as possibilidades técnicas para a sua mensuração. Então, a balança da assimetria informativa pendia em *desfavor do segurador*, sujeito ao que lhe era dito pelo candidato a tomador do seguro, nele devendo confiar por não ter acesso a outras fontes de informação aptas a suportar a gestão dos riscos coligados a operações comerciais de longo alcance. Em contrapartida, devia o segurado (ou candidato a) agir *de boa-fé* (subjetiva), mencionando todas as circunstâncias e eventos que, no seu modo de perceber, pudessem ter relevância no risco que estava para ser garantido.<sup>420</sup>

Entretanto, atualmente, embora permaneça sendo o proponente quem detém a maior quantidade e as melhores informações sobre suas particularidades, “[...]é o segurador quem possui os conhecimentos técnicos que lhe permitem definir que matérias considera relevantes para a apreciação do risco[...].”<sup>421</sup> Hoje, os seguradores possuem uma vasta gama de recursos que lhes possibilitam delimitar e alcançar ao estipulante todos os questionamentos que impactam na precificação e nas cláusulas contratuais, portanto, já não é mais condizente o fundamento da assimetria informativa para justificar a opção pelo sistema de dever de informação espontânea ao invés do sistema de informação por resposta, mediante questionário obrigatório. Acolhe-se, à vista disso, também pela perspectiva da Análise Econômica do Direito, a conclusão sedimentada por Luís Poças, a qual delinea o sistema de questionário fechado como o mais justo e eficaz, *in verbis*:

---

<sup>420</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 343 e 344

<sup>421</sup> POÇAS, Luís. O dever de descrição exata e completa do risco a segurar. *In* RJLB, ano II, n. 2, Lisboa: 2016, p. 843

Numa perspetiva *de iure condendo*, defendemos – no quadro da tipologia apresentada – o modelo que designámos por *pragmático*, caracterizando um regime de arquitetura simples, que consagra um sistema de dever de resposta (questionário) e que, conseqüentemente, dispensa a diferenciação de cominações em função do grau de culpabilidade do proponente. Com efeito, consideramos que o sistema de questionário fechado se revela mais justo e eficaz, na medida em que: garante maior tecnicidade e uniformidade de informação ao segurador; envolve cooperativamente o segurador no cumprimento do dever de declaração; promove maior certeza e segurança no comércio jurídico; assegura maior tutela da confiança do proponente; reduz a incidência de omissões ou inexatidões negligentes; supera dificuldades de prova quanto à relevância das matérias e quanto à censurabilidade da conduta (e ao grau de culpabilidade) do proponente faltoso; e diminui a litigância e os custos de transação.<sup>422</sup>

Baseando-se em tal conclusão, faz-se nota positiva à atual redação do Projeto de Lei nº 3.555/04, pois, conquanto presumidamente nosso legislador tenha considerado antes (ou tão somente) o critério da justiça ao invés do critério da eficiência, o projeto da nova Lei revisa o sistema de questionário e pretende inserir na disciplina do contrato de seguro, para cumprimento do dever anexo de informar pelo estipulante, um sistema de resposta, no qual o dever de declaração do risco se limite às indagações de um questionário obrigatório, direcionando ao segurador o dever de estipular quais são as informações relevantes para formar sua própria vontade e estipular o conteúdo tarifário da avença<sup>423</sup>.

A disciplina do contrato de seguro no sistema brasileiro, então, é um dos exemplos de como o Direito pode promover o dever de informar e o desincentivo à retenção de informações socialmente úteis.

---

<sup>422</sup> POÇAS, Luís. O dever de descrição exata e completa do risco a segurar. *In* RJLB, ano II, n. 2, Lisboa: 2016, p. 847

<sup>423</sup> Nesta concepção, o artigo 47 do respectivo Projeto determina: “O proponente é obrigado a fornecer as informações necessárias para a aceitação do contrato e fixação da taxa para cálculo do valor do prêmio, de acordo com o questionamento que lhe submeta a seguradora.”. E o complementa o artigo 49: “A seguradora deverá alertar o proponente sobre quais são as informações relevantes a serem prestadas para a aceitação e formação do contrato, esclarecendo nos seus impressos e questionários as conseqüências do descumprimento deste dever.”

#### iv. Assimetria informacional presumida e o dever de informar

Nas negociações, em geral, o dever de informar não é simétrico nem estático, ao contrário, “[...]é dinâmico e se revela conforme a fase em que se encontram as relações humanas num ambiente de troca”<sup>424</sup>, logo, o *quantum* informativo é questão de grau, inexistindo dever jurídico de informação ilimitada:

De fato, o tema dos deveres informativos é exemplarmente ilustrativo do caráter eminentemente relacional da boa-fé. O conteúdo e a extensão da informação devida são determináveis apenas em vista de um compósito de elementos contextualmente enquadrados. Por essa razão, no exame do caso concreto, devem ser averiguados e entrecruzados (i) elementos fáticos subjetivos (ligados à pessoa dos envolvidos, tais como a sua possibilidade de acesso à informação; bem como à presunção, ou não, de assimetria informacional entre as partes); (ii) elementos normativos (tais como os usos do tráfico jurídico, a presença, ou não, de um dever legal e/ou contratual de informar) e elementos fáticos objetivos (v.g. a aceitabilidade, conforme a relação, de assumir-se o risco de <<jogadas equivocadas>>, como é próprio das relações interempresariais, o cuidado prévio revelado pela realização de *due diligence*, ou a sua negligência, etc.).<sup>425</sup>

A aplicação da boa-fé objetiva na fase de formação do contrato não visa a arrancar dos partícipes da futura relação contratual o ônus de se informar<sup>426</sup>. Nem poderia ter essa finalidade, notadamente do ponto de vista econômico, pois, como visto, tal orientação exterminaria com os incentivos à aquisição de informações e tornaria a regra da boa-fé socialmente indesejada. A boa-fé objetiva não é

<sup>424</sup> FRANZOLIN, Cláudio José. Assimetria informacional na relação entre o consumidor e o fabricante de produtos de tabaco. In HOMSI, Clarissa Menezes (coord.) Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 162.

<sup>425</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 535

<sup>426</sup> “[...]a parte contratante deverá usar de uma normal diligência para saber se contrata ou não, se lhe convém contratar nestas ou naquelas condições, tendo um mínimo de discernimento para saber espontaneamente se contrata ou não naquelas bases. De todas as formas, sempre haverá uma esfera de risco inevitável em todo negócio e isto suscita a reserva da expressão “cuidar-se de si mesmo” porque aquele que recebe uma informação tem que estar advertido do perigo que significa de que nem tudo aquilo que se comunica seja verdade ou toda a verdade.” (TADEU, Silney Alves. O dever de informar: Considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, abr. 2006, p. 257)



empregada para livrar o negociante dos esforços razoáveis de autoinformação<sup>427</sup>, mas para garantir que a retenção da informação privada não seja oportunista e não prejudique o consentimento informado da contraparte, tampouco seja causa de danos na esfera contratual. Neste sentido, defende Judith Martins-Costa<sup>428</sup> que não há dever de informar quando a contraparte puder ter acesso, razoavelmente<sup>429</sup>, à informação, mas há obrigação quando se verificar a existência de obstáculo ao dever de se informar, como impossibilidade fática ou jurídica, objetiva e subjetiva.

Denota-se que o negociante não pode optar por faltar com a honestidade em informar sobre todos os riscos oferecidos pelo contrato para não ter que deixar de internalizar os benefícios que a informação retirar-lhe-ia, porquanto a retenção desonesta não é admitida pelo princípio da boa-fé e, também, constitui fundamento para anulação do contrato (cf. art. 147 do CC/02)<sup>430</sup>, na hipótese de o silêncio intencional sobre fato ou qualidade de questões elementares do negócio jurídico fazer com que a outra parte se comprometa com o que não se comprometeria se não houvesse a omissão dolosa. Contudo, não por isso deverá o negociante adentrar aos pormenores da composição do preço do contrato ou da conveniência do contrato. Neste sentido:

“Em outras ocasiões, porém, não há dever de minudenciar a composição do bem vendido, pois a informação sobre a minúcia não influi sobre o adimplemento. Exemplificativamente: ao comprar um automóvel determinado, o razoável é o vendedor informar o preço que deverá ser pago, não se exigindo a discriminação específica de todos os elementos componentes do preço final (como partes integrantes essenciais ou não-essenciais do veículo normalmente

<sup>427</sup> A autoinformação trata-se de ônus da parte interessada no contrato, estabelecido pelos princípios da autonomia privada e da razoabilidade: “[...]notadamente nos contratos paritários, nos quais há relativa igualdade entre as partes, o dever de informar convive com o ônus jurídico de informar-se, pois a diligência para com os próprios interesses decorre não só da autonomia privada, mas do próprio princípio da razoabilidade.” (MARTINS-COSTA, Judith. Ação Indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *In* Revista dos Tribunais. ano 92, v. 812, jun. 2003, p. 85)

<sup>428</sup> *Idem*. A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 541

<sup>429</sup> “Não há, em linha de princípio, o dever de informar concernentemente a elementos notórios e a dados que o lesado conhecia ou devia razoavelmente conhecer, por exemplo, em razão de sua profissão ou pelo ambiente econômico-social em que age. A exigência de uma conduta segundo a boa-fé <<supõe que cada parte deva informar a outra sobre os dados que aquele ignora e que não está em condições de conhecer por si mesma>>.” (MARTINS-COSTA, op. cit. 2015. p. 540)

<sup>430</sup> Código Civil. Art. 147: “Nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado.”

consideradas na composição do preço, como os pneus, ou o limpador de para-brisa, salvo se diferenças de qualidade dessas peças vierem a se manifestar numa distinção entre preços); não se exige do vendedor o dever de aconselhar, por exemplo, sobre a oportunidade em contratar ou não a compra de um veículo; nem sobre os riscos que há em dirigir automóveis. O que se exige é que esclareça, além do preço, as garantias e as características do <<todo>> resultante num automóvel [...]”<sup>431</sup>

Judith Martins-Costa menciona que a informação não se apresenta sempre na mesma forma e medida, variando a medida do dever informativo conforme particularidades do caso concreto<sup>432</sup>, sendo incomparáveis os graus de intensidade do dever de informar quando há desigualdade estrutural entre as partes, especificamente, “[...]entre relação de paridade contratual [...]e aquelas situadas em relação de disparidade ou assimetria informativa, como o consumidor e o fornecedor[...]”<sup>433</sup>. Deste modo, conclui a autora que maior será a necessidade de prover informações, com mais elevado grau de explicitude, no âmbito de uma relação assimétrica em que incida o “princípio da transparência”. Por isso, em alguns casos em que a assimetria informativa é presumida (presunção absoluta) ou que a informação é de interesse público, o dever informativo decorre da própria lei, hipóteses nas quais o ordenamento jurídico não deixa a critério das partes ou do juiz a determinação sobre quais informações são descartáveis e quais são indispensáveis.

Exemplo disso está na Lei de *Franchising* (nº 8995/94), em que há previsão obrigando o franqueador a fornecer, antes da contratação, uma Circular de Oferta de Franquia contendo, obrigatoriamente, vasto rol de informações sobre a franquia oferecida<sup>434</sup>, possibilitando ao futuro franqueado vislumbrar por completo a

<sup>431</sup> MARTINS-COSTA. *A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 531

<sup>432</sup> Alinha-se ao entendimento Silney Alves Tadeu: “[...]no que se refere ao aspecto da informação a ser fornecida, a extensão desta poderá variar de acordo com as circunstâncias e os usos, e ademais, a extensão dos deveres informativos há de ser necessariamente relativa e depender do que a boa-fé exija em cada caso, segundo as circunstâncias próprias do mesmo, enumerado entre outras pautas a ser levada em conta, as características do contrato etc. Em verdade, este *iter* pré-contratual em uma fase bem distinta de “rodeios ou tanteios” é própria de determinados tipos de contrato, em especial de grandes ou mega investimentos, aonde o importante é um diálogo aclaratório.” (TADEU, Silney Alves. *O dever de informar: Considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC*. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, abr. 2006, p. 262)

<sup>433</sup> MARTINS-COSTA, op. cit. 2015, p. 535

<sup>434</sup> Dispõe a Lei nº 8995/64: “Art. 3º Sempre que o franqueador tiver interesse na implantação de sistema de franquia empresarial, deverá fornecer ao interessado em tornar-se franqueado uma circular de oferta de franquia, por escrito e em linguagem clara e acessível, contendo

viabilidade e os riscos do negócio a que se submeterá, sob pena de anulação do contrato<sup>435</sup>.

---

obrigatoriamente as seguintes informações: I - histórico resumido, forma societária e nome completo ou razão social do franqueador e de todas as empresas a que esteja diretamente ligado, bem como os respectivos nomes de fantasia e endereços; II - balanços e demonstrações financeiras da empresa franqueadora relativos aos dois últimos exercícios; III - indicação precisa de todas as pendências judiciais em que estejam envolvidos o franqueador, as empresas controladoras e titulares de marcas, patentes e direitos autorais relativos à operação, e seus subfranqueadores, questionando especificamente o sistema da franquia ou que possam diretamente vir a impossibilitar o funcionamento da franquia; IV - descrição detalhada da franquia, descrição geral do negócio e das atividades que serão desempenhadas pelo franqueado; V - perfil do franqueado ideal no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente; VI - requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio; VII - especificações quanto ao: a) total estimado do investimento inicial necessário à aquisição, implantação e entrada em operação da franquia; b) valor da taxa inicial de filiação ou taxa de franquia e de caução; e c) valor estimado das instalações, equipamentos e do estoque inicial e suas condições de pagamento; VIII - informações claras quanto a taxas periódicas e outros valores a serem pagos pelo franqueado ao franqueador ou a terceiros por este indicados, detalhando as respectivas bases de cálculo e o que as mesmas remuneram ou o fim a que se destinam, indicando, especificamente, o seguinte: a) remuneração periódica pelo uso do sistema, da marca ou em troca dos serviços efetivamente prestados pelo franqueador ao franqueado (royalties); b) aluguel de equipamentos ou ponto comercial; c) taxa de publicidade ou semelhante; d) seguro mínimo; e e) outros valores devidos ao franqueador ou a terceiros que a ele sejam ligados; IX - relação completa de todos os franqueados, subfranqueados e subfranqueadores da rede, bem como dos que se desligaram nos últimos doze meses, com nome, endereço e telefone; X - em relação ao território, deve ser especificado o seguinte: a) se é garantida ao franqueado exclusividade ou preferência sobre determinado território de atuação e, caso positivo, em que condições o faz; e b) possibilidade de o franqueado realizar vendas ou prestar serviços fora de seu território ou realizar exportações; XI - informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores; XII - indicação do que é efetivamente oferecido ao franqueado pelo franqueador, no que se refere a: a) supervisão de rede; b) serviços de orientação e outros prestados ao franqueado; c) treinamento do franqueado, especificando duração, conteúdo e custos; d) treinamento dos funcionários do franqueado; e) manuais de franquia; f) auxílio na análise e escolha do ponto onde será instalada a franquia; e g) layout e padrões arquitetônicos nas instalações do franqueado; XIII - situação perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial - (INPI) das marcas ou patentes cujo uso estará sendo autorizado pelo franqueador; XIV - situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a: a) know how ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia; e b) implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador; XV - modelo do contrato-padrão e, se for o caso, também do pré-contrato-padrão de franquia adotado pelo franqueador, com texto completo, inclusive dos respectivos anexos e prazo de validade.

<sup>435</sup> Sobre a Circular de Oferta de Franquia, Luiz Felizardo Barroso afirma que ela “[...]serve de meio de divulgação sincera, ampla e total dos dados empresariais” e que “[...]esta regra não regula a natureza ou substância do relacionamento entre um franqueador e seus franqueados. Ela controla efetivamente a conduta do franqueador, exigindo que ele faça divulgações específicas”. Referindo-se à Lei das Franquias, diz: “A Lei em questão, além de outras virtudes, certamente servirá – pela imposição da feitura e exibição da Circular de Oferta e Franquia – para obrigar os franqueadores, que operem no Brasil, a elevar seu nível de profissionalismo, reduzindo, assim, sensivelmente, o número de investidores leigos e desavisados, que acabavam comprando “gato por lebre”, por pura falta de informação, como o que infelizmente aconteceu, algumas vezes, anteriormente à promulgação da Lei nº 8.955/94, em que pese o fato de muitos franqueadores adotarem a COF, informalmente, antes mesmo da exigência legal. (BARROSO, Luiz Felizardo. Franchising e Direito. São Paulo: Atlas. 1997, p. 47 e 57)

Mais conhecido exemplo de disciplina informativa contida em lei, com evidente intenção de sanar a assimetria informativa, está no Código de Defesa do Consumidor<sup>436</sup>, o qual, pautado por diversos princípios, dentre eles o da boa-fé (artigo 4º, inciso III), prevê, em seu artigo 6º, inciso III, que é direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. E em diversas outras passagens a lei consumerista faz referência ao dever do fornecedor de prestar informações (v.g. o art. 31 determina: “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”). As disposições do Código de Defesa do Consumidor brasileiro seguem a linha do *disclosure* para permitir o consentimento informado do consumidor, tutelar sua segurança e proteger a sua confiança contra situações oportunistas em uma conjuntura de desigualdade relacional<sup>437</sup>. Segundo Bruno Miragem:

“[...]o princípio da boa-fé impõe ao fornecedor, neste sentido, um dever de informar qualificado, uma vez que não existe simplesmente o cumprimento formal do oferecimento de informações senão o dever substancial de que estas sejam efetivamente compreendidas pelo consumidor. Neste âmbito é que podem se desenvolver, de acordo com as peculiaridades da relação de consumo de que se trate, modos específicos sobre como devem ser cumpridas as exigências do princípio da boa-fé. É o caso do dever de esclarecimento, pelo qual o fornecedor é obrigado a informar sobre os riscos do serviço,

---

<sup>436</sup> Sobre a regra informativa do Código de Defesa do Consumidor, Judith Martins-Costa pondera: “[...]é de mais direta e imediata apreensão – embora por vezes seja jurisprudencialmente compreendida de modo amplíssimo, inclusive com atribuição ao fornecedor do dever de dar informações comezinhas – orientação que não é estranha a díade *paternalismo/vitimização* plasmada em sociedades historicamente inequalitárias, como a brasileira.” (MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 537)

<sup>437</sup> “[...]o ordenamento reconhece essa disparidade no plano informativo e procura equilibrar a relação, impondo – seja através de pontual disposição de lei, seja mediante a concreção da boa-fé – os deveres de informação, que incidem tanto na fase da conclusão do contrato e na das tratativas contratuais quanto na fase de execução do negócio.” (MARTINS-COSTA, Judith. Ação Indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *In* Revista dos Tribunais. ano 92, v. 812, jun. 2003, p. 82)

as situações em que o mesmo é prestado, sua forma de utilização, dentre outros aspectos relevantes da contratação”<sup>438</sup>

Trata-se de obrigação imposta ao fornecedor desde antes da vinculação jurídica das partes, indispensável à conclusão do contrato<sup>439</sup>, compreendendo-se, por uma concepção normativa<sup>440</sup>, defeituoso o produto quando não forem prestadas informações suficientes sobre sua utilização e riscos (art. 12, “caput”, do CDC). Sem embargo de a informação sobre o produto ser concedida antes da existência do contrato, consoante lição de Vera Fradera<sup>441</sup>, pela ótica do princípio da boa-fé, trata-se o dever de informar sobre o produto nas relações de consumo uma obrigação contratual, pois guarda um caráter de dever anexo, então, essencial para o cumprimento da obrigação, de modo que sua falta constitui causa de inadimplemento do contrato por descumprimento dos deveres anexos.

Deste modo, ao fornecedor cabe esclarecer acerca do modo de utilização do produto e qual seu emprego correto, além de prevenir contra os possíveis perigos<sup>442</sup> (decorrentes da má utilização ou de sua natureza), recaindo sobre si a responsabilidade quando houver dano resultante de má utilização de um produto por falta de informação. Daí que é primordial o uso da informação pelo fornecedor para que “[...] (i) o consumidor não crie expectativas errôneas sobre a contratação que realizará e (ii) eventuais expectativas errôneas já existentes na mente do consumidor sejam afastadas.”<sup>443</sup>. Destarte, dando à expectativa do consumidor o sentido de ideia formada sobre um produto ou um serviço antes mesmo de se ter acesso ou contato a estes produtos e serviços, Atalá Correia pondera: “[...] a

<sup>438</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2008, p. 73

<sup>439</sup> Fabíola Albuquerque (*in* O dever de informar nas relações de consumo. Revista Trimestral de Direito Civil. n. 5, Rio de Janeiro: PADMA, 2001, p. 83) refere que o dever de informação integra a etapa pré-contratual ou da formação contratual, por desempenhar uma finalidade funcional nas relações de consumo e servir de lastro ao consentimento, ao contrário do que se verifica nas relações contratuais comuns, nas quais, segundo a autora, o dever não integra a categoria dos pressupostos essenciais à formação do contrato, na medida em que nossa legislação civil está adstrita ao princípio clássico da autonomia da vontade, marcada pela regra da oferta-aceitação.

<sup>440</sup> “[...] o Código de Defesa do Consumidor, ao classificar os defeitos do produto, afastou-se do critério meramente naturalista, inserindo a ausência de informação entre os defeitos que obedecem, assim, a uma concepção normativa.” (MARTINS-COSTA, Judith. Ação Indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *In* Revista dos Tribunais. ano 92, v. 812, jun. 2003, p. 90)

<sup>441</sup> FRADERA, Vera Jacob de. O dever de informar do fabricante. *In* Revista dos Tribunais, v. 656, jun. 1990, p. 63

<sup>442</sup> *Ibidem*, p. 53

<sup>443</sup> CORREIA, Atalá. O dever de informar nas relações de consumo. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Brasília, n. 95, jan. 2011, p. 26

informação é correta e eficiente quando não cria, mas afasta, uma expectativa incorreta que o consumidor fazia sobre o produto, seus fins e utilidades”<sup>444</sup>.

Pressupõe a norma que inexistindo instruções ao consumidor restam frustradas as suas expectativas, porque a ausência de advertências faz com que o consumidor confie plenamente naquilo que está sendo contratado e acredite que a relação estabelecida entre ele e o fornecedor não lhe acarretará agravos.

Mas embora rigorosos os deveres informativos que emanam da lei consumerista, inexistente um dever total de informação por parte do fornecedor. O balizamento da extensão do seu dever não pode ser descartado, sob pena de, assim como nas relações paritárias, tornar-se ineficiente a regra informativa, acarretando excesso de custos e responsabilidade ao fornecedor.

Com efeito, atende ao seu desígnio a informação que transmite ao consumidor uma legítima expectativa sobre os fins e usos do produto ou do serviço oferecido. Porém tal expectativa a ser atendida pelo fornecedor não deve ser exclusivamente subjetiva, as que vêm ao caso são apenas as expectativas razoáveis, atentas aos padrões objetivos de conduta reiterada num mesmo grupo social<sup>445</sup>, indicando a razoabilidade que deve ser levada em conta ao uso esperado do bem, inexistindo obrigação do fornecedor transmitir experiências mínimas de vida aos consumidores para que estes formem, assim, corretas expectativas sobre seus produtos ou serviços.

Igualmente não se pode exigir do fornecedor o que não tem possibilidade de conhecer, assim como não constituem objeto do dever os fatos notórios, pois os consumidores já estão advertidos, os riscos já não são ignorados, e a assimetria informativa é superada ou amenizada<sup>446</sup>, diminuindo a intensidade do dever em virtude de a informação integrar a legítima expectativa de qualquer consumidor<sup>447</sup>. Outra ressalva, a qual merece ser contraposta ao dever que tem o fornecedor de informar, advertir, aconselhar e recomendar mesmo que seja feito em prejuízo dos seus interesses, sobretudo econômicos, diz respeito às informações meramente

---

<sup>444</sup> *Ibidem*, p. 27

<sup>445</sup> CORREIA, Atalá. O dever de informar nas relações de consumo. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Brasília, n. 95, jan. 2011, p. 28

<sup>446</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Ação Indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *In* Revista dos Tribunais. ano 92, v. 812, jun. 2003, p. 88

<sup>447</sup> CORREIA, loc. cit.

altruístas que não se correlacionam com a utilização ou riscos do produto, como, por exemplo, alertar ao consumidor que a concorrência exerce um menor preço de venda do mesmo produto por ele oferecido ou que o produto de seu concorrente tem qualidade superior. Isso porque não há obrigação jurídica ou social de altruísmo e tampouco a boa-fé é sinônimo de altruísmo, “[...]mas de honestidade e de atuação em conformidade com padrões socialmente aceitos”<sup>448</sup>.

Com efeito, também em uma relação de consumo, presumidamente desequilibrada, jamais restringir o dever do produtor em prestar informações torna a regra legal socialmente indesejável, o que remete à conclusão de que necessita persistir para o consumidor o múnus de se informar minimamente antes de celebrar qualquer contratação.

Vê-se que tais disposições afastam outras soluções para a assimetria de informação, como, por exemplo, aquelas dadas pelo próprio mercado, especificamente, soluções semelhantes a da “aprendizagem”, pela qual o consumidor obtém informações precisas a partir de seus próprios erros em experiências pretéritas. As regras informativas do Código de Defesa do Consumidor no Brasil se assemelham com a política consumerista da União Europeia contra a assimetria de informação, esta também baseada no sistema de revelação (*disclosure*) de informações com uma série de regras procedimentais aos fornecedores, impondo que os contratos tratados entre fornecedores e consumidores sejam de fácil interpretação<sup>449</sup> e que a informação dada pelos fornecedores seja compatível com o uso razoável do produto ou serviço esperado pelo consumidor (cf. Diretiva 85/374/CEE da Comunidade Europeia)<sup>450</sup>, sedimentando um dever mais amplo do que condicionar o dever ao uso pretendido pelo consumidor<sup>451</sup>. Segundo Michael Faure e Hanneke Luth<sup>452</sup>, tal sistema de informação é fortemente baseado na teoria da escolha racional, pois pretende alcançar ao consumidor o número máximo de informações para que tome a decisão

---

<sup>448</sup> CORREIA, Atalá. O dever de informar nas relações de consumo. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Brasília, n. 95, jan. 2011, p. 27

<sup>449</sup> FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. J Consum Policy, 34, 2011, p. 350

<sup>450</sup> Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31985L0374&from=PT>>. Acessado em 02 fev. 2017

<sup>451</sup> FRADERA, Véra Jacob de. O dever de informar do fabricante. In Revista dos Tribunais, v. 656, jun. 1990, p. 65

<sup>452</sup> *Ibidem*, p. 351

mais racional possível. Os autores questionam a efetividade da norma trazendo os já citados preceitos da *Behavioral Law and Economics*, porém, trata-se, até então, enquanto mecanismo de intervenção legal no mercado, de regra informativa que se adapta ao maior número de indivíduos, em razão de sua heterogeneidade, e que tem o menor custo de elaboração, implementação e fiscalização.

#### v. Oportunismo *ex-ante*: o entrave do *hold-up*

Em uma negociação paritária, os deveres informativos tornam-se socialmente desejáveis quando reduzirem, a menores custos, as incertezas existentes na fase pré-contratual, tanto acerca dos custos e benefícios de um potencial contrato quanto sobre o provável comportamento da parte contrária, embora se reconheça, conforme assenta Juliet P. Kostritsky<sup>453</sup>, que sempre remanescerão presentes incertezas com relação a futuros comportamentos. A informação obtida durante a negociação e o consequente emparelhamento de conhecimento pelas partes diminuirá os riscos de condutas exploratórias, mais propensas a existirem em um cenário repleto de incertezas. Neste sentido:

[...]«informação é poder»>, e que portanto não é necessário aditar-se muita subtileza analítica ao reconhecimento de que qualquer situação de incerteza contextual é suscetível de exploração estratégica, independentemente das capacidades ou limitações cognitivas ou racionais das partes – sem ser necessário entrar-se na subtilíssima análise de detalhe das suas forças e fraquezas relativas.<sup>454</sup>

Com efeito, durante a barganha é que o negociante definirá se realizará ou não investimentos específicos para consecução do contrato, porém, o investimento não será opção quando a falta de informação lhe deixar à mercê de condutas

<sup>453</sup> “There is uncertainty about the state of nature, about events both past and present. One cannot know what the future will bring no matter how much one expends in resources. There is also uncertainty about behavior, both past and present. One does not know how one’s counterparty has acted in the past or how he is likely to act in the future. One lacks information on that party’s propensity to diverge or what Oliver Williamson calls the problem of opportunism.” (KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 11)

<sup>454</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 554



predatórias da contraparte, estratégia dominante na presença de informações mantidas privadas.

[...]na ausência de um conhecimento ou informação partilhada, na ausência de confiança informada de uma parte na outra ou de ambas num quando disciplinador bilateralmente aceite, o <<oportunismo>> é a estratégia dominante – muito elementarmente porque promete à contraparte, com elevada probabilidade, a captura da totalidade do bem-estar em jogo, e não somente a fracção que resultaria da partilha <<honestas>> do bem-estar entre ambas as partes. Bastará que os ganhos da <<captura oportunista>> excedam os ganhos de <<honestidade>> – e o ponto é que *tendem* a exceder.<sup>455</sup>

Então, o oportunismo está intimamente relacionado à temática da informação assimétrica, de modo que por meio dela o negociante criará condições propícias para ultimar o contrato em seu favor, valendo-se da racionalidade limitada contraposta. Por meio dela, há um comprometimento do alcance da eficiência econômica do contrato e, por conseguinte, do bem-estar social (conquanto não se possa deixar de considerar que o comportamento oportunista gera maximização dos ganhos individuais daquele que age sem lealdade).

O oportunismo é uma faceta do comportamento humano<sup>456</sup> e, no direito dos contratos (reportando-se também ao período da pré-contratualidade), se materializa quando um dos *players* ardilosamente tenta obter vantagem sobre o outro, de modo a “[...]modificar em seu proveito e em detrimento de outra, a repartição dos ganhos conjuntos do contrato que cada parte poderia, normalmente, obter no momento de sua conclusão”<sup>457</sup>.

[...]nas negociações, o oportunismo se exprime já na disputa prévia do <<excedente de bem-estar>> que o contrato irá gerar uma vez celebrado, um oportunismo que tem muito a ganhar com a indução fraudulenta de outros a assumirem atitudes de <<confiança>> que

<sup>455</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 50

<sup>456</sup> Sobre a natureza oportunista do ser humano, destacam Ejan Mckaay e Stéphanie Rosseau: “[...]Cooter sustenta que Coase se limita a estudar, no seu teorema, a tendência oportunista da natureza humana, aquela em que os agentes de boa vontade se reúnem para buscar um ganho comum; mas a natureza humana é variável e pode, também, ficar no outro lado da escala, lá onde a cupidez, a desconfiança ou a inveja impedem a conclusão de acordos que teriam aparência de proveitosos; versão pessimista ou, como diz Cooter, *hobbessiana*.” (MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 221)

<sup>457</sup> *Ibidem*, p. 223

vão assegurando, já antes da celebração mas sobretudo para depois dela, alguma transferência de bem-estar.<sup>458</sup>

As condutas oportunistas *ex ante* impedem a formação de acordos que seriam eficientes, muitas vezes levando a contraparte à conclusão de negócio jurídico que não teria aceitado caso não houvesse exploração de determinada assimetria informativa<sup>459</sup>, assim, “[...]o oportunismo manifestado nesta fase negocial pode ter fundas repercussões na vida do próprio contrato, e na eficiência das soluções contratuais”<sup>460</sup>. Por exemplo, uma conduta oportunista praticada na fase pré-contratual, em virtude do desconhecimento de uma das partes sobre os aspectos centrais do negócio jurídico, pode acarretar vício de declaração de vontade, assim, o contrato concluído será passível de anulação. É o caso de o contrato ser anulado com base no já citado dolo por omissão, quando um dos indivíduos se beneficia ao tirar vantagem (obter melhor resultado para si) do seu silêncio proposital sobre fato e/ou qualidade relevante do negócio jurídico que, sabidamente, o outro particular ignora.

Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau<sup>461</sup> reportam-se à lição de Oliver Williamson e afirmam que o oportunismo se opõe à relação de confiança (*trust*), consistindo o comportamento oportunista em promessas sobre futura conduta que a própria pessoa não crê (*self-disbelieved promises*), ou seja, na divulgação de informações incompletas ou descaracterizadas por calculados esforços, fruto de uma evidente falta de lealdade.

No mínimo, as atitudes exploratórias reduzem o bem-estar social na medida em que implicam custos de transação mais elevados para sua prevenção ou eliminação. No ponto, ressalva-se que os custos de transação e o oportunismo não se confundem, porém, estão intimamente interligados, pois, além de ambos impedirem de acontecer acordos que seriam proveitosos e demandarem reação jurídica visando a evitar o resultado indesejável<sup>462</sup>, os custos de transação podem

---

<sup>458</sup> ARAÚJO, op. cit. p. 589

<sup>459</sup> MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 221

<sup>460</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 587

<sup>461</sup> MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane, op. cit. p. 222

<sup>462</sup> *Ibidem*, p. 221

acarretar condutas oportunistas e o oportunismo pode gerar maiores custos de transação.

A primeira assertiva se confirma a partir do que já foi visto sobre os custos de transação, os quais se materializam como fundamento da incompletude dos contratos e da assimetria informativa. Da assimetria informativa emana a brecha para a exploração da racionalidade limitada e prática de comportamentos desonestos na fase pré-contratual e ao longo da fase executiva do contrato<sup>463</sup>, assim como a incompletude dos contratos favorece à tomada de decisões oportunistas após a sua conclusão, ante a ausência de regulamentação e certeza com relação a todos os eventos futuros da relação. Portanto, quanto maiores os custos de obtenção de informações e de previsão de contingências, mais propenso o negociante a ser oportunista.

Por outro lado, embora o comportamento oportunista implique vantagens para uma das partes e desvantagem à outra, a verdade é que a possibilidade deste comportamento acarreta custos de transação para todos os negociantes, tanto para aquele que o pratica (ou pretende praticar) quanto para quem é vítima (ou pretende se prevenir).

Segundo Timothy Muris<sup>464</sup> o remédio contra o oportunismo faz com que se incrementem os custos de transação porque potenciais agentes oportunistas gastam seus recursos perpetrando a conduta e potenciais vítimas se protegendo de condutas oportunistas, de forma que o primeiro apenas irá praticá-lo quando as vantagens obtidas com o oportunismo forem maiores que seus custos, ao passo que a pretensa vítima só se prevenirá do oportunismo quando os custos de prevenção forem menores que a probabilidade de ocorrência da conduta, multiplicada pelo prejuízo estimado que aquele comportamento lhe acarretará. Portanto, os incentivos à prevenção se estabelecem da seguinte forma:

---

<sup>463</sup> O oportunismo evidentemente não é uma exclusividade da fase pré-contratual, consumando-se, diversas vezes, ao longo da contratualidade, conforme destaca Fernando Araújo: “Quanto mais longa a relação contratual maior a probabilidade de ocorrer uma não-simultaneidade das prestações estipuladas no contrato, e essa não-simultaneidade é que abre espaço à eclosão de dois dos principais problemas com que se defronta a disciplina contratual: o do oportunismo e o da alteração das circunstâncias (a ocorrência de contingências imprevistas), dois problemas de desequilíbrio *ex post* na onerosidade e na distribuição de riscos, dois problemas que por vezes se mostram refractários a qualquer solução disciplinadora genuína [...]” (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 385 e 386)

<sup>464</sup> MURIS, Timothy J. Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts. *In* Minnesota Law Review, 1980, p. 524

- A parte prevenirá quando:

Custos de prevenção < probabilidade da conduta x prejuízo esperado

- A parte não prevenirá quando:

Custos de Prevenção > probabilidade da conduta x prejuízo esperado

Para fins de demonstrar a “dupla face” dos custos gerados pelo oportunismo, Timothy Muris<sup>465</sup> utiliza-se do exemplo de um contrato de franquia, no qual o franqueador é potencial vítima da conduta oportunista e o franqueado o potencial agente. Para o autor, o franqueador, com objetivo de afastar a hipótese de conduta oportunista, deverá investir em formas de investigar mais cuidadosamente postulantes a franqueados, despender mais recursos para fazer um contrato de franquia mais detalhado e direcionar esforços para amplamente fiscalizar a contraparte quando concluído o contrato. Haverá a necessidade, o que não vale apenas para esse exemplo de franquia, de muitos arranjos contratuais como salvaguardas *ex ante* contra os riscos do oportunismo, tais como mecanismos explícitos de reputação e de incentivo à cooperação<sup>466</sup>. Por sua vez, o franqueado investirá recursos para fazer com que sua “trapaça” se torne mais difícil de ser detectada<sup>467</sup>.

Esses “desvios” de custos para mitigar ou alcançar os efeitos do comportamento oportunista são absolutamente indesejados, porque os recursos gastos para implementar tais medidas não ajudarão a produzir os bens ou serviços que as partes negociantes mutuamente valorizam<sup>468</sup>, muitas vezes ocasionando, inclusive, o aumento do preço do próprio contrato. Em outras palavras, representa uma alocação ineficiente de recursos.

---

<sup>465</sup> MURIS, Timothy J. Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts. *In* Minnesota Law Review, 1980, p. 524

<sup>466</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 387

<sup>467</sup> “[...]the franchisee might reduce quality in ways that are difficult to detect. For example, the franchisee could decrease the monitoring of employees, thus discouraging the provision of proper service, or could reduce the portions of food served below the amounts that consumers have come to expect.” (MURIS, op. cit. p. 525)

<sup>468</sup> *Ibidem*, p. 524

Além de implicarem alocação ineficiente de recursos, todas estas estratégias oportunistas desincentivam as partes a realizarem investimentos de confiança eficientes ao longo da fase negocial, sobretudo porque têm incertezas quanto à natureza comportamental da parte contrária.

Por conseguinte, a eliminação ou redução destes gastos ligados à prática do oportunismo aumentarão os ganhos sociais na medida em que os recursos ficarão livres para uso produtivo, possibilitando a maximização do bem-estar social<sup>469</sup>.

Conforme afirmam Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, o oportunismo pode aparecer sob infinitas formas, a depender dos interesses humanos, sendo que cada desenvolvimento de técnicas de comunicação importante traz alguma contribuição para novas possibilidades de oportunismo. Segundo os autores, “[...]para contê-lo, é preciso um arsenal de medidas, pois as respostas serão desenvolvidas à medida que apareçam novas formas de oportunismo.”<sup>470</sup>

Com esta preocupação em perspectiva, Timothy Muris<sup>471</sup> propõe cinco métodos que reduzem ou até mesmo eliminam as condutas oportunistas, sendo quatro deles relacionados com comportamentos não contratuais ou prévios ao contrato e o último tratando-se de uma solução a partir do direito dos contratos.

Para o autor o primeiro método comportamental a impedir o oportunismo é, em virtude da existência de risco de má reputação, a ameaça de divulgação, se porventura a boa reputação tiver importância para o potencial oportunista<sup>472</sup>. Assim, aquele que pretende manter uma relação duradoura com a contraparte ou uma imagem idônea perante o mercado pode se intimidar da prática oportunista se isso lhe for prejudicial para manutenção da relação ou para futuras negociações.

---

<sup>469</sup> MURIS, Timothy J. Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts. *In* Minnesota Law Review, 1980, p. 524

<sup>470</sup> MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 223

<sup>471</sup> MURIS, op. cit. p. 527 e 529

<sup>472</sup> Sobre a influência do fator reputação, referem Lucian Bebchuck e Richard Posner: “We focus on the following asymmetry between seller and buyer in cases in which the latter is a consumer rather than another business or comparable entity: The seller in such a case may be deterred from behaving opportunistically by considerations of reputation; the consumer is not constrained by such considerations, because he has no reputation to lose, assuming that his opportunistic behavior in a particular transaction will not become known to the market as a whole. [...] In some markets, of course, buyers are not indifferent to their reputation. They may be firms that are repeat players with powerful incentives to protect their reputation, while the sellers may be individuals that transact infrequently.” (BEBCHUK, Lucian A.; POSNER, Richard A. One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets. *Michigan Law Review*, v. 827, 2006, p. 827 e 831)

O segundo método proposto por Muris é a readequação do preço do produto ou serviço para prevenir ou interromper a conduta oportunista, como, por exemplo, o caso do franqueador aumentar os lucros do franqueado, mas, em contrapartida, também aumentar os riscos de redução de ganhos caso este segundo seja desmascarado.

Outros dois métodos são a integração vertical, em que a potencial vítima traz a troca para o ambiente da sua própria empresa, sendo a própria fabricante e fornecedora do produto ou serviço desejado, e o empenho *ex ante* para elaboração de um contrato com maior número de previsões possíveis, dificultando a flexibilização da conduta da contraparte.

O quinto método, que depende em parte da ineficácia dos outros métodos de dissuasão do oportunismo e de como os tribunais definirão as regras para lidar com ele, diz respeito ao desenvolvimento de regras gerais e específicas contra o oportunismo, que se tornem termos implícitos em quaisquer contratos para casos em que as partes não estipulem de forma diversa.

Afora esses métodos, considerando que as partes adotam diferentes estratégias para lidar com as incertezas nas transações, tal como a análise do custo benefício para prosseguir negociando, para saber até que ponto será necessário investir em confiança, quanto de desempenho negocial haverá até a contratação e quanto lhe custará a aquisição de informações sobre o futuro da relação jurídica e as tendências oportunistas da parte contrária, torna-se economicamente eficiente que, havendo possibilidade de negociação, uma parte faça com que as incertezas da outra sejam reduzidas – ao menos se isso puder ser feito com investimentos que são justificados pelos ganhos potenciais da troca de eventual barganha –, de forma que não malfirmam a confiança e o otimismo dos negociantes e, tampouco, inviabilizem a conclusão do contrato<sup>473</sup>.

Especificamente, destaca-se o *hold-up ex ante* como espécie de comportamento oportunista dentre aqueles que ocorrem durante a fase negocial, associado ao risco moral<sup>474</sup>.

---

<sup>473</sup> KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 14

<sup>474</sup> “The likelihood that a party will invest assets (through reliance) that will be without value if no contract is formed can lead to a problem of opportunism where one party is exposed to and vulnerable

No *hold-up*, uma das partes se vale do investimento específico feito pela outra parte que confiava na conclusão do negócio e aumenta o preço do contrato ou reformula onerosamente as suas condições para permanecer negociando, por saber que não haverá alternativa para aquele que investiu que não seja a de ceder. Há uma apropriação do bem-estar gerado pelo investimento inicial sem nenhuma contrapartida pelo oportunista, tirando partido da eventual irreversibilidade desse investimento inicial<sup>475</sup>, o qual pode ser perdido caso não seja consumado o contrato<sup>476</sup>. Juliet Kostriksky define o *hold-up* como sendo a negativa ou o retardo no investimento de uma das partes após investimento específico da outra para consecução do negócio, quando essa negativa ou atraso traga benefícios particulares para quem não realizou o investimento. Trata-se de situação em que um dos negociantes é colocado na condição de refém da contraparte, pois se vê impossibilitado de abandonar a negociação na medida em que os investimentos já realizados não poderão ser redirecionados para outro negócio sem prejuízo ao investidor (maiores que os do *hold-up*). Há, ao fim e ao cabo, uma alteração no rumo das negociações em face dos investimentos específicos realizados<sup>477</sup>.

Assim, o problema de *hold-up ex-ante* é utilizado para descrever o efeito negativo no investimento de confiança<sup>478</sup>. Há um receio na realização do investimento, pois “[...]the investing party does not know ahead of time whether the party soliciting the sunk cost will strategically use of the investment by denying the investing party the full benefit, either in the negotiated bargain or in a side payment of reimbursement”<sup>479</sup>.

---

to hold up by the other party (if that other party defers investing until later on). It is a problem of moral hazard or risk that if one invests first, the other party may decline to invest at all or to delay investing if it is privately more beneficial to do so.” (KOSTRITSKY, op. cit. p.17)

<sup>475</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 49

<sup>476</sup> “The investment of a transaction specific sunk cost can render one vulnerable to the problem of “hold-up.” Hold up may occur at several stages of the bargaining process. If a party invests sunk costs without a binding commitment from the other party during precontractual negotiation, the other party may exploit that investment by holding out for a higher price. The investing party risks losing all of the investment if no deal is consummated and so is vulnerable to this kind of pressure.” (KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 21)

<sup>477</sup> “If one party defers investment until after the other has invested, and after the investment if that project succeeds, the parties will renegotiate. However, the renegotiation price will ignore the sunk cost that has already been made and the party who has already invested will be left with less of the surplus than the party who has not. This is the hold up problem.” (KOSTRITSKY, op. cit. p. 17)

<sup>478</sup> *Ibidem*, p. 10

<sup>479</sup> Aqui traduzido livremente: “[...]A parte investidora não sabe antecipadamente se a parte que solicita o custo irrecuperável utilizará estrategicamente o investimento negando à parte que investe o

Se porventura ainda não está claro o significado de *investimento de confiança*, vale recorrer à lição de Senise Lisboa, para quem o investimento de confiança é “[...]qualquer comportamento do confiante que possa ser tido como uma conduta concludente da realização do negócio, que é frustrada por atos do outro geradores do prejuízo”. Assim, pela perspectiva do Autor, “[...]o investimento de confiança não é apenas o chamado investir financeiramente, como também qualquer conduta que possa beneficiar a pessoa que frustrou as expectativas do confiante.”<sup>480</sup>

Quem detém o investimento e acredita que não receberá o inteiro benefício ao final deixa de negociar um contrato eficiente, porque o investidor não irá capturar o pleno benefício de sua confiança<sup>481</sup>. Ou seja, é prejudicial à eficiência, pois resulta que um negociante acaba investindo em confiança abaixo do nível ótimo, na medida em que teme, antevendo o comportamento oportunista, que o seu investimento lhe traga menos lucros do que poderia obter sem o oportunismo. Nesta acepção:

[...]Se [a contraparte] agir <<honestamente>>, ambas as partes alcançarão um excedente de bem-estar, ficarão melhor do que estavam antes do contrato (a menos que ocorram perturbações exógenas), e o somatório desses excedentes, o bem-estar total, será em princípio maximizado, correspondendo a um critério de eficiência paretiana; se agir <<oportunisticamente>>, a contraparte fará perder, ao investidor inicial, parte do seu investimento, ou mesmo a totalidade – sem excluir que possa causar-lhe danos adicionais – e como uma elevada probabilidade de incumprimento oportunista, gerando elevada probabilidade de tais perdas, levará a uma decisão inicial de não-investimento, o somatório de ganhos e perdas resultantes do oportunismo nunca excederá o bem-estar total correspondente ao cumprimento honesto (podendo embora igualá-lo), mas com elevada probabilidade ficará aquém dele, deixando pois de preencher os requisitos da eficiência paretiana.<sup>482</sup>

Fernando Araújo afirma que a vulnerabilidade que fomenta o *hold-up* é a relevância da conduta das partes, onde há dependência de uma incerteza

---

benefício total, seja na barganha negociada ou em paralelo pagamento de reembolso”. (KOSTRITSKY, op. cit. p. 26)

<sup>480</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paula: Atlas, 2012, p. 38

<sup>481</sup> “Because there is some unknown probability of such hold up occurring, parties will simply decline to invest or transact as means of self-protection. This results in lost gains from trade” (KOSTRITSKY, Juliet P. *Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem*. in *Case Research Paper Series in Legal Studies*. Case Western Reserve, 2008, p. 32)

<sup>482</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 49



comportamental e a detecção da presença de “*sunk costs*” nos investimentos da contraparte<sup>483</sup>.

Segundo Juliet Kostritsky, essa vulnerabilidade desincentiva o investimento na futura negociação e, sobretudo, desencoraja as trocas<sup>484</sup>. Por prejudicar o investimento específico, espera-se que, quanto maior a probabilidade do *hold-up* acontecer, mais as partes resistirão em promover aporte de investimentos que maximizem a utilidade do contrato objeto da negociação se não dispuserem de salvaguardas para os seus significantes investimentos.

Conquanto se reconheça que “[...]é praticamente impossível erradicar todas as oportunidades que vão surgindo de exploração estratégica do <<*holdup*>>[...]”<sup>485</sup>, algumas das saídas para os negociantes dirimirem os riscos do *hold-up* e as incertezas sobre o interesse e participação de cada um na barganha são: exigir que os investimentos de ambas as partes sejam feitos de forma gradual e simultânea, aumentando a interdependência entre eles; elaborar acordos preliminares para definir a divisão dos ganhos de modo que a parte que invista mais receba uma maior parcela da divisão dos resultados<sup>486</sup>; ou garantir alternativas de mercado que reaproveitem de forma integral (ou próxima a isso) o investimento feito em uma negociação, podendo, deste modo, reagir a ameaças de *hold-up*. Esta é a orientação de Fernando Araújo, *in verbis*:

[...]se o ameaçado numa tentativa de <<*holdup*>> dispuser de alternativas de mercado, nomeadamente se tiver a possibilidade de recuperar na íntegra os seus investimentos de confiança (que deixam assim de ser investimentos irrecuperáveis e deixa de representar <<*sunk costs*>>) então ele poderá reagir com a máxima elasticidade às ameaças – e quem acabará por ficar na posição mais comprometedora é o próprio oportunista, fragilizado pela formulação de uma ameaça não-credível.<sup>487</sup>

Mas, embora seja factível e do interesse das partes adotar estratégias privadas para não ficarem à mercê do oportunismo alheio, segundo Daniel Ustárroz,

<sup>483</sup> *Ibidem*, p. 636

<sup>484</sup> KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 22

<sup>485</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 387

<sup>486</sup> KOSTRITSKY, loc. cit. p. 22

<sup>487</sup> ARAÚJO, op. cit. p. 638

cabe ao Direito “[...]ofertar um mínimo de previsibilidade aos interessados, apontando as bases em que poderá desenvolver-se a relação, sem ocasionar danos a qualquer dos sujeitos”. E o meio de fazer isso, conforme o autor, é “[...]através da imposição de mandamentos de conduta aos próprios participantes, com o fim específico de garantir que as justas expectativas produzidas no outro não restem frustradas em virtude da falta de cautela alheia”<sup>488</sup>.

No direito brasileiro, diante da ausência de normas específicas para o trato das condutas na fase pré-contratual, os comportamentos das partes deverão atender à generalidade do princípio da boa-fé, sobretudo, aos deveres de lealdade e à proibição do comportamento contraditório decorrentes deste princípio, porque, segundo Fernando Noronha, o dever de agir de acordo com a boa-fé possibilita a criação e proteção da confiança nas relações sociais<sup>489</sup>, elemento de maior importância na fase pré-contratual e esteio do fundamento da regra de responsabilidade civil.

---

<sup>488</sup> USTÁRROZ, Daniel. Direito dos Contratos. Temas atuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51

<sup>489</sup> NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 470

## CAPÍTULO III – PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NAS NEGOCIAÇÕES

### A) RESPONSABILIDADE CIVIL PELA QUEBRA DA CONFIANÇA

#### i. A função da confiança nas negociações

Da lição de Judith Martins-Costa<sup>490</sup> extrai-se que “[...]as negociações preliminares configuram <<tratos>>, e ainda não <<contratos>>, nem negócios jurídicos”, entretanto, “[...]a fase formativa não é destituída de relevância jurídica”, pois “[...]já há a tutela do direito que impõe deveres de correção no comportamento dos negociadores[...]”. Conquanto no direito brasileiro não exista disciplina legal específica para a fase pré-contratual, sequer referência, diferentemente do que ocorre, por exemplo, no direito italiano<sup>491</sup>, por aqui não se nega a existência de um dever geral de se negociar segundo a boa-fé, sendo comum a doutrina especializada entender haver extensão do postulado no art. 422 do Código Civil<sup>492</sup> para o campo da fase da pré-contratualidade.

Justamente neste sentido é que se viu no capítulo anterior que os deveres de informar durante as negociações decorrem das regras da boa-fé. Mas o amplo alcance da incidência do princípio da boa-fé não se limita ao dever de informar, na medida em que também traz para o ambiente das tratativas os deveres de lealdade, de proteção e de proibição do comportamento contraditório. Por conseguinte, a finalidade da regra da boa-fé está voltada à proteção de bens jurídicos nas negociações, notadamente, de proteção da confiança.

Isto porque no curso das negociações as partes criam e gradualmente desenvolvem a confiança entre si e expectativa na conclusão do contrato, baseadas nas expectativas positivas geradas a partir das intenções e do comportamento da

---

<sup>490</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 383

<sup>491</sup> Art. 1337 del Codice Civile: “Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.”

<sup>492</sup> Art. 422 do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

contraparte<sup>493</sup>. Conforme define Daniel McAllister<sup>494</sup>, a confiança é uma convicção e uma disposição individual de atuar com base nas palavras, ações e decisões do outro. Observa o autor que a confiança surge para garantir uma ação coordenada e eficaz em cenários de condições de incerteza e complexidade que demandam ajuste mútuo.

McAllister refere que a confiança é baseada na expectativa de uma parte encontrar aquilo que realmente espera, ao invés daquilo que receia, elidindo a sensação de que outros indivíduos tirarão proveito de determinada situação de vulnerabilidade, de maneira a possibilitar à parte assumir os riscos de determinada conduta.

Denise Rosseau, Sim Sitkin, Ronald Burt e Colin Camerer<sup>495</sup> ressaltam que a presença de riscos é condição essencial (tanto na conceituação psicologia, como na sociológica e na econômica) para descrever a confiança, definindo o risco como a probabilidade de perda, conforme interpretação do tomador da decisão. Os autores entendem que há uma relação recíproca entre o risco e a confiança, pois o risco cria uma oportunidade de confiança, o que leva à tomada de riscos, bem como a assunção de riscos reforça o senso de confiança quando o comportamento esperado se materializa.

No seu entendimento, também é condição necessária para confiar a existência de interdependência, ou seja, haverá confiança quando os interesses de uma parte não puderem ser alcançados sem confiar na contraparte<sup>496</sup>, ressaltando que, assim como os riscos, a confiança também se altera à medida que a interdependência aumenta.

Neste contexto, por incentivar a postura de assumir riscos em uma relação de interdependência, a confiança torna-se aspecto central do relacionamento entre indivíduos que negociam determinado contrato. Assim, considerando risco e interdependência como elementos essenciais à confiança, concluem os autores que

---

<sup>493</sup> ROUSSEAU, D; SITKIN, S; BURT, R; COLIN, C. Not so different after all: a cross-discipline view of trust. *Academy of Management Review*, v. 23, n. 3, 1998, p. 395

<sup>494</sup> MCALLISTER, Daniel. Affect – and cognition- based trust as foundations for interpersonal cooperation in organizations. *Academy of Management Journal*, v. 38, n. 1, fev. 1995, p. 25

<sup>495</sup> ROUSSEAU, D; SITKIN, S; BURT, R; COLIN, C. op. cit.

<sup>496</sup> *Ibidem*, p. 395

a variação destes fatores no curso da relação entre as partes pode alterar o nível de ambos e, potencialmente, a forma que a confiança toma.

Nota-se, por conseguinte, não ser a confiança um elemento estático no processo negocial, mas que se altera conforme o tempo, podendo, ao longo da negociação, ser construída, desenvolvida, mitigada, eliminada ou resgatada.

Cabe destacar, consoante a lição de Rosseau, Sitkin, Burt e Camerer<sup>497</sup>, a confiança não se trata de um comportamento (por exemplo, cooperação) ou uma escolha (por exemplo, assunção de risco), mas de uma condição subjacente que pode causar ou resultar de tais ações. Em outras palavras, assumir um risco é um ato adotado com esteio na confiança (sua consequência, portanto) e esta pode ser criada a partir de uma ação da parte contrária ou motivar a contraparte a praticar determinada conduta.

Para alguns teóricos da *Law and Economics* a confiança é utilizada para explicar a escolha humana, não sendo vista simplesmente como um resultado<sup>498</sup>. Com efeito, em determinados modelos econômicos a confiança é contextualizada como uma variável independente<sup>499</sup>, assumindo o papel de causa e não de consequência, por exemplo, materializando-se como causa de escolha em cenários de incertezas, de modo que o alto nível de confiança tende a resultar em decisão de cooperação, gerando ganhos econômicos; ou causa de redução de tendências oportunistas entre as partes, o que resulta em menores custos de transação.

Desta abordagem se denota que, por induzir ao comportamento cooperativo e desestimular o oportunismo, a confiança é considerada como importante fator de sucesso de negociações. Quanto mais elevado seu nível, mais facilitado será o desenrolar das tratativas, uma vez que a presença da confiança entre os negociantes conduz ao maior compartilhamento de informações, que não ocorreriam em um ambiente de desconfiança<sup>500</sup>, torna-os mais propensos a expressarem sua confiança para a outra parte, a deixarem para trás a oportunidade de adotar uma postura competitiva, a permitirem mais e maiores concessões, mesmo que isso os

---

<sup>497</sup> ROUSSEAU, D; SITKIN, S; BURT, R; COLIN, C. Not so different after all: a cross-discipline view of trust. *Academy of Management Review*, v. 23, n. 3, 1998, p. 395

<sup>498</sup> *Ibidem*, 397

<sup>499</sup> *Ibidem*, 396

<sup>500</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. Fundamentos da Negociação. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 91

deixe de certa forma vulneráveis<sup>501</sup>, e, sobretudo, os motiva a realização de investimentos específicos visando à conclusão e à implementação do contrato, conseqüentemente, aumentando o seu valor social.

E, se por um lado há fortes indicativos de que a confiança incrementa os resultados do negócio, mais certo ainda que a desconfiança recíproca dificulta muito (ou inviabiliza) o êxito das tratativas. No entendimento de Roy J. Lewicki, David M. Saunders e Bruce Barry<sup>502</sup>, a desconfiança obstrui o processo de negociação, favorecendo a negociação distributiva e reduzindo as chances de bons resultados. A partir da lição de Robert Cooter e Hans-Bernard Schäfer<sup>503</sup> extrai-se a conclusão de que haverá desconfiança recíproca quando nenhuma das partes crê no cumprimento do contrato pela contraparte ou ambas acreditam que não acontecerá a realização de determinado investimento específico pelo outro negociante, de modo que um investimento próprio colocará a parte investidora em uma situação de vulnerabilidade.

Em seu artigo, Cooter e Schäfer trabalham com a hipótese de financiamento para desenvolvimento de ideias inovadoras. Referem ser o inovador alguém que possui informações privadas não disponíveis para outras pessoas, as quais lhe conferem vantagem competitiva para obtenção de lucros extraordinários, mas que, sem capital, tem a necessidade de buscar investidor para concretização de seu projeto. E retratam a desconfiança recíproca da seguinte maneira:

[...]o problema que gira em torno de financiar a inovação: o banco não deseja investir na informação sem, primeiro, se certificar de seu valor, e o inovador teme divulgar as informações ao banco sem, primeiro, receber algum dinheiro. [...]a separação entre ideias e capital é um problema de (des)confiança recíproca: o inovador precisa confiar que o investidor não disseminará a ideia, e este deve confiar que o inovador não se apropriará do capital.<sup>504</sup>

---

<sup>501</sup> ROSS, William H. CHEN, Jeng-Chung V. Negotiator's trust and distrust perceptions and mediation strategies. *Journal of Organizational Culture, Communications and Conflict*, v.8, n. 1, 1994, p. 12

<sup>502</sup> LEWICKI, R.; SAUNDERS, D.; BARRY, B. *Fundamentos da Negociação*. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014, p. 218

<sup>503</sup> COOTER, Robert. SCHÄFER, Hans-Bernd. O problema da desconfiança recíproca. Tradução: Luciano Benetti Tim. *In Direito e Economia. Textos Escolhidos*. (coord.) SALAMA, Bruno M. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

<sup>504</sup> *Ibidem*, p. 307

Destarte, em uma negociação com desconfiança mútua, porquanto ausentes investimentos conjuntos ou, pelo menos, garantias de investimentos sucessivos, torna-se pouco provável que os negociantes consigam atingir a maximização de resultados pretendidos. Diante desta adversidade, os autores sugerem como solução não contratual (que não decorre do direito dos contratos) para o problema da dupla desconfiança a concessão de dupla garantia (ou investimentos simultâneos), *in verbis*:

Uma dupla-garantia resolve o problema da desconfiança recíproca. O inovador explica seus segredos industriais ao investidor, que, por sua vez, fornece o dinheiro para desenvolver a inovação. Se o investidor guardar os segredos e o inovador fizer tudo ao seu alcance para desenvolver o negócio, ambos podem esperar obter lucros extraordinários. Por outro lado, se o investidor divulgar segredos industriais, ou se o inovador se apropriar do capital investido, o novo empreendimento fracassará. O investimento é a garantia do investidor de que não divulgará os segredos do inovador, e os segredos industriais são a garantia do inovador de que irá desenvolver suas ideias.<sup>505</sup>

Depreende-se, por conseguinte, que a relação de confiança entre as partes torna-se salutar ao desenvolvimento e à conclusão das tratativas, o que não quer dizer que os negociantes não alcancem a conclusão do negócio sem confiarem de forma eficiente uma na outra (ou que, confiando, invariavelmente alcançarão), bastando um mínimo dela<sup>506</sup>. A diminuta confiança não chega a ser um entrave absoluto para o desenrolar das negociações (nem a presença da confiança ótima fator indispensável), porém pressupõe-se que a maximização do resultado sem ela não será tão benéfica quanto seria com a sua formação, porquanto, como visto, incentiva a cooperação e a realização de investimentos específicos.

Tal conclusão torna-se mais contundente se adotada a conceituação dada por Ronaldo Cooter e Thomas Ulen<sup>507</sup> à confiança, definindo-a como sendo a mudança na posição do promissário induzida pela promessa, a qual aumenta o valor do

<sup>505</sup> COOTER, Robert. SCHÄFER, Hans-Bernd. O problema da desconfiança recíproca. Tradução: Luciano Benetti Tim. *In* Direito e Economia. Textos Escolhidos. (coord.) SALAMA, Bruno M. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 311

<sup>506</sup> “O processo de formação de um contrato co-envolve um mínimo de confiança recíproca.” (CARNEIRO DA FRADA. Manuel Antonio de Castro Portugal. Teoria da Confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2004, p. 99)

<sup>507</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 217

cumprimento da promessa para ele<sup>508</sup> e, por outro lado, também aumenta o prejuízo resultante do fracasso da negociação. A abordagem puramente econômica dos autores, conferindo a ideia de causa à confiança e correlacionando-a aos investimentos específicos (exclusivos para cumprimento do contrato objeto da negociação), permite esclarecer como se dá a maximização racional da confiança na fase pré-contratual.

Nesta fase pré-contratual o nível de confiança está atrelado à probabilidade de conclusão e posterior cumprimento do contrato, conforme descreve Fernando Araújo:

O princípio básico e racional será o de que, enquanto os ganhos esperados ultrapassarem as perdas esperadas, é eficiente *confiar mais*, sendo eficiente *confiar menos* quando se verifica o inverso. Tudo se joga, portanto, na *probabilidade* do cumprimento, sendo esperar que o sistema jurídico, no seu desígnio de promoção do <<nível ótimo de confiança>>, procure assegurar um <<nível ótimo>> para aquela probabilidade.<sup>509</sup>

O mesmo autor define a confiança eficiente, *in verbis*:

A <<confiança eficiente>> será aquela que se verifica quando os ganhos esperados ultrapassam as perdas esperadas – seja pelo facto de o adicional de bem-estar proporcionado pela confiança ser muito elevado por comparação com o estado de <<não-confiança>>, seja pelo facto de o cumprimento da contraparte ser mais provável do que o incumprimento.<sup>510</sup>

Por lógica, se a eficiência demanda mais confiança quando o ganho esperado excede o prejuízo, inversamente, consoante assentam Robert Cooter e Thomas

---

<sup>508</sup> “Esta dimensão da <<confiança>>, do desenvolvimento de planos de realização económica assentes na pressuposição de que o contrato será cumprido e de que os respectivos efeitos poderão integrar-se naquele desenvolvimento – afinal, a tradução pragmática daquela crença num estado de coisas, numa representação da realidade que constituiu a <<mola impulsora>> da vontade contratual, o incentivo básico para as transações –, reforça especialmente a necessidade de cuidado na formação dos contratos, e em especial, como já referimos, no esforço de emitir os sinais adequados, os mais idóneos e inequívocos, os mais reveladores da partilha de intenções e de entendimentos quanto aos objectivos prosseguidos através do contrato.” (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 118)

<sup>509</sup> *Ibidem*, p. 134

<sup>510</sup> *Ibidem*



Ulen, “[...]a eficiência exige menos confiança se o prejuízo esperado excede o ganho esperado”<sup>511</sup>. Segundo estes autores, “[...]o ganho esperado da confiança adicional é igual ao aumento do valor do cumprimento da promessa para o promissário multiplicado pela probabilidade de seu cumprimento”<sup>512</sup>, ao passo que “[...]o prejuízo esperado da confiança adicional é igual ao aumento do prejuízo resultante da quebra da promessa para o promissário multiplicado pela probabilidade do descumprimento”<sup>513</sup>. Com base em tais assertivas, confia-se mais quando:

- (probabilidade do cumprimento pelo promitente) x (aumento do valor do cumprimento causado pela confiança adicional)  $\geq$  (custo da confiança adicional)

Nesse contexto, em face de estar a confiança eficiente atrelada à probabilidade de conclusão e cumprimento do contrato, correta a conclusão de que “[...]a confiança ótima é elevada quando o cumprimento é certo, e é a baixa quando o cumprimento é incerto”<sup>514</sup> ou, nas palavras de Fernando Araújo, “[...]se o cumprimento for *altamente provável*, então a elevada confiança é *ótima*, assegurando o resultado mais eficiente”<sup>515</sup>, em contrapartida, “[...]se o cumprimento for *muito improvável*, então passa a ser *ótima* a baixa confiança, por assegurar o resultado mais eficiente (o menos mau, o que minimiza as perdas)”<sup>516</sup>.

Para tanto, caberá ao sistema jurídico garantir uma adequada probabilidade de cumprimento do contrato caso seja concluído ou cancelar a reparação das expensas incorridas com base na confiança<sup>517</sup> se porventura não se chegou à conclusão do negócio jurídico, medidas a erradicar investimentos sub-ótimos por

---

<sup>511</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 218

<sup>512</sup> *Ibidem*

<sup>513</sup> *Ibidem*

<sup>514</sup> *Ibidem*, p. 219

<sup>515</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 136

<sup>516</sup> *Ibidem*, p. 136

<sup>517</sup> Arremata Carneira da Frada: “Na verdade, cabe a qualquer ordem jurídica a missão indeclinável de garantir a confiança dos sujeitos, porque ela constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência ou cooperação pacíficas, isto é, da paz jurídica.” (CARNEIRO DA FRADA. Manuel Antonio de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 19)

causa da confiança<sup>518</sup>. Também caberá ao regimento evitar investimentos excessivos, descompassados com o nível de confiança existente no trato entre as partes.

## ii. O fundamento da responsabilidade civil no caso de ruptura das tratativas

Com efeito, é preocupação basilar da regra da boa-fé o arrimo das expectativas legítimas criadas ao longo das negociações por um indivíduo a partir da conduta da contraparte. Sobrepõe-se, assim, na fase pré-contratual, “[...]o *interesse do fomento da boa-fé e da proteção da confiança*, as quais se manifestam <<em face das expectativas criadas durante a fase pré-contratual, crescendo, via de regra, decerto, à medida que o *iter contractus* progride>>”<sup>519</sup>. No entendimento de Senise Lisboa, a confiança se trata de valor fundamental do negócio jurídico, gerada por iniciativa das partes, ou seja, que não tem a sua gênese a partir do sistema legal. Para o autor, “[...]a confiança negocial é focada, delimitada à pessoa do outro, ao conteúdo do pacto e à certeza de que os riscos que porventura vierem a acontecer não impedirão a satisfação do interesse”<sup>520</sup>. Sobre a questão, Ana Prata defende:

[...]os deveres pré-contratuais surgem quando – e na medida em que – os contactos pré-contratuais entre as partes façam surgir, numa

<sup>518</sup> Robert Cooter e Hans-Bernard Schäfer reforçam o papel da intervenção estatal para garantia dos níveis de confiança: “[...]Quando falamos de “lei”, estamos nos referindo a normas que dirigem comportamentos (*law in action*), e não tão-só as normas que são escritas. A legislação em um país pobre, em geral, assemelha-se às leis de um país rico. Por exemplo, as normas escritas sobre propriedade e contratos na Índia e na Nigéria são parecidas com o Direito inglês, e a legislação codificada sobre propriedade e contratos no Peru é semelhante ao Código Civil da Espanha. As leis e regras jurídicas, no entanto, são menos eficientes na Índia, na Nigéria e no Peru do que são as leis ou regras jurídicas da Inglaterra ou Espanha. Como uma engrenagem desdentada que gira, mas não impulsiona o veículo, um direito ineficaz de propriedade e de contratos não move a economia adiante. [...]O que torna as leis eficazes? Muitas leis são obrigações amparadas por sanções estatais. As sanções conferem à vítima de um dano uma ameaça verossímil contra o ofensor. Ameaças verossímeis contra a prática de ilícitos lubrificam os negócios, aumentando a confiança necessária à cooperação. Prevendo sanções por atos de transgressão, o potencial ofensor, em geral, é dissuadido de cometer o ilícito. (COOTER, Robert. SCHÄFER, Hans-Bernd. O problema da desconfiança recíproca. Tradução: Luciano Benetti Tim. *In* Direito e Economia. Textos Escolhidos. (coord.) SALAMA, Bruno M. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 315)

<sup>519</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.386

<sup>520</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paula: Atlas, 2012, p. 21

delas ou em cada uma delas, a confiança na conduta leal, honesta, responsável e íntegra da contraparte, sendo o apuramento do surgimento dessa confiança resultado da análise dos actos e comportamentos das partes e da sua apreciação objectiva no quadro do ambiente económico-social em que o processo formativo do contrato tem lugar.<sup>521</sup>

Nota-se uma objetivação da confiança resultante da incidência da regra geral da boa-fé, a qual dispensa aspectos subjetivos que remetam a um estado psicológico de crença ou convicção<sup>522</sup>, demandando somente que tal confiança seja legítima, fundada em dados concretos, o que deve ser objetivamente apurável<sup>523</sup>. Para tanto, tem-se como pré-requisito da confiança a existência de um investimento realizado com a certeza na conclusão do negócio jurídico, certeza essa “[...]dada

<sup>521</sup> PRATA, Ana. Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual. Coimbra: Almedina, 2005, p. 43

<sup>522</sup> FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012, p.293

<sup>523</sup> Segundo Ana Prata: “Esta confiança não releva, pois, da averiguação de quaisquer aspectos psicológicos do seu portador, ou seja, não é aquela concreta confiança que a parte, em razão das suas características psicológicas ou anímicas, depositou no outro sujeito, antes é apurada por uma objectiva consideração das condutas e condição relativa das partes, enquadradas no sector de mercado em que os contactos pré-negociais se desenrolam.” (PRATA, op. cit. p. 44). Em dissertação sobre o tema, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da Frada (*in* Teoria da Confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2004) faz duras críticas à concepção objetivada da confiança, na qual se dispensa averiguar se o sujeito de fato acreditou em determinada situação e se a posição em que se encontrava justificava que pudesse confiar nessa situação. Para o autor importa a confiança efetiva, porquanto se a confiança se trata de elemento constitutivo essencial de uma situação de responsabilidade, “[...]onde a confiança do sujeito não integre, como seu elemento necessário, a previsão desencadeadora da obrigação de indemnizar, fica desde logo excluída uma responsabilidade pela confiança” (op. cit. p. 352). No entendimento de Carneiro da Frada, a concepção normativa, objetivada, da confiança se trata de subterfúgio da doutrina “[...]para escapar às dificuldades de demonstração de uma concreta situação de confiança e preferindo em seu lugar fundamentar adstrições para alicerçar o “dever poder confiar”.” (op. cit. p. 389). E tal orientação, de cimentar a responsabilidade na violação de um dever de comportamento endereçado que não necessite fazer a demonstração da ofensa de expectativas próprias, bastando a demonstração da existência do dever e da sua infracção, retira o elemento confiança como realidade concreta da *facti-species* de responsabilidade (op. cit. p. 387). Sua proposta é a criação de uma teoria da confiança autónoma, que no seu bojo isolaria um *dever de correspondência à situação de confiança*, para a qual a ordem jurídica teria de prescrever ao sujeito que corresponda a certas expectativas alheias realmente verificadas, na medida em que ela se tenha verificado (op. cit. p. 385). Ou seja, “[...]nos seus pressupostos e consequências, a responsabilidade pela confiança manifesta-se assim dotada de cristalina consciência interna[...] a sua singularidade dogmática deriva de representar genuinamente uma responsabilidade pela frustração de uma intencionada coordenação do comportamento de alguém por outrem[...]” (op. cit. p. 903). Nesta regra, “[...]se o sujeito não depositou por qualquer razão expectativas em outrem, não se verifica desde logo a correspondente situação de responsabilidade. Diferentemente, decorrendo a responsabilidade da infracção de um dever. Aqui o facto de o lesado não acreditar no seu acatamento não preclui a responsabilidade.” (op. cit. p. 391). Desta forma, Carneiro da Frada conclui que na doutrina da confiança, por tê-la como fundamento e não finalidade, a responsabilidade protege a confiança realmente experimentada pelo sujeito e “[...]defende-a principalmente das extensões indevidas que a mesclam com o reconhecimento de que a criação ou promoção da confiança representa um escopo, ora precípua, ora secundário mas presente, de inúmeras soluções jurídicas[...]” (op. cit. p. 902).

expressamente pela contraparte ou resulta de comportamento ou exsurge de situação de negociação em si”<sup>524</sup>.

[...]a certeza na conclusão do contrato depende da situação de negociação, vale dizer, dos elementos objetivamente apuráveis como a conduta e a qualidade dos contratantes, a duração, a complexidade e o andamento das conversações, assim como a natureza, o objeto e os valores do negócio a ser celebrado.<sup>525</sup>

A doutrina, em geral, remete à eficácia do princípio da boa-fé e proteção da confiança na fase pré-contratual o estudo da responsabilidade por abuso da condição da livre negociação por abandono das tratativas, em que uma das partes abandona as negociações por qualquer razão ou sem razão, prejudicando a contraparte que havia realizado investimentos em confiança.

Por não necessariamente beneficiar o retirante, ou seja, por nem sempre haver captura de bem-estar a partir dos investimentos realizados pela contraparte, o rompimento injustificado das negociações não é todas as vezes tratado como conduta de oportunismo<sup>526</sup>, mas inegavelmente se trata de comportamento contraditório capaz de acarretar prejuízos na presença de investimentos específicos na negociação, sendo, portanto, tratado como ato abusivo do direito subjetivo quando os prejuízos se materializam.

Para o tratamento da matéria, há uma necessidade de harmonização do conflito gerado entre a liberdade negocial e a proteção da confiança, dicotomia bem retratada por Fernando Araújo, *in verbis*:

[...]nessa sede pré-contratual que se joga uma das principais tensões entre os dois sentidos de liberdade contratual. O sentido negativo propenderá para recusar qualquer tipo de responsabilidade pré-contratual, insistindo nas vantagens de manutenção em aberto, até os limites do possível e do razoável, da <<opção de saída>> (se quisermos, do <<direito ao arrependimento>>); o sentido positivo tenderá a favorecer a responsabilidade pré-contratual, ainda que,

<sup>524</sup> FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 293

<sup>525</sup> *Ibidem*

<sup>526</sup> Neste sentido: “[...]Without a wealth-transfer, no opportunism exists although a breach still occurs.” (MURIS, Timothy J. Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts. *In* Minnesota Law Review, 1980, p. 525)

também aí, dentro dos limites do possível e do razoável: procurando dissuadir e combater as <<promessas fraudulentas>>, tutelando os sujeitos de boa fé de modo a evitar-lhes perdas de tempo e de oportunidades negociais – antecipando, em suma, alguma disciplina que só o consentimento contratual definitivo legitimará que seja aplicada em toda a sua amplitude (impondo, se quisermos, um <<direito à seriedade>>).<sup>527</sup>

Com efeito, a regra geral faz valer a premissa que as partes não se vinculam até que efetivamente concluam o contrato, de forma que a negociação se alicerça nos princípios da liberdade e da autonomia de vontade, estando livres os negociantes para abandonarem as tratativas sem que lhes seja imputada qualquer responsabilidade, sendo o único custo disso o seu próprio investimento em termos de tempo, esforços e custos para se chegar até aquele ponto da negociação<sup>528</sup>.

Parte-se da premissa de que os custos de participação das negociações são despesas gerais do negócio jurídico objeto da barganha, os quais se espera que sejam absorvidos pelos lucros dos contratos. Quer dizer, a parte que adentra em negociações assume os riscos do benefício do negócio, mediante cobertura dos custos da negociação e obtenção de lucro se houver sucesso a negociação, e os riscos das tratativas frustradas, hipótese em que nenhum investimento será reavido pela parte se as negociações falharem na conclusão do contrato<sup>529</sup>, sendo indiferente para o ordenamento jurídico o resultado das negociações. Entretanto, como assenta Ana Prata<sup>530</sup>, essa liberdade de desistência deve sofrer medida de restrição fundamentada na legítima e razoável confiança criada na parte oposta pelo avanço das negociações.

Assim, o direito de se retirar das negociações não pode ser tolerado quando causar prejuízo a quem confiou na contraparte, impondo-se, nesta hipótese, a reparação dos investimentos realizados. Cabe esclarecer que o exercício abusivo desse direito de retirada resta materializado quando um negociante (independente do grau de certeza que tem sobre o prosseguimento da negociação) incentiva o outro negociante a investir com a certeza de que o contrato será concluído e depois vem a romper injustificadamente as tratativas, quebrando a confiança preexistente.

---

<sup>527</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 501

<sup>528</sup> FARNSWORTH, Alan E. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. *in* Columbia Law Review, 1987, p.3

<sup>529</sup> *Ibidem*

<sup>530</sup> PRATA, Ana. Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual. Coimbra: Almedina, 2005, p.67

Nada mais é do que “[...]a quebra de promessas específicas feitas por uma à outra parte com o fito de interessar nas negociações e que, razoavelmente, conduzam esta última a confiar nelas”<sup>531</sup>.

Veja-se que não é toda e qualquer retirada de negociação que importa para a aferição de responsabilidade, mas somente a injustificada, “[...]traduzida em surpresa desleal, contradizendo o sentido sinalizado objetivamente por atos e comportamentos que apontavam à conclusão do contrato, sem que haja, para tanto, causa legítima[...]”<sup>532</sup>, restando resguardado aquele que se coloca para fora das tratativas por causa motivada<sup>533</sup>. Em sua doutrina, Fernando Araújo traz à tona o viés negativo de tratar toda a renúncia às negociações como hipótese de conduta desleal, *in verbis*:

[...] É que converter, *ope legis*, uma mera proposta de conversações e negociações numa proposta definitiva e irrevogável, com a velada insinuação de que toda a retirada de uma proposta negocial tende a ser oportunista, é destruir a própria lógica das negociações, que hão-de alimentar-se da flexibilidade das posições dos negociadores, animadas por graus variáveis de elasticidade ao conteúdo de propostas e contrapropostas, subordinadas à perspectiva de conciliação *evolutiva* de interesses através de um <<jogo de aprendizagem>> [...]”<sup>534</sup>

Na mesma direção, Ana Prata avalia a necessidade de ponderação sobre as condições da ruptura para que seja aplicado ou não o regime pertinente da responsabilidade civil, sob pena de provocar, num todo, incentivos ineficientes ao distorcerem as decisões de entrada em negociações<sup>535</sup>, conforme se depreende do trecho abaixo transcrito:

<sup>531</sup> JUNIOR, E. Santos. Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das negociações para a celebração de um contrato. *In* Revista da Ordem dos Advogados, 1977, p. 583

<sup>532</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 419

<sup>533</sup> [...]O ponto de equilíbrio encontra-se na regra segundo a qual 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 económica (como quando sobrevêm circunstâncias inesperadas que tornam o contrato não mais conveniente, ou a contraparte modifique inopinadamente a sua posição, pretendendo impor condições mais gravosas)[...]” (ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009, p.107)

<sup>534</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 591

<sup>535</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 446

[...]de um lado, a ampla permissão de impune rompimento do processo negociatório levaria uma retracção do tráfego, dada a insegurança existente quanto ao destino das actividades e gastos investidos nesse processo, de outro, o generoso e indiscriminado alargamento dos casos em que a ruptura dos preliminares implica obrigação de indemnizar teria também como consequência uma retracção do mercado, pois os sujeitos tenderiam a hesitar antes de iniciar quaisquer negociações, propendendo para o fazerem apenas quando se encontrassem já seguros do bom termo delas, com receio das consequências de um eventual desistência.<sup>536</sup>

Portanto, enseja a reparação civil quando a ruptura sem motivação for adotada de forma contraditória com comportamento manifestado pelo retirante ao longo da negociação e afetar negativamente os investimentos realizados pela contraparte com esteio na confiança fomentada. Importante elucidar que o fundamento desta responsabilidade não é a ruptura em si, pois inexistente um dever de não retirada das negociações, mas a frustração da confiança criada pela violação do dever de lealdade<sup>537</sup> e proibição do comportamento contraditório e, por isso, o fundamento da responsabilidade para os casos de ruptura das negociações também serve para os casos de oportunismo, como, por exemplo, do citado *hold-up*. Assim sendo, como se adiantou, a medida restritiva vem do emprego da regra geral da boa-fé<sup>538</sup>, impedindo que prevaleça o indesejado *venire contra factum proprium*<sup>539</sup>, reconduzindo as partes a práticas de honestidade e razoabilidade<sup>540</sup>.

### iii. Nexo de imputação nos casos de ruptura abusiva

A utilização da regra geral da boa-fé permite algumas conclusões acerca do regime da responsabilidade civil pré-contratual, especialmente para os casos de

<sup>536</sup> PRATA, Ana. Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual. Coimbra: Almedina, 2005, p. 67

<sup>537</sup> FRITZ, Karina Nunes. Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 31

<sup>538</sup> Segundo Karina Fritz (op. cit. p. 43), a aplicação da regra da boa-fé emerge da insuficiência do dever genérico absoluto do *neminem laedere* (de não lesar ninguém) para criação de regras de comportamento.

<sup>539</sup> “[...]Tanto quando se tratar de ruptura das negociações quanto na revogação da oferta, a responsabilidade por danos que daí se verifique decorre da violação da boa-fé objetiva, uma vez caracterizado o *venire contra factum proprium*, o qual consiste no comportamento contraditório daquele que, em razão de conduta que ora gera expectativa legítima, ora se conduz de modo diverso, responde pela frustração da confiança gerada.” (MIRAGEM, Bruno. Direito Civil. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97)

<sup>540</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 571

ruptura injustificada das negociações e de comportamentos oportunistas que afetam os investimentos feitos por quem confiava e se encaminhava para a conclusão do contrato. Basicamente, trata-se de regime de responsabilidade *extracontratual*<sup>541</sup>, então, quando ainda não há vinculação obrigacional entre as partes<sup>542</sup>, mas existe a necessidade de adstrição a um comportamento diligente, correto e leal, consubstanciado na *tutela da confiança*<sup>543</sup>, a qual não demanda para materialização do ilícito a aferição de conduta culposa do agente, bastando, quando ocorre negociação séria (“[...]fase em que as declarações recíprocas dos negociadores passam a poder ser aceitas razoavelmente, de boa fé, como fundamentos para alguns investimentos de confiança, e até para atendível rejeição de propostas

<sup>541</sup> O tema é bastante controvertido na doutrina e na jurisprudência nacional. Em acórdão da Terceira Turma do STJ (REsp nº 1.367.955/SP), mesmo ressaltando inexistir diferença ontológica entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, ao decidir o termo *a quo* da incidência dos juros moratórios em caso de ruptura das tratativas, fixando-o na data da citação, o Órgão Julgador entendeu ser caso de responsabilidade contratual, por opção legislativa, remetendo-se ao teor do art. 422 do Código Civil. Em sentido oposto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conquanto tenha fixado os juros também desde a citação, justifica a natureza extracontratual da responsabilidade por ruptura de negociações, *in verbis*: “[...]se está frente a uma discussão jurídica pertinente ao campo da responsabilidade pré-contratual, em que, mesmo ainda não estabelecida efetiva relação contratual entre as partes, verifica-se uma pretensão de vinculação entre sujeitos de direito de um futuro negócio jurídico, com capacidade de gerar, pelo simples contato, prolongado no tempo, reflexos no âmbito da responsabilidade extracontratual. [...]Existe a vinculação e a confiança, mas ainda não a ponto de se reconhecer interferência no negócio jurídico, inclusive como forma de por ele responder. O efeito, em verdade, é de outra ordem, no âmbito extracontratual.” (ApCível nº 70059638981, 5ª Câmara Cível - Serviço de Apoio Jurisdição, TJRS, Rel. Maria Claudia Cachapuz, em 31/08/2016). Esta foi também a conclusão do Tribunal de Justiça de São Paulo em duas oportunidades, especificamente, nos recursos de apelação nºs 1003286-38.2014.8.26.0079 e 1005560-41.2016.8.26.0002, julgados pelas 6ª e 36ª Câmara de Direito Privado, respectivamente.

<sup>542</sup> “[...]há situações em que, mesmo não tendo havido a constituição formal de um vínculo, considera-se que as partes se encaminhavam para esse propósito, o qual vem a ser frustrado por ação ou omissão. Trata-se do que se denomina responsabilidade pré-contratual (ou pré-negocial). Anotem-se, contudo, algumas distinções. Pode ocorrer que alguém assuma expressamente a obrigação de celebrar contrato com outra pessoa no futuro. É o que há quando se refere a pré-contrato ou contrato preliminar. Na hipótese daquele que se obrigou a contratar, recusar-se a fazê-lo não se cogita de responsabilidade pré-contratual, mas sim de responsabilidade contratual, uma vez que a celebração do contrato futuro constitui uma obrigação de fazer, objeto do pré-contrato ou do contrato preliminar.” (MIRAGEM, Bruno. Direito Civil. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 95)

<sup>543</sup> Também em nota, abaixo ver-se-á que Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da Frada (*in* Teoria da Confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2004) desassocia a *tutela da confiança* da simples ideia de adstrição a um comportamento diligente, correto e leal ao defender uma teoria autônoma da responsabilidade pela confiança, na qual a profanação da confiança não se confunde com a violação dos deveres oriundos da boa-fé objetiva: “Intercalada embora de algum modo entre os paradigmas do contrato e do delito, não se confunde com a responsabilidade por violação de deveres não contratuais e não aquilianos (como os inspirados na boa fé).” (op. cit. p. 904). O autor prega a insuficiência da tradicional divisão entre responsabilidade contratual e aquiliana para abarcar a responsabilidade pela confiança, pois não nenhuma das duas seria capaz de abranger a confiança em sua feição constitutiva específica.



contratuais alternativas”<sup>544</sup>), a frustração da confiança do lesado como resultado de ato do lesante.

Segundo Fernando Araújo, ao discorrer sobre o tema da responsabilidade pré-contratual, para a tutela da confiança basta “[...]o reconhecimento de que, com ou sem culpa de qualquer das partes negociadoras, se consolidou a convicção de que se celebraria deveras um contrato em culminação das negociações[...]”<sup>545</sup>.

No direito brasileiro, após muito se discutir sobre o embasamento legal e o nexo de imputação da responsabilidade pré-contratual, de início partindo da teoria da *culpa in contrahendo* para definir que o ilícito se alicerçava no dever geral do *neminem laedere* e demandava conduta culposa<sup>546</sup>, atualmente, a partir da vigência do Código Civil de 2002, compreende-se que a regra geral da boa-fé trouxe a objetivação da responsabilidade pelo dano à confiança, sendo correta a percepção de Judith Martins-Costa ao entender que os deveres da boa-fé na fase das negociações decorrem da proibição ao exercício abusivo do direito e não da aplicação analógica do art. 422 da lei civil:

A violação à boa-fé é o fundamento, porém, não tal qual apanhada no art. 422, mas no art. 187 do mesmo Código Civil, combinadamente ao art. 927. Trata-se de sancionar a ilicitude consistente no exercício jurídico *disfuncional*, porque há disfuncionalidade ao manejar-se a liberdade de não-contratar em prejuízo manifesto à confiança legitimamente despertada no parceiro das negociações pré-contratuais. Os deveres violados pelo exercício jurídico disfuncional são os de proteção, não os de prestação, porque ainda não há um <<prestar>>.<sup>547</sup>

---

<sup>544</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 589 e 590

<sup>545</sup> *Ibidem*

<sup>546</sup> A teoria da *culpa in contrahendo* nasceu na Alemanha, em 1861, por criação de Rudolph Von Jhering, propondo solução para os danos surgidos por ocasião da celebração de contrato nulo, em virtude de vícios na sua formação, por culpa de uma das partes. *Ab initio*, a tese expandiu-se por força da doutrina e da jurisprudência alemã, na ausência de acolhimento pelo Código Alemão (BGB). Na Itália, em 1906, Gabriele Faggella incrementou a teoria ao tratar da responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações, mantendo-a correlacionada com a ideia da culpa, mediante imposição de dever de diligência. Gradualmente, a teoria foi sendo acolhida pelos sistemas jurídicos romano-germânicos, por vezes consolidada pela legislação, como ocorre no direito português (art. 227 do Código Civil). No Brasil, até então, jamais houve recepção direta da lei, mas é inegável que a ideia tenha sido difundida pela doutrina e acolhida pelos tribunais.

<sup>547</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 429

Embora não seja recorrente na doutrina a referência ao art. 187 do Código Civil<sup>548</sup>, sobretudo, pois ainda subsiste muita menção à teoria da *culpa in contrahendo* – a qual serviu de base para criação da disciplina da responsabilidade pré-contratual em todo o sistema da *civil law*, além de influenciar por sua própria designação, e surgiu como hipótese de responsabilidade subjetiva, baseada na aferição de culpa do agente ao longo das tratativas –, não há como negar ser este o amparo legal para imputação da responsabilidade por quebra da confiança<sup>549</sup>, visto que, segundo Bruno Miragem, o postulado “[...]apresenta-se claramente como finalidade de *proteção da confiança* em seu sentido amplo, seja confiança no *comportamento do outro sujeito da relação jurídica*, assim como na *efetividade e adequação das normas e do próprio ordenamento jurídico*”<sup>550</sup>. A propósito do assunto, categórica a lição de Judith Martins-Costa:

[...]Penso ser tecnicamente mais adequado construir o raciocínio a partir do enunciado no art. 187 do mesmo Código, em combinação com o art. 927, *caput*. Nesse último caso, a ilicitude estaria situada no *exercício jurídico* (*i.e.*, retirada das tratativas, que é modalidade de exercício de direito subjetivo). Havendo dano derivado diretamente do exercício manifestamente contrário à boa-fé, há dever de indenizar (Código Civil, art. 927), seguindo-se o regime da responsabilidade civil extracontratual já que não se trata de inadimplemento a contrato.<sup>551</sup>

A técnica eleita pela autora tem o respaldo do reconhecimento do abuso do direito como um dos fundamentos da responsabilidade objetiva, entendimento acolhido pelo enunciado de nº 37 da Jornada de Direito Civil quando consolidou posicionamento no sentido de que “[...]a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-

<sup>548</sup> Art. 187 do Código Civil: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

<sup>549</sup> Em sentido oposto, José de Aguiar Dias (*in* Da responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 138) entende que a injusta recusa de contratar constitui o recusante em culpa, reportando-se, então, ao ilícito descrito no art. 186 do Código Civil brasileiro, que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

<sup>550</sup> MIRAGEM, Bruno. Abuso do Direito. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2ªed. São Paulo: RT, 2013, p. 124

<sup>551</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 429

finalístico”. Sobre a vertente finalista do abuso do direito destacam-se as palavras de Fernando Noronha:

São os fins que o agente visa alcançar que fazem com que uma determinada atuação, que em regra seria lícita, passe a ser considerada ilícita. [...] Nós acreditamos que a razão esteja com os finalistas, embora um abuso de direito assim caracterizado ultrapasse efetivamente os limites da ilicitude subjetiva (ou ilicitude própria), para entrar na objetiva, que é quase sinônima de antijuridicidade. [...] O ato abusivo não é necessariamente ilícito subjetivamente, mas é sempre atuação contrária ao direito, atuação antijurídica. Abusa de seu direito quem faz dele uso desconforme, seja com a finalidade de inutilmente causar danos a outrem, seja simplesmente para alcançar outros objetivos não tutelados pela norma atributiva ou reguladora do direito.<sup>552</sup>

Além disso, em sua obra acerca do abuso do direito, Bruno Miragem<sup>553</sup> realça ser a doutrina do abuso do direito inconciliável com o princípio da culpa, porque se a responsabilidade emerge do fato culposos, não há razão para aventar e aplicar a teoria do abuso do direito. Complementa o ponto Judith Martins-Costa, *in verbis*:

O modo de exercerem-se os direitos, faculdades, poderes, pode levar à contrariedade ao Direito compreendido como Ordenamento. Essa contrariedade, porém, não precisa ser culposa. Basta que seja imputável, isto é, atribuível a alguém, segundo a ordem jurídica, compreendendo-se o verbo “imputar” no sentido corrente na língua portuguesa de “atribuir algo a alguém” e não, restritamente, como atribuição de poderes referentes à capacidade de fato: imputar, em suma, significa determinar se alguém deverá arcar com as conseqüências de ato ou fato, e quem deverá arcar, e em que medida, tendo Hans Kelsen precisado que o “modo específico de imputação do direito” está em ligar ao ato praticado por uma pessoa uma conseqüência jurídica.<sup>554</sup>

Por conseguinte, na fase pré-contratual, conquanto inexista uma objetivação da responsabilidade em todos os casos de retirada das negociações, inegavelmente existe uma objetivação da confiança, tornando responsável o retirante ou oportunista

<sup>552</sup> NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 394.

<sup>553</sup> MIRAGEM, Bruno. Abuso do Direito. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2ªed. São Paulo: RT, 2013.

<sup>554</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. Revista dos Tribunais. v. 867. Jan/2008, p. 15

por ato ilícito objetivo, que exclui a vontade ou culpa do fato da violação dos limites estabelecidos pela boa-fé<sup>555</sup>. Desta forma, por corromper os deveres da boa-fé, justifica-se a responsabilização do negociante quando praticar oportunismo ou se retirar injustificadamente das negociações, estando o lesado apto a recuperar seus investimentos<sup>556</sup>.

## **B) Confiança eficiente e prevenção do oportunismo pela regra da Responsabilidade Civil**

### **i. *Underreliance*: a importância da regra de responsabilidade**

Nesta seara, da responsabilidade civil, são propósitos da Análise Econômica do Direito a identificação da regra de responsabilidade que se mostra mais

<sup>555</sup> MIRAGEM, Bruno. Abuso do Direito. Ilícitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2ªed. São Paulo: RT, 2013, p. 131

<sup>556</sup> Em oposição, ao sustentar a responsabilidade pela confiança como realidade jurídica autônoma, Manuel Antonio Carneiro da Frada (*in* Teoria da Confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2004) entende que o fundamento aplicável em tal situação não deveria estar relacionado aos deveres derivados boa-fé, mas fundamentado estritamente na proteção da confiança, que para o autor são coisas distintas. Reconhece o autor que a modelação das regras da boa-fé permite incentivar a confiança ao afirmar que “[...]a ampla simbiose por muitos sugerida entre a tutela da confiança e a regra da conduta de boa fé resulta da preocupação de realizar a primeira através desta e dos deveres em que ela se concretiza” (op. cit. p. 382), porém, refuta a vinculação de ambas, sob o argumento de que a confiança não deve ser tratada como uma finalidade, senão como fundamento, *in verbis*: “O reconhecimento da importância dos deveres de comportamento para a proteção contra danos que ofendem as expectativas dos sujeitos em conjunturas influenciáveis pela vontade humana não é todavia suficiente para que a respectiva violação consubstancie uma *genuína* responsabilidade pela confiança. Como precedentemente se apontou, não basta que a defesa da confiança se apresente como mero fim, embora porventura precípua, do seu estabelecimento, é necessário que eles constituam a resposta do ordenamento jurídico à ocorrência de uma concreta hipótese de confiança e que seja a defraudada desta o fundamento jurídico da obrigação de indemnizar.” (op. cit. p. 385). Esta é a tônica de sua teoria autônoma da confiança, a desmistificação de que a confiança é tutelada na responsabilidade civil pelo fundamento da boa-fé e seu comando sobre os deveres de agir. Nas suas palavras: “Não podendo admitir-se com caráter de generalidade a existência de um dever de corresponder à confiança alheia, importa concluir, sem ceder à sedução de retóricas metodológico-argumentativas e rompendo abertamente certos consensos instalados, que a responsabilidade pela confiança se distingue na realidade daquela que emerge da violação de deveres de agir. Independentemente de sua fonte, se a responsabilidade se desencadeia por desrespeito de uma adstrição, as expectativas de verificação do comportamento envolvido não constituem o autêntico fundamento da imputação de danos [...]. Um dos corolários mais significativos da concepção exposta é o da autonomização entre responsabilidade pela confiança e regra de conduta segundo a boa fé. As vinculações nesta inspiradas apenas podem ambicionar constituir uma ordem envolvente do sistema de proteção da confiança propriamente dito: prevenindo expectativas infundadas ou evitando que elas perdurem. Os deveres de verdade ou de esclarecimento não pertencem conceptualmente à responsabilidade pela confiança. Tal como, em geral, a responsabilidade por omissões. As chamadas relações obrigacionais sem deveres primários de prestação não se reconduzem dogmaticamente à tutela das expectativas, ainda que a necessidade de considerar estas últimas inspire os deveres que as conformam”. (op. cit. p. 902 e 903)

capacitada para contribuir de modo eficiente com a produção do bem-estar social e, a partir daí, a identificação dos incentivos que decorrem de cada uma das regras de indenização. Isso porque, segundo Fernando Araújo, os efeitos dinâmicos do regime indenizatório têm o condão de, conforme a estrutura de mercado e dadas as preferências das partes, afetar os preços e as quantidades convencionados e, também, as quantidades efetivamente transacionadas<sup>557</sup>.

Não se encontra na doutrina especializada no tema uma conclusão sobre qual regra de responsabilidade é a mais adequada para os casos em que o dever de indenizar emerge da fase pré-contratual. Bem provável que isso decorra do fato de o estudo ainda ser incipiente nesta área, pois, como adverte Paulo Mota Pinto, “[...]a análise econômica do direito dos contratos não dedicou imediatamente atenção ao problema da imputação dos prejuízos resultantes das negociações[...] e, em geral, ao problema da responsabilidade pré-contratual”<sup>558</sup>. Em verdade muitos afilhados à Análise Econômica concordam com a abordagem jurídica clássica no sentido de que a regra de responsabilidade contratual deve se preocupar em tutelar a confiança, pois, no entender dessa vertente, é o nível de confiança que determinará os investimentos realizados pelas partes para a conclusão do contrato e, conseqüentemente, alterará o seu valor social.

[...]incentivos jurídicos à confiança das partes [...]serão desejáveis na medida em que podem aumentar o valor do contrato, se o contrato for na verdade desejável, e em que, sem esses incentivos, os custos das negociações e diversos riscos e obstáculos conduziram a um investimento de confiança “sub-ótimo”, isto é, menor do que o desejável em termos de eficiência[...]<sup>559</sup>

Ou seja, considerável número de estudos da Análise Econômica acerca da responsabilidade pré-contratual centra-se no debate sobre a regra mais adequada para promoção da eficiente formação e investimento de confiança, ou seja:

[...]visam, em primeira linha, promover o *aumento do excedente* que o contrato pode produzir, otimizando a decisão de investimento com base na confiança (evitando a insuficiência da confiança) pela

<sup>557</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Econômica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 797

<sup>558</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 422

<sup>559</sup> *Ibidem*, p. 432

prevenção do oportunismo, e, conseqüentemente, também, a decisão de *iniciar negociações* nos casos em que pode vir a ser concluído um contrato que produza um tal excedente positivo.<sup>560</sup>

Parte-se do princípio de que numa conjectura de ausência absoluta de regra de responsabilidade civil a incerteza própria da fase negocial perduraria do seu início ao fim, independente do nível de confiança e investimentos existentes, o que implicaria considerável redução na quantidade de sujeitos interessados em negociar, portanto tal regra indenizatória seria ineficiente.

Com efeito, a inexistência de medida de indenização retiraria a seriedade das negociações ao não fornecer incentivo algum para os indivíduos investirem em confiança. O panorama geral acabaria por ser de insuficiência (*underreliance*), no qual os investimentos de confiança aconteceriam de forma absolutamente cautelosa e, com isso, tendo em vista que a confiabilidade em nível ótimo aumenta o valor do contrato, as partes deixariam de realizar todos os excedentes potenciais do contrato objeto da negociação, renunciando ao excedente positivo que uma confiança ótima produziria, e, neste caso, muitas vezes sequer iniciariam as negociações<sup>561</sup>. Nas palavras de Fernando Araújo:

[...]a irresponsabilização das negociações pré-contratuais seria, como solução excessivamente arriscada, profundamente dissuasora do recurso ao instrumento contratual, e seria conseqüentemente causa de declínio na contratação, no comércio, nas trocas – com as conseqüentes <<*deadweight losses*>>, as perdas de bem-estar que se qualificam como <<absolutas>> porque não aproveitam a ninguém: o cúmulo de ineficiência, em suma.<sup>562</sup>

A postura de cautela do negociante por ausência de regime de responsabilidade civil tem explicação no fato de que a exclusão do ressarcimento

<sup>560</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 449

<sup>561</sup> “[...]A ideia subjacente a esta conclusão é a seguinte: sem responsabilidade, as partes não podem ser forçadas a concluir um contrato que não produza para elas qualquer resultado positivo, pelo que, como cada parte tem de ter garantido um tal resultado, sempre que iniciam (ou prosseguem) negociações existirá um excedente positivo resultante do contrato; mas as partes podem deixar de realizar todos os excedentes potenciais, pois os seus investimentos de confiança “cautelosa” (abaixo do ótimo, como vimos) podem deixar de produzir o excedente positivo que uma confiança ótima produziria, e, neste caso, não iniciarão sequer negociações.”. (MOTA PINTO, Paulo. op. cit. v. 1. p.447)

<sup>562</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 590

dos investimentos feitos com base na confiança transformaria a fase pré-contratual em um fértil campo para desenvolvimento de condutas oportunistas ao não obrigar a internalização dos resultados lesivos de uma determinada atuação, de modo que “[...]aquele que rompe as negociações apenas tomará em conta as perdas para si próprio e apenas confrontará estas com os benefícios resultantes da ruptura, por exemplo, por poder contratar com um terceiro, noutras condições”<sup>563</sup>.

Portanto, um regime de responsabilidade pré-contratual que preveja o ressarcimento dos investimentos de confiança e, por consequência, a internalização destes custos pelo lesante, serve como antídoto ao oportunismo da fase negocial. Sobre a necessidade de internalização pelo lesante do prejuízos provocados, destaca-se:

[...]Para garantir a consideração de todos os custos – isto é, para contrariar a “externalização”, pela parte que abandona as negociações, das perdas da contraparte –, e, portanto, levar a parte que abandona as negociações a avaliar os efeitos sobre o bem-estar em termos sociais, ou, pelo menos, agregados para ambas as partes, é, pois, necessário, tal como no “não cumprimento eficiente”, que aquela seja responsabilizada também pelas perdas sofridas pela contraparte.<sup>564</sup>

Desta forma, consoante assenta Paulo Mota Pinto<sup>565</sup>, a reversão do status de *insuficiência de confiança* consiste em fundamento de maior importância para a previsão de um regime de responsabilidade pré-contratual. É dizer que pelo modelo de responsabilidade civil adotado precisam ser criados incentivos jurídicos à confiabilidade, para fins de colaborar com o nível de eficiência, aumentando o valor do contrato desejado sem que os custos das negociações, seus riscos e obstáculos conduzam os sujeitos a um nível de investimento de confiança aquém do ótimo, que seja menor do que o desejável em termos de eficiência.

A partir disso é que ganham força as já citadas ideias que defendem que a regra da responsabilidade deve se preocupar em induzir a confiança eficiente e em prevenir oportunismo *ex ante*.

<sup>563</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 426

<sup>564</sup> *Ibidem*

<sup>565</sup> *Ibidem*, p. 432 e 433

Em artigo sobre a matéria, Juliet Kostritsky<sup>566</sup> justifica a eficiência do regime que tutela a confiança existente na fase pré-contratual. Inicialmente, alinha-se com o entendimento de que a ausência de regra de indenização resulta em confiança subótima, desencorajando o ingresso das partes em qualquer negociação, insurgindo-se, portanto, contra a visão aleatória das negociações, pela qual os investimentos em confiança realizados no período pré-contratual ficam totalmente submetidos ao risco do negócio.

Contra-pondo à visão aleatória, Juliet Kostritsky defende que a lei deve proteger a confiança criada durante todo o período de negociação, independente da existência ou não de acordos intermédios em que as partes se comprometam em negociar, mitigando, assim, os efeitos do oportunismo pela regra de responsabilidade. Preocupa-se, acima de tudo, com os efeitos negativos que o problema do *hold up* causa sobre a confiança das partes, em virtude delas não capturarem o inteiro benefício do investimento, mas apenas uma fração desse benefício<sup>567</sup>, conforme visto no capítulo anterior. Parte da premissa que os investimentos específicos feitos após a existência de um contrato estão assegurados em caso de quebra da promessa por um dos contratantes, mas que este tipo de investimento (específico) realizado em período de incerteza anterior ao do contrato final, sem haver regra de indenização, é capaz de fazer com que a parte assuma o risco de que sua confiança possa não ser compensada<sup>568</sup>.

Como já referido, não se nega que a fase pré-contratual envolve custos a serem suportados pelas próprias partes em face do risco inerente deste período, entretanto, a preocupação centra-se na presença de investimentos específicos feitos por quem confiava na conclusão do contrato a partir da conduta da parte contrária. Ainda criticando a visão aleatória, Juliet Kostritsky afirma que o equívoco desta concepção está em acreditar que as partes sempre fazem investimentos simultâneos e, por isso, nenhuma delas está sujeita ao problema do *hold-up* que ocorre quando há investimentos em sequência<sup>569</sup>. Sobre o tema:

---

<sup>566</sup> KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008

<sup>567</sup> *Ibidem*, p. 10

<sup>568</sup> *Ibidem*, p. 13

<sup>569</sup> "The aleatory view may be founded on an erroneous assumption that each party would invest simultaneously and neither party would be subject to the particular problem of hold-up that occurs with sequential investment. It may assume that each party would invest a certain amount of parallel search



It is no longer possible to rationalize the denial of all compensation for reliance under one universal theory of gambling on risk in which each party could and should judge what each was willing to invest in a gamble when there was no guaranteed success in outcome. While one should make certain types of investments at one's own risk, particularly when the other party is making simultaneous investments and thus maximizing the chances that a deal will materialize, the willingness to invest and the nature of the risks involved may change either when the investment is a cooperative investment that is likely to be of most benefit to the other party or when the investment subjects the investing party to hold up. For that reason the aleatory view of contract that denies all compensation for pre-contractual reliance should be modified.<sup>570</sup>

A conclusão da vertente da análise econômica que rechaça a visão aleatória (sem regra de responsabilidade) é no sentido de que a vulnerabilidade causada pelo investimento específico desincentiva o investimento em futuras transações e desencoraja qualquer tipo de troca, pois as partes resistirão ao investimento de significantes custos sem qualquer salvaguarda legal que lhes permita ao menos recuperá-los. Com efeito, a ausência de regra de responsabilidade na fase pré-contratual causa uma dupla consequência, por um lado, em virtude do receio de expropriação dos investimentos ou da possibilidade de *hold-up*, uma das partes deixará de investir de modo eficiente<sup>571</sup>, em consequência desta retração, desta falta de segurança em investir, por outro lado, as chances de a contraparte reduzir as incertezas da negociação diminuem consideravelmente<sup>572</sup>.

---

and lawyer costs to ascertain whether a deal is profitable. If so, the aleatory view denying recovery for precontractual reliance may have survived on assumptions that ignores the potential problem that arises when there is sequential investment. Sequential investment can occur 1) in precontractual negotiation when one party (the putative offeror) delays investment to collect information on putative offerees and 2) following explicit agreements in which one party delays investment to increase private advantage.” (KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 20)

<sup>570</sup> Tradução livre: “Não é mais possível racionalizar a negação de toda a compensação por danos à confiança a partir de uma teoria universal de aposta em risco, em que cada parte poderia e deveria julgar o que cada uma estava disposta a investir em uma aposta, quando não havia garantias de sucesso nos resultados. Embora se deva fazer certos tipos de investimento por conta e risco, especialmente quando a outra parte está fazendo investimentos simultâneos e, portanto, maximizando as chances de materialização do negócio, a disposição de investir e a natureza dos riscos envolvidos podem se alterar mesmo quando o investimento é um investimento cooperativo que é suscetível de ser de maior benefício para a outra parte ou quando o investimento sujeita a parte investidora ao hold up. Por esta razão, a visão aleatória do contrato que nega a compensação de danos pela confiança na fase pré-contratual deve ser modificada.” (KOSTRITSKY, *op. cit.* p. 20)

<sup>571</sup> “Because there is some unknown probability of such hold up occurring, parties will simply decline to invest or transact as means of self-protection. This results in lost gains from trade.” (KOSTRITSKY, *op. cit.* p. 32)

<sup>572</sup> *Ibidem*, p.55

## ii. A proteção dos investimentos específicos como objeto da regra de responsabilidade

Juliet Kostritsky debruça-se sobre o argumento de algumas análises econômicas que tratam da necessidade, para existir responsabilidade, de avaliação das decisões de confiança como uma questão de custo benefício<sup>573</sup> em determinado momento do tempo e, ainda, se posicionam no sentido de que a lei deveria apenas proteger os investimentos eficientes, considerados a partir da probabilidade de ocorrer ou não a contratação, reembolsando as partes apenas quando estão engajadas de modo eficiente, negando, então, a reparação para as outras hipóteses<sup>574</sup>. Por esta vertente, os investimentos em confiança apenas existiriam se valessem o seu custo e as partes seriam inibidas de desperdiçarem recursos para a realização de transações quando a probabilidade de sucesso se mostrasse muito baixa.

Com esta regra, portanto, as partes não investiriam tão cedo nas negociações, quando a probabilidade de conclusão do contrato fosse sobremaneira reduzida e também não retardariam seus investimentos a ponto de o transcurso do tempo fazer com que se perdessem os benefícios dos investimentos anteriores<sup>575</sup>. Todavia, Juliet Kostritsky contrapõe tal fundamento justificando ser inconveniente como método para determinar se a lei deve ou não impor responsabilidade pela

---

<sup>573</sup> “The cost is measured by the investment that will be lost if the deal does not materialize and the benefit is measured by the benefits that will accrue if the deal goes through. The investing party weighs the probability of the trade materializing in order to determine whether an investment is justified.” (KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008 p. 24)

<sup>574</sup> “Assim, por exemplo, se não há motivos para, a partir das negociações em curso, as partes concluírem pela possibilidade de conclusão do contrato, a probabilidade é igual a 0, e, portanto, também a pretensão indemnizatória, medida pelo interesse positivo na conclusão do contrato multiplicado pela probabilidade de que tal conclusão se verificasse, resultará em 0. E podemos considerar as hipóteses intermediárias, isto é, todos aqueles casos em que o comportamento dos contraentes, o estado de adiantamento das negociações, etc., fazem presumir naturalmente – e legitimam uma protecção jurídica no sentido de – que a probabilidade do evento (conclusão do contrato) será um valor compreendido no intervalo entre 0 e 1. Se o interesse positivo na conclusão do contrato (que por agora supomos idêntico ao interesse no cumprimento do contrato, por este estar garantido num contrato concluído) for, por exemplo, de 120 00, e se a probabilidade de conclusão do contrato fosse de 0,4, a indemnização da contraparte pela ruptura das negociações (o “interesse positivo nas negociações”, naquele momento) poderia atingir o máximo de 48 000.” (MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 427 e 428)

<sup>575</sup> KOSTRITSKY, op. cit. p. 24

confiança, pois também ignora o problema dos investimentos sequenciais que oportunizam o *hold-up*.

The notion that a party will invest efficiently given the probabilities of a future trade occurring is only true if one ignores that an investing party is in a vulnerable position once the investment is made, if there is no enforceable commitment from the other party. Once a promisee has invested first before a contract is formed, that party becomes subject to hold-up by the other party and the investing party will have a reduced incentive to invest. Anticipating this possibility a promisee may forego a trade even if there are gains from trade. Even if a bargain is struck later, the investing party will not be able to capture all of the gain in the bargain. Whoever invests first is subject to this loss and under such circumstances "investment will be inefficient." This is because the party "would invest only until the marginal cost equaled the fraction of the expected gain."<sup>576</sup>

Reforça a autora que, assim como os demais comportamentos desleais, o *hold-up* também pode ocorrer no início do processo de negociação, momento em que sequer podem ser realizados acordos intermédios, tamanhas as incertezas subsistentes, mas no qual uma das partes já pode motivar a outra a realizar investimentos ou prestar informações valiosas, que lhe fariam internalizar melhores resultados com o contrato<sup>577</sup>. Segundo entende, com razão<sup>577</sup>, mesmo nos estágios mais recentes da negociação as partes têm necessidade de obter elementos para reduzir as incertezas existentes, quer dizer, para fins de verificar a probabilidade de a troca ser bem sucedida ou não, e, muitas vezes, para essa verificação ser possível, deverá provocar investimentos da parte contrária. Por conseguinte, desde o princípio das negociações podem existir investimentos sequenciais e não

---

<sup>576</sup> Tradução livre: "A noção de que a parte investirá eficientemente, dadas as probabilidades de uma futura troca ocorrer, é apenas verdadeira se ignorar-se que a parte investidora se encontra em uma posição vulnerável uma vez que o investimento é feito, se não houver obrigação executável da outra parte. Uma vez que um promissário investiu primeiro antes de o contrato estar formado, essa parte passa a estar sujeito ao hold-up pela outra parte e a parte investidora terá um incentivo reduzido para investir. Antecipando esta possibilidade, o promissário pode rejeitar a troca mesmo que existam ganhos. Mesmo se a troca acontecer mais tarde, a parte investidora não será capaz de capturar todos os ganhos do negócio. Quem investe primeiro está sujeito a esta perda e, sob essas circunstâncias, "o investimento será ineficiente". Isso ocorre porque a parte investiria somente até o custo marginal se igualar à fração do ganho esperado." (KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 25)

<sup>577</sup> "A liability rule is needed because otherwise the parties will fear that they will make themselves worse off by providing the other party with information that it can use opportunistically in the sense that the party soliciting investment will use the information (from the reliance) for its own benefit without paying for it and without promising to pay for it out of the surplus without a legal role imposing liability for reliance, the investing party will be unable to recoup in the surplus." (KOSTRITSKY, op. cit. p. 65)

simultâneos, acarretando vulnerabilidade de uma das partes. Para a autora, a regra de responsabilidade pré-contratual ideal deve incidir em todos os casos em que houver perda de investimentos específicos (“*sunk costs*”) provocada por uma das partes, independente de qualquer avaliação precisa sobre as probabilidades da troca ocorrer. Ao contrário do que entendem aqueles que defendem uma regra de responsabilidade com base na probabilidade de conclusão do contrato, a autora canaliza a atenção para a solução do problema do *hold-up* e controle de exploração oportunistas sobre investimentos que reduzam as incertezas. Então, descarta o fundamento da regra que visa a proteger os investimentos dada a probabilidade de ocorrer ou não a contratação, pois deixaria o lesado sem o direito de poder recuperar todos os custos perdidos, mesmo aqueles que tenham beneficiado a contraparte ou por ela tenham sido provocados.

Paulo Mota Pinto<sup>578</sup>, desprendendo-se da análise econômica, reforça o argumento de rejeição da teoria por incompatibilidade com o regime jurídico, que se remete a padrões de aferição normativos, carecidos de adensamento e concretização valorativas de proteção da confiança legítima.

Juliet Kostritsky intercede por uma regra geral de responsabilidade que compense a parte investidora por qualquer investimento em confiança sempre que tal investimento puder ser ou for capturado ou perdido por conduta desleal da parte que o motivou. A solução sustentada pela Autora, em primeira mão, visa a evitar o oportunismo do *hold-up*<sup>579</sup>, considerando que se o investidor for vulnerável ao *hold-up* inexistirão incentivos para investir e, com isso, as partes não maximizarão o bem-estar na sua mais elevada potência. Porém, o fundamento é consistente para evitar qualquer perda de recursos despendidos com base na confiança, seja por *hold-up* ou ruptura injustificada das negociações, pois, conforme ela mesma “[...]a liability rule might be required to prevent problems of underreliance and to encourage transacting that might otherwise not occur”<sup>580</sup>.

---

<sup>578</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 429

<sup>579</sup> KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 28

<sup>580</sup> Livre tradução: “Uma regra de responsabilidade pode ser necessária para evitar problemas de baixa confiança e para encorajar transações que possivelmente de outra forma não ocorreriam.” (KOSTRITSKY, op. cit. p. 33)

A autora justifica a necessidade de aplicação de uma regra geral de responsabilidade sempre que uma das partes obtiver benefícios pelos investimentos realizados pela contraparte com objetivo de reduzir as incertezas sobre o negócio ou seu comportamento; que os investimentos sequenciais possam submeter o investidor ao risco do *hold-up*; e que os custos das soluções privadas sejam demasiados a ponto de não se justificarem<sup>581</sup>. Refere que para imposição de responsabilidade por investimentos de confiança, na ausência de contrato, deve ser considerado o tempo do investimento, o modo como se manifesta o *hold up*, os incentivos das partes para realizarem investimentos em confiança com e sem a regra de responsabilidade e se a intervenção legal é a medida necessária para inibir os incentivos a condutas que acarretam investimentos ineficientes<sup>582</sup>.

Kostritsky sugere que a análise normativa da questão sobre a reparação dos investimentos em confiança deve, sobretudo, verificar o perigo de existência de *hold-up* com os investimentos em sequência e se a parte age de forma estratégica para obter ganhos privados, retardando o investimento simultâneo. Em suma, a ideia da autora é a da tutela da confiança na fase pré-contratual, pois compartilha que deve ser garantido à parte investidora a compensação por investimentos feitos com base na confiança criada pela contraparte, caso contrário, graças aos riscos de perda dos investimentos ou de ser tomado como refém em uma negociação, sempre haveria hesitação em investir.

Efeito disso, mediante aplicação de uma regra geral, a autora entende que devem ser responsabilizados aqueles negociadores que solicitam (ou induzem) o investimento da parte contrária para diminuir suas próprias incertezas, visto que é a partir dessa solicitação que inevitavelmente o investidor ficará em posição de vulnerabilidade. Kostritsky defende que a regra de responsabilidade pré-contratual

---

<sup>581</sup> “Since the putative promisor stands to benefit from the sunk costs taken by the counterparty through a reduction in uncertainty about the promisee, since the sequence of the investment subjects the promisee to the risk of hold-up, since the costs of private solutions negotiated on a case by case basis are costly or not feasible, and the risk is a generalized one affecting many preliminary negotiations, the law should and does impose a generalized default rule making the soliciting party responsible for the transaction specific costs of the other party.” (KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 38)

<sup>582</sup> Em idioma original: “In deciding whether and why to impose liability for reliance investments that do not result in a contract, it is important to consider 1) the timing of the investment 2) the precise way in which the hold up problem will manifest itself, 3) the incentive of the parties to undertake efficient investments with and without a liability rule and 4) whether a legal intervention is needed to counteract incentives to act in ways that will encourage inefficient investments.” (KOSTRITSKY, *op. cit.* p. 40)

que torna responsável aquele que induz à confiança oferece uma salvaguarda ao investidor e é compatível com a proteção contra comportamentos estratégicos que diminuem o potencial excedente da troca. Nas suas palavras: “The promisor should be liable for sunk costs that are invested by the promisee with no apparent gift motive, when solicited by the promisor, unless the promisor gives notice to the promisee that it will not be responsible for such costs”<sup>583</sup>.

Nesta perspectiva, a proteção dos investimentos específicos se impõe por mais de uma razão. Primeiramente, porque no caso de o contrato não se concluir, inevitavelmente, se materializarão em prejuízos ao investidor, pois são custos irrecuperáveis. Afora isso, são eles que oportunizam à contraparte reduzir suas incertezas sobre o negócio, muitas vezes sem a necessidade de incorrer em custos para tal redução e, assim, ante a resolução das incertezas, fornecem vantagens à contraparte para obter oportunidades mais lucrativas até a conclusão do contrato, uma vez que, a partir dos investimentos específicos, poderá verificar se o investidor é a sua opção mais favorável dentre as que dispõe no mercado e, ademais, submete o investidor a ver capturado fração de seu investimento quando se estiver negociando a divisão do excedente cooperativo.

Assim, Juliet Kostritsky justifica ser mais eficiente a ideia de uma regra geral que proteja os investimentos em confiança na fase pré-contratual, desde que os investimentos tenham sido motivados pela parte contrária sem ressalvas e sirvam para mitigar as incertezas sobre a conclusão do contrato, porquanto, deste modo, há estímulo ao investidor que de outra forma faria investimento sub-ótimo<sup>584</sup>.

Analisando a responsabilidade por retração nas declarações feitas ao longo da fase pré-contratual e que geram confiança na parte contrária, Paulo Mota Pinto refere:

---

<sup>583</sup> Tradução livre: “O promitente deve ser responsabilizado pelos custos irrecuperáveis que foram investidos pelo promissário sem aparente motivo, quando solicitados pelo promitente, a menos que o promitente informe ao promissário que não será responsável por estes custos.” (KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 41)

<sup>584</sup> “[...]the prior investment by the promisee should be protected to achieve the goal of efficient investment and prevent hold up; otherwise, there will be underinvestment and fewer trades.” (KOSTRITSKY, op. cit. p. p. 77)

[...]o efeito desta regra mostraria que as partes não são dissuadidas de entrar em negociações por causa da existência de responsabilidade, antes esta pode tornar as negociações mais desejáveis, ao permitir aumentar as possibilidades de obtenção de um excedente líquido maior, induzindo o investimento (ainda que possam não ficar ambas as partes em melhor situação, a parte cujo resultado seria positivo num regime de ausência de responsabilidade não ficaria pior com esta regra).<sup>585</sup>

Neste contexto, Juliet Kostriksy conclui que a proteção da confiança ao longo das negociações acaba por prevenir a prática de comportamentos estratégicos – oportunistas e do *hold-up* – e promove um mútuo crescimento de bem-estar ao aumentar o valor do contrato por estimular investimentos de ambas as partes. De quebra, a regra faz com que as partes forneçam informações para a outra sobre suas reais intenções de contratar e sobre a natureza e dimensão do investimento a ser adotado. Então, por exemplo, na hipótese de existir risco de ameaça ao sucesso do processo de negociação, a regra estimula que uma parte comunique a outra, advertindo-a, em particular, da necessidade de adequada prudência na realização de gastos ou na privação de ganhos<sup>586</sup>.

As conclusões da pesquisa da autora se interligam com o fundamento da responsabilidade pré-contratual adotado atualmente pelo nosso direito, centrado nos deveres da boa-fé objetiva. Com base nas suas constatações, pode-se afirmar que o fundamento da boa-fé objetiva incentiva investimentos e nível de confiança eficientes, desencorajando condutas desleais. Isso porque se materializa como regra mais genérica, aplicável sempre quando uma parte realiza investimentos em confiança e a parte contrária quebra qualquer obrigação decorrente do princípio da boa-fé, sendo garantida por esta via a compensação de todos os investimentos feitos com base na confiança adquirida.

Destarte, a boa-fé objetiva, enquanto tutela da confiança e, portanto, fundamento da responsabilidade pré-contratual no direito brasileiro, deve ser modelada para dissuadir a prática de condutas oportunistas e mitigar os efeitos do oportunismo, bem como proteger os investimentos específicos do indivíduo que agir com base na confiança inspirada pela conduta da contraparte. Amparando-se em tal

---

<sup>585</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 448

<sup>586</sup> PRATA, Ana. Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual. Coimbra: Almedina, 2005, p. 71

conclusão sobre a regra da responsabilidade pré-contratual, cabe averiguar o conteúdo da indenização que garante a efetividade da tutela da confiança, a fim de não tornar essa responsabilidade ineficiente por induzir a um reduzido ou a um excessivo investimento na confiança e, sobretudo, porque “[...]apurar que medida indemnizatória pode induzir a iniciar negociações para conclusão de um contrato e à realização de investimentos (e à tomada de precauções) em medida eficiente”<sup>587</sup>.

### C) MEDIDA DA INDENIZAÇÃO PELA RUPTURA INJUSTIFICADA

#### i. Interesse Negativo como medida de dano à confiança

No campo da responsabilidade extracontratual por ruptura injustificada das negociações e condutas oportunistas, portanto nascida na fase pré-contratual, a medida de indenização que tutela a confiança própria da fase negocial é a do interesse negativo, medida de dano patrimonial composta por perdas e danos. O significado de *interesse*, embora comporte variações, conforme ensina Paulo Mota Pinto<sup>588</sup>, para o que importa ao ponto, quer dizer “[...]a relação entre o lesado e tal situação em que estaria sem o evento lesivo”. Aplicado o conceito especificamente para a fase de negociação, também consoante Paulo Mota Pinto, “[...]o interesse negativo seria o interesse no cumprimento dos deveres pré-contratuais resultantes da boa-fé, e corresponderia a uma pretensão de um comportamento diligente e correcto resultante da “confiança objetiva”, ou digna de protecção segundo a boa fé, de uma parte na outra”<sup>589</sup>.

<sup>587</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 431

<sup>588</sup> “O interesse não se identifica, pois, com o dano (embora este corresponda ao primeiro), nem com o seu ressarcimento ou a sua medida, como se entende corretamente, por força da identificação que se generalizou na sequência da “teoria do interesse” de Friedrich Mommsen. Para nós, é, antes, a relação entre o lesado e o estado em que estaria se não fosse o evento lesivo (que determina a obrigação de indemnizar), e, também (por metonímia), apenas o *estado* ou *situação em que o lesante estaria* se não fosse o evento, caracterizados *fundamentalmente* pela circunstância *positiva* do cumprimento, pelo facto *negativo* da não conclusão do contrato ou da falta de vinculação negocial, ou pela circunstância (negativa) da falta de suscitação e depósito da confiança.” (MOTA PINTO, op. cit. v. 1. p. 842)

<sup>589</sup> *Ibidem*, p. 510



Antes de adentrar na análise dos componentes da tutela da confiança, cabe uma breve passagem pelo conceito da medida de indenização do interesse positivo e sua diferenciação daquela medida de indenização do interesse negativo, para daí justificar a assertiva acima no sentido de ser esta última a tutela da confiança nos casos de ruptura abusiva das negociações e de comportamentos oportunistas.

Precipuamente, a indenização pelo interesse positivo destina-se a colocar o lesado na exata situação em que se encontraria se o contrato ao qual se vincularam as partes fosse integralmente cumprido pelo devedor, reconduzindo-se aos prejuízos que decorrem da inexecução definitiva do contrato (ou do contrato preliminar), ou do seu cumprimento tardio ou defeituoso<sup>590</sup>. Por isso Francesco Parisi e Marta Cenini reportam que o dano do interesse positivo será quantificado considerando todas as vantagens que seriam obtidas e todas as despesas que seriam evitadas com a execução do contrato<sup>591</sup>. Ou seja, a indenização pelo interesse positivo compreende as perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual, seja absoluto ou relativo, cabendo ao credor buscá-la quando não houver êxito ou for insuficiente a pretensão de cumprimento forçado do contrato mediante execução específica.

Trata-se, a rigor, de indenização incidente no âmbito da responsabilidade contratual, pois decorrente de negócio jurídico concluído, a qual não alcança a hipótese de ruptura injustificada das negociações, pois esta se disciplina pelas regras da responsabilidade civil extracontratual.

[...]quem demanda indenização pelo interesse contratual positivo não está, propriamente, a desistir do negócio jurídico válido, como ocorreria no caso de resolução. Reclama o credor, ao contrário, a sua execução, ainda que em vez do cumprimento efetivo, que se tornou impossível ou não é mais do seu interesse, exija outro objeto, subsidiário da prestação principal. Na chamada ação de cumprimento, em que o contratante, longe de enjeitar a prestação do parceiro, pleiteia a execução específica da obrigação, nasce do inadimplemento a pretensão a perdas e danos. Em tal hipótese, o dano tutelado provém do interesse positivo: além da própria prestação, as perdas e danos têm por objetivo colocar o parceiro fiel

---

<sup>590</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações. v. V. Tomo II. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 481

<sup>591</sup> “Il dano di conseguenza è quantificato in tutti i vantaggi che si sarebbero ottenuti e tutte le spese ed i danni che si sarebbero evitate ottenendo l’esecuzione del contratto.” (PARISI, Francesco. CENINI, Marta. Interesse Positivo, Interesse Negativo e Incentivi nella Responsabilità Contrattuale: un’analisi economica e comparata. Rivista di Diritto Civile. Padova: CEDA, 2008, p. 220)

no cumprimento de seus deveres naquela situação em que se encontraria caso o contrato tivesse sido cumprido no modo e tempo previstos. Abrange, pois, como bem observa Araken de Assis, a “vantagem que a prestação pontual traria para o parceiro. Se a prestação inadimplida for pecuniária, as perdas e danos correspondem aos juros do mercado(...); se for entrega de coisa, a privação de seu uso (aluguel) e da sua disponibilidade desde a época convencionada para o cumprimento”.<sup>592</sup>

Portanto, trata-se de indenização baseada na expectativa que tem o credor de ver cumprida a obrigação. E o credor permanecerá vinculado a sua contraprestação para que seja indenizado pelo interesse positivo. É dizer que a indenização pelo interesse positivo será devida ao credor quando, não havendo mais interesse ou não sendo possível a execução específica da obrigação, se satisfizer com as perdas e danos, prestação subsidiária à principal, todavia, sem resolver o contrato<sup>593</sup>.

Assim, geralmente, o interesse positivo contemplará circunstâncias nas quais exista um contrato válido e eficaz, cabendo ao interesse negativo compreender as hipóteses de não celebração do contrato ou contrato nulo<sup>594</sup>. Porém não é de todo correto desvincular por completo a indenização pelo interesse positivo da fase das negociações, visto que será aplicável nos casos em que exista um contrato válido e eficaz, porém o dano decorra da inobservância de deveres existentes na fase negocial, tal como nos casos em que há falha no dever de prestar informações ao longo das tratativas, contudo, o contrato é celebrado da mesma forma e, ao longo de sua execução, uma das partes acaba por ser prejudicada pela inexistência de determinada informação ou inexatidão dela, sendo-lhe possível manter-se vinculada à sua contraprestação e postular por indenização que lhe coloque na mesma

---

<sup>592</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros Cessantes. Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: RT, 2011, p. 127

<sup>593</sup> *Ibidem*, p. 139

<sup>594</sup> Quando propôs segmentação dos interesses, Jhering os fundamentou na validade ou não do contrato, dizendo que: “O interesse do primeiro tipo tem como fundamento a *validade*, e o do segundo a *invalidade* do contrato. Só na medida em que o contrato é válido pode o comprador exigir a sua execução, ou, o que é o mesmo, o seu interesse no cumprimento. [...]”. (JHERING, Rudolf Von. *Culpa in Contrahendo* ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução: Paulo Mota Pinto. Almedina: 2008, p.13). Atualmente, os interesses tutelados não se limitam ao fundamento da validade do negócio jurídico, como demonstra o objeto do presente estudo ao abordar a tutela dos interesses no caso de abandono das negociações, debate inaugurado no direito italiano, por Gabriele Faggella, no início do século XX. Isso não quer dizer que a doutrina do renomado jurista foi superada, apenas incrementada com alternativas às quais também se aplica a pioneira tese desenvolvida por Jhering, a qual serve de esteio para o estudo da responsabilidade pré-contratual nos países de *civil law*.

situação que estaria se o contrato fosse celebrado e cumprido com a informação faltante.

O cumprimento do contrato desejado pelo credor representa um referencial para o cálculo do dano pelo interesse positivo, alcançando a reparação integral (perfeita) quando for possível, com êxito, colocar-se o credor em um panorama que não haja diferença entre o cumprimento da obrigação, se tivesse ocorrido, e a sua inadimplência<sup>595</sup>.

A indenização pelo cumprimento positivo acaba repercutindo no âmbito das negociações preliminares por implicar redução de determinados custos transacionais que inevitavelmente seriam suportados pelas partes em caso de não haver garantia de cumprimento do contrato ou de o ordenamento jurídico não oferecer indenização equivalente. Neste sentido, destaca Paulo Mota Pinto:

[...]E diz-se, também, que a redução de certos *custos de transação* é conseguida pelo reforço do direito ao cumprimento, já que as partes deixam de, na perspectiva do potencial não cumprimento (unilateral ou mútuo), ter de conseguir obter garantias ou segurança, seja por mecanismos contratuais de planejamento e negociação mais custosos (como cláusulas penais, cláusulas resolutivas, etc.), seja mediante a contratação de garantias bancárias e apólices de seguro (também com custos evidentes).<sup>596</sup>

Todavia, a indenização pelo interesse positivo é limitada aos casos que dela se espera colocar o lesado na mesma situação em que estaria se a contraparte tivesse cumprido integralmente a obrigação a qual se vinculou, tendo por finalidade corresponder à expectativa visualizada pelo credor ao concluir o contrato válido e eficaz, de modo que não se mostra adequado buscar por esta tutela do interesse positivo a composição da reparação de danos causados em circunstâncias que não seria cabível a exigibilidade de prestação contratual.

---

<sup>595</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 221

<sup>596</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 381

Por isso, ao tratar da *culpa in contrahendo* como fundamento da responsabilidade por ilícito pré-negocial<sup>597</sup>, Rudolf Von Jhering distinguiu da indenização da tutela contratual a indenização aplicável em casos de contratos nulos ou não chegados à perfeição, criando a teoria do interesse negativo para regular os casos em que os danos resultam não da expectativa no cumprimento, mas da simples confiança na existência do contrato.

Senise Lisboa ensina, com razão, que a satisfação do interesse negativo é a satisfação da “[...]necessidade que não é aquela desejada pelo ofendido”<sup>598</sup>. De fato, o desejo do lesado que demanda indenização com fulcro no interesse negativo era, na verdade, a conclusão de contrato válido para o qual negociava e, mais que isso, para o qual realizava investimentos, com base na confiança de que haveria sua conclusão, a fim de poder cumpri-lo.

Assim, nos casos de ruptura das negociações, aplica-se a indenização pelo interesse negativo, fazendo com que o lesado retorne à situação prévia a da confiança, não o mantendo atrelado a qualquer prestação. Quer dizer, em suma, que a indenização esta terá por conta apenas a confiança atraída.

Realça-se que para o retorno ao *status quo* não será considerada como baliza a inexistência das negociações, mas o momento último anterior ao da criação da confiança. Com isso, tutela-se a confiança sem elidir da fase negocial a regra da liberdade de não contratar e o risco de não conclusão do contrato que lhe é inerente, de maneira que custos ordinários para adentrar em negociações não serão ressarcidos ao lesado.

E, justamente por ser regra a liberdade de não contratar, exclui-se da indenização por quebra da confiança o interesse positivo, sendo defeso ao credor buscar os benefícios de um contrato não celebrado<sup>599</sup>. Além disso, exclui-se a indenização pelo interesse positivo nesta hipótese, porque não pode pretender o credor, ao mesmo tempo, os resultados econômicos positivos de uma relação que

---

<sup>597</sup> USTÁRROZ, Daniel. Direito dos Contratos. Temas atuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 49.

<sup>598</sup> LISBOA, Roberto Senise. Confiança Contratual. São Paula: Atlas, 2012, p. 76

<sup>599</sup> Neste sentido decidiu o TJSP na Ap. Cível nº 0200890-97.2010.8.26.0100, da 33ª Câmara de Direito Privado: “Comercialização de energia elétrica. Rompimento das tratativas em negociações preliminares. Violação da boa-fé objetiva. Inadmissibilidade, porém, de indenização pelos interesses positivos, equivalentes à vantagem que o contrato proporcionaria ao autor. [...]”

não se perfectibilizou e também pretender retornar ao *status quo* e ser colocado em uma situação de ausência de negociação<sup>600</sup>.

A indenização pelo interesse negativo deriva da quebra da confiança, cabendo à respectiva indenização colocar o lesado na situação que estaria se não tivesse ingressado em séria negociação contratual. Ou seja, consiste no retorno dos bens e direitos do lesado ao estado que estava antes de a conduta do outro partícipe das negociações ter despertado nele a confiança na conclusão do contrato<sup>601</sup>. Protege, portanto, a confiança entre os agentes.

Daí que o interesse negativo se consolidou como medida de dano à confiança, porquanto com base nesta é que o prejudicado antecipou despesas com vistas à execução do contrato que estava sendo negociado ou deixou de auferir vantagem porque não celebrou outros negócios que dependiam da conclusão do que se frustrou<sup>602</sup>. E como tutela protetora da confiança, já não mais existe aquela associação arraigada do interesse contratual negativo à *culpa in contrahendo* como proposta por Jhering, devido à objetivação da responsabilidade pelo dano da confiança<sup>603</sup>, como referido acima e destacado na obra de Paulo Mota Pinto:

[...]o interesse negativo seria o interesse no cumprimento dos deveres pré-contratuais resultantes da boa-fé, e corresponderia a uma pretensão de um comportamento diligente e correcto resultante da “confiança objetiva”, ou digna de protecção segundo a boa fé, de uma parte na outra.<sup>604</sup>

A indenização pelo interesse negativo visa a colocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse acreditado, sem culpa, na boa-fé ou na atuação correta

---

<sup>600</sup> “[...]Não pode, sem contradição (performativa e teleológica), reclamar-se ao mesmo tempo uma reparação correspondente ao interesse negativo e ao interesse positivo. O lesado nunca poderia ter estado *simultaneamente nessas duas situações*: ou o negócio não teria sido concluído e nesse caso também não teria sido eficaz nem cumprido, ou teria sido celebrado, produzindo efeitos e competindo ao lesado o direito ao seu cumprimento; ou a confiança não lhe teria sido criada e não haveria base para reclamar a “correspondência à confiança”, ou o lesado pode reclamar a “protecção positiva” da sua confiança, justamente (além do mais) porque esta lhe foi despertada, e conformando-se com isso. Trata-se, pois, de situações hipotéticas (e de medidas de dano) inconciliáveis, o que, de tão claro, frequentemente nem chega a ser expressamente sublinhado na doutrina.” (MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1004)

<sup>601</sup> MARTINS-COSTA, op. cit. 2009, p. 485

<sup>602</sup> *Ibidem*

<sup>603</sup> MOTA PINTO, op. cit. v.2. p. 192

<sup>604</sup> MOTA PINTO, op. cit. v.1. p. 510

da contraparte<sup>605</sup>, sendo a “ausência de contrato” um referencial para estimar os danos para os casos de resolução contratual<sup>606</sup> e a “ausência de confiança nas negociações” o referencial para identificar os prejuízos decorrentes dos contratos nulos ou dos que não foram celebrados. Assim, em qualquer um dos casos, as perdas e danos a serem indenizadas não são, evidentemente, as do contrato, mas a diferença entre o patrimônio que o candidato a contratante possui após a lesão e o patrimônio que possuiria se não tivesse acreditado na declaração alheia. Trata-se de uma reparação atrelada à mudança de posição do lesado<sup>607</sup>, devida pelo ato lesivo que diminui ou destrói o valor do investimento feito com base na confiança<sup>608</sup>.

Assim, “[...]sob o aspecto econômico, quanto mais o confiante investir por conta das expectativas que foram criadas de êxito negocial, maior será o seu

---

<sup>605</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações. v. V. Tomo II. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 485

<sup>606</sup> Robert Cooter e Thomas Ulen analisam a “indenização por quebra da confiança” no direito norte-americano quando tratam da teoria econômica do contrato, equiparando-a ao interesse negativo: “A indenização calculada com base nesse referencial se chama “indenização por quebra de confiança” na tradição do *commom law*. A tradição do *civil law* designa essa indenização como “indenização negativa”, pois ela substitui uma renda que foi efetivamente perdida. Se a indenização por quebra de confiança ou indenização negativa alcança sua finalidade, a vítima em potencial do descumprimento da promessa está numa situação igualmente boa quer não haja contrato, por um lado, quer haja quebra de contrato e pagamento de indenização, por outro. Dizemos que a *indenização perfeita por quebra de confiança* deixa as vítimas em potencial *indiferentes* entre a ausência de contrato e seu descumprimento.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 252). Há comumente uma associação da “indenização por quebra da confiança” (ou “*reliance*”) do direito norte-americano ao interesse negativo da *civil law*. Todavia, o direito de lá confere ao “*reliance*” tratamento ligeiramente distinto do nosso interesse negativo, pois nele insere apenas as despesas efetuadas por conta da confiança. Digamos que a “*reliance*” do direito norte-americano não preenche por inteiro o interesse negativo do *civil law*, mas uma parte dele, que seria o equivalente aos danos emergentes. Tal ponto também é identificado por Robert Cooter e Thomas Ulen quando tratam da indenização do “custo de oportunidade” (“*opportunity cost*”), aceitando-a como uma forma de indenização por quebra de confiança e referindo a sua vinculação com o interesse negativo da *civil law*: “[...]Usando esse referencial, a justiça concede uma indenização que coloca as vítimas do descumprimento da promessa na posição em que estariam se tivessem assinado o contrato que constituía a melhor alternativa àquele que foi rompido. Em outras palavras, a indenização repõe o valor da oportunidade perdida[...] está numa situação igualmente boa quer haja uma quebra de contrato, por um lado, quer faça o melhor contrato alternativo, por outra [...]a tradição do *commom law* considera a indenização do custo de oportunidade perdida uma forma de indenização de indenização por quebra de confiança [...]. De modo semelhante, a tradição do *civil law* considera a indenização do custo de oportunidade uma forma de indenização negativa[...]. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas, op. cit. p. 253)

<sup>607</sup> “[...]por ter actuado confiando na promessa do demandado, o demandante incorreu numa “mudança de posição”, efectuou disposições, correspondendo a indemnização ao necessário para o repor na situação em que estava antes de a promessa ser feita (ou em que estaria agora se não tivesse sido feita).” (MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 291)

<sup>608</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit. 2010, p. 252

prejuízo se o negócio não lhe resultar proveitoso”<sup>609</sup>, assumindo inclinação positiva e proporcional o gráfico da indenização em função da confiança.

Funciona o interesse negativo como *medida indenizatória* (no sentido de dimensão) de evento lesivo aplicada a situações de violação dos deveres pré-contratuais de boa-fé, mas não só a elas limitadas, como, por exemplo, quando o dano decorre de hipótese de ilícito contratual que resulta na resolução do contrato<sup>610</sup>. Em outras palavras, o interesse negativo é apenas a consequência jurídica da responsabilidade, não se trata de fundamento dela. Deste modo, não há uma autonomização do interesse negativo como situação jurídica tutelada e objeto do dano<sup>611</sup>.

[...]Antes o interesse contratual negativo – tal como *reliance interest* – designa, de acordo com o sentido mais usual, diversas *consequências jurídicas* da responsabilidade, e não elementos da hipótese de responsabilidade (podendo, embora, sem dúvida, corresponder à lesão, e protecção, de interesses, como fundamento para o surgimento do dever de responder).<sup>612</sup>

<sup>609</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paula: Atlas, 2012, p. 38

<sup>610</sup> Destaca-se da lição de Paulo Mota Pinto: “[...]verifica-se que, fora do contexto delitual (e mesmo aí muito limitadamente, apenas a propósito da violação de “leis de protecção”), a lesão de um interesse não é elemento fundamentador, com relevância autonónoma, de uma obrigação de indemnização por responsabilidade contratual. Assim, a situação de responsabilidade por “culpa na formação dos contratos” é, no Código Civil, delimitada por apelo a uma violação culposa dos “ditames da boa fé” art. 227.º, n.º1), e a doutrina e a jurisprudência não se referem, para caracterização de tal hipótese, a uma lesão do “interesse negativo” como elemento fundamentador da responsabilidade. Por outro lado, a responsabilidade contratual é, segundo o art. 798.º do Código Civil, resultado de uma falta culposa ao cumprimento de uma obrigação, e não de uma lesão do “interesse positivo”. Esta lesão – bem como a lesão do interesse negativo – pode ser relevante para a delimitação das *consequências jurídicas* da responsabilidade – para o “preenchimento da responsabilidade” com a avaliação dos danos. [...]A concepção do interesse negativo como *interesse no cumprimento dos deveres pré-contratuais* de boa fé não é, aliás, nova[...]. Todavia, tal concepção, para além de manter a noção de interesse negativo limitada a uma responsabilidade por violação de deveres *pré-contratuais* – como se vê pela impossibilidade de sua extensão, por exemplo, à indemnização em caso de resolução por não cumprimento, apenas pode ter aplicação à responsabilidade que resultado de comportamentos ilícitos – isto é, à responsabilidade por *violação de deveres*. A expressão “interesse negativo” é normalmente empregue na jurisprudência e na doutrina para designar, não hipótese ou previsões diversas de responsabilidade, mas *consequências jurídicas* (em particular, medidas indemnizatórias) diversas, em resultado de eventos lesivos, como revela, por exemplo, o facto de a distinção ser também aplicada quando não está em causa a violação de deveres pré-contratuais de boa fé, mas, por exemplo, para caracterizar o alcance da indemnização em caso de resolução do contrato por não cumprimento. (MOTA PINTO, Paulo. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 517 e 518)

<sup>611</sup> *Ibidem*, p. 517

<sup>612</sup> MOTA PINTO, op. cit. p. 519

Entendido como consequência jurídica, o interesse negativo é a medida para reparação dos danos sofridos pela ruptura imotivada das negociações e condutas oportunistas.

Estes casos de danos decorrentes da fase negocial por ruptura injustificada das negociações e de condutas oportunistas em desatenção ao princípio da boa-fé pelo ofensor, como se pode concluir do que já foi dito, nunca implicam obrigação de indenizar “o interesse contratual positivo”. A conclusão decorre da lógica de que se porventura fossem equiparadas esta situação de não-contrato a uma situação de contrato, seriam úteis os investimentos realizados, em momento anterior, pelo credor, para o cumprimento do que vinha sendo ajustado, não havendo necessidade de receber o retorno de tal quantia, mas sim daquilo que esperava com o cumprimento exato da avença. Nesse sentido, indenizar o dano causado pela ruptura injustificada das negociações pelo interesse positivo seria instaurar um estado de coisas idêntico ao que se teria produzido no caso hipotético de haver contrato, o que equivaleria a criar contrato em toda negociação que haja o mínimo de confiança entre as partes<sup>613-614</sup>.

Ademais, os efeitos de se aplicar o contrário seriam nefastos para a fluidez das transações no mercado, pois afastaria do ótimo o número de negociações que devem existir para que também se atinja um nível ótimo de trocas, na medida em que se reduziria o número de agentes dispostos a ingressar em negociações. Neste sentido, independente do êxito ou não, a garantia de o ingresso em negociações render os benefícios do contrato para o qual se negocia (efeito obtido quando, nesta hipótese, o ordenamento jurídico cancelar o interesse positivo ao invés do interesse negativo), faria com que o mercado fosse dominado por agentes com aversão ao risco, pois os negociantes pouco teriam a fazer senão vincularem-se à contraparte

---

<sup>613</sup> Gisela Sampaio da Cruz Guedes (*in* Lucros Cessantes. Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: RT, 2011, p. 130) analisa a questão a partir do negócio jurídico nulo, concluindo que os negócios jurídicos nulos não geram indenização pelo interesse positivo, pois indenizar o dano causado pela nulidade do negócio jurídico pelo interesse positivo, seria instaurar um estado de coisas idêntico ao que se teria produzido no caso hipotético de não ser nulo o contrato, o que equivaleria a converter em válido o negócio nulo.

<sup>614</sup> Também, por esta razão, afasta-se a possibilidade da obtenção da tutela específica, conforme afirma Cristiano Zanetti: “Assim, apesar de não poder ser excluída *a priori* a tutela específica no caso de abuso de direito, deve-se reconhecer que, tratando-se de exercício abusivo do direito de encerrar as negociações, resta ao prejudicado apenas a tutela reparatória, pois, caso contrário, haveria excessiva interferência na liberdade contratual, forçando as partes a negociar e contratar um negócio jurídico que não mais desejam.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade pela Ruptura das Negociações. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 150)



com a conclusão do negócio jurídico e cumprirem o contrato ou tornarem-se devedores de indenização do preço equivalente ao dos benefícios do negócio. Assim, cada uma das partes adentraria nas tratativas com a definição do quanto se beneficiariam. Mas tal não é consentido pelo ordenamento jurídico, como bem destaca Judith Martins-Costa:

[...]Nesses casos, indevido seria identificar os danos eventualmente produzidos ao outro negociador com aqueles prejuízos derivados do inadimplemento contratual, isto é, aquele dano, causado pelo inadimplemento dos deveres de prestação. Igualmente indevido seria, em vista do sistema brasileiro, buscar na *tutela contratual* o caminho jurídico para o ressarcimento desses danos.<sup>615</sup>

Paulo Mota Pinto esclarece que corresponde a indenização pela ruptura das negociações ao interesse negativo ao verificar a “[...]*caracterização exacta da previsão* ou hipótese (no *Tabestand* ou *facti species*) de responsabilidade, de forma a conciliar as necessidades de protecção da confiança e o valor da autonomia privada”<sup>616</sup>. Afirma o autor que o evento que obriga à reparação não pode ser considerado a ruptura das negociações ou a recusa de um dever de não romper, pois tal dever inexistente se não houver sido assumida convencionalmente uma obrigação de contratar, como, por exemplo, por meio de contrato-promessa, e correlaciona o interesse negativo à frustração da confiança criada ao afirmar que “[...]no caso de não conclusão ou de recusa de celebração do contrato, o comportamento que conduz à indemnização é apenas a *criação da confiança*”<sup>617</sup>, resguardando, portanto, ao dissociar o evento lesivo da própria ruptura, a liberdade contratual dos negociantes:

Deve-se partir do princípio de que, em conformidade com a liberdade contratual, cada parte dispõe, até à conclusão do contrato, do direito de se afastar deste e de recusar a celebração, ou de romper as negociações. As despesas (e a renúncia a outras ocasiões) que cada parte efectua verificam-se, por conseguinte, por conta e risco próprios. Ainda durante as negociações, pode, porém, verificar-se a

<sup>615</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 384.

<sup>616</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1343

<sup>617</sup> *Ibidem*, p. 1345

violação de deveres de informação ou de lealdade teleologicamente orientados para a prevenção da *criação de situações de confiança* na celebração do contrato, que se não justificam. Nestes casos, a indemnização deverá colocar o lesado na situação em que estaria se esses deveres tivessem sido cumpridos, e, portanto, se não tivesse sido criada a referida situação de confiança.<sup>618</sup>

Assim, quando o dano decorrer do recesso injustificado de uma das partes, do *hold-up*, da revelação indevida de segredos ou de informações na fase pré-contratual, da omissão de informações que teriam sido relevantes para formar um consenso contratual ou do não cumprimento de promessas feitas na fase pré-contratual que geraram a justa expectativa do credor<sup>619</sup>, a tutela à disposição será a do interesse negativo.

Essa doutrina é secundada pela orientação majoritária do Superior Tribunal Administrativo português: “a responsabilidade civil por lesão da confiança é restrita à reparação do interesse contratual negativo, ou da confiança, isto é, do prejuízo resultante da frustração das expectativas de conclusão do negócio, estando excluída a reparação do interesse positivo, ou seja, pelo benefício que a conclusão do negócio traria à parte prejudicada nas suas expectativas.”<sup>620</sup>

Todavia, dizer que a reparação do interesse negativo é medida de indenização por ludibriar a confiança fomentada na fase negocial não significa que toda reparação de dano causado pela atuação das partes na fase pré-contratual deva ser limitada à tutela do interesse negativo.

Com efeito, é certo que nos casos de ruptura injustificada das negociações haverá o recurso ao interesse negativo, porém, não à ruptura das tratativas que estão restritas às hipóteses de indenizar, eis que se admitem casos excepcionais em que a indenização pelo interesse positivo relaciona-se à fase pré-contratual por ser inadequada a indenização correspondente ao interesse negativo, tal como nos casos em que a violação dos deveres de informação gera prejuízos a uma das partes quando está em fase de execução (então concluído) contrato válido e eficaz,

<sup>618</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1343

<sup>619</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros Cessantes. Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: RT, 2011, p. 127

<sup>620</sup> USTÁRROZ, Daniel. Direito dos Contratos. Temas atuais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 62

“[...]designadamente no caso de conclusão de um contrato *válido*, mas “indesejado” ou “não correspondente às expectativas” do lesado”<sup>621</sup>. Daí o interesse positivo atua para equiparar a condição do lesado à situação que estaria com a execução do contrato considerando a informação omitida. Em outras palavras, à falta de informação, o ressarcimento pelo interesse positivo compensa o desequilíbrio existente em um contrato válido. Neste norte:

Onde é de se esperar que mais comumente se tope com a afirmação de que a indemnização a conceder, orientando-se pelos danos concretamente sofridos, pode corresponder ao interesse contratual positivo, é, sobretudo, em casos de responsabilidade pré-contratual em *contratos válidos*, ou que se convalidaram, nomeadamente, por violação de deveres de informação. É nestes casos de celebração de “*contratos indesejados*” que se verifica mais frequentemente o apelo à superação do limite do interesse negativo – por vezes também referido, porém – entendendo-se, por exemplo, que o vendedor de uma empresa que viola o dever de informação sobre as dívidas desta deve ser condenado em montante equivalente ao dos débitos omitidos.<sup>622</sup>

Paulo Mota Pinto traz como alternativa a não vincular de forma invariável o interesse negativo com a responsabilidade pré-contratual, herança da tese de Jhering para os países da *civil law*, classificação das hipóteses de responsabilidade pré-contratual segundo evento danoso a ser reparado, abrindo caminho para a medida do interesse positivo nessa seara:

[...]nos casos de responsabilidade pré-contratual, este evento é a *violação de um dever* pré-contratual, ou a *criação* de confiança e/ou a sua *frustração*[...]. Correspondentemente, o lesado deve ser colocado [...]na situação em que estaria se não tivesse violado o dever pré-contratual ou não tivesse sido criada (e/ou frustrada) a sua confiança, sendo, pois, hipotizável, segundo as regras gerais e consoante o curso hipotético dos acontecimentos, que a indemnização se refira quer ao interesse negativo quer ao interesse positivo. Tudo depende da configuração da hipótese de responsabilidade, para nela identificar o “evento que obriga à reparação”.<sup>623</sup>

<sup>621</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1135

<sup>622</sup> *Ibidem*, p. 1143 e 1144

<sup>623</sup> *Ibidem*, p. 1191 e 1192

Esse seria o fundamento para também fazer referência à indenização pelo interesse positivo atrelada à fase pré-contratual, porquanto decorrente de violação de um dever pré-contratual, quando o rompimento de uma parte ocorre em momento no qual já existe para ela um dever de conclusão do contrato<sup>624</sup>. A indenização, neste caso, mesmo que não concluído de fato o contrato, deixaria o lesado em igual situação do seu cumprimento<sup>625</sup>. Correto seria pensar desta forma se, contudo, não fosse mais adequado tratar de tal já na seara contratual, ao invés de no âmbito da pré-contratualidade.

Assim, naturalmente, nos casos de não conclusão do contrato quando ela é um dever da parte, a indenização não corresponderá à do interesse negativo por ruptura das negociações, eis que um dever de conclusão é um dever de não poder voltar atrás, um dever que inibe a possibilidade de desistência da contratação e abandono das tratativas. Ou seja, embora não aparente, pois faltante a formalização, há uma vinculação contratual entre as partes, a qual, abandonada, implica inadimplemento, própria violação de dever contratual.

Portanto, o fundamento da responsabilidade neste caso não será a quebra da confiança ou quebra de dever pré-contratual, mas o não cumprimento de verdadeira obrigação contratual, devendo ser tratada a indenização como um remédio para a responsabilidade contratual, cabendo, dentre as alternativas, a indenização do interesse positivo, ao contrário de como é quantificada no caso de ruptura injustificada das negociações.

Pensar dessa forma, leva à conclusão de que a indenização pelo interesse negativo por ruptura das negociações esbarra na aceitação da oferta, mesmo que penda de forma o contrato, ou na existência de um pré-contrato, hipóteses estas em que a medida da indenização pela desistência é estipulada pelos remédios contratuais, principalmente, em nosso direito, o remédio do interesse positivo. Por

---

<sup>624</sup> A posição jurisprudencial majoritária vai no sentido de conceder uma indemnização limitada, em caso de ruptura das negociações, ao interesse *negativo*, mas têm vindo, crescentemente, a ser proferidas decisões que afirmam a título incidental, ou atribuem mesmo, uma indemnização pelo interesse contratual positivo, invocando as *regras gerais* para o cálculo do dano, e considerando que existia já um verdadeiro *dever de conclusão* do contrato. (MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1321 e 1322)

<sup>625</sup> Paulo Mota Pinto entende que “[...]o interesse positivo é visto, nos casos de responsabilidade contratual, como um interesse no cumprimento (designadamente, dos deveres de prestação principal, mas não só), mas inclui, também, o interesse no surgimento de uma vinculação válida e eficaz – o interesse na produção de certos efeitos jurídicos –, sendo neste último sentido que releva na responsabilidade pré-contratual.” (MOTA PINTO, op. cit. v. 2. p. 873)

outro lado, a ruptura das tratativas na presença de simples declarações unilaterais ou de acordos intermédios (não contratuais), por apenas gerarem confiança no prosseguimento das negociações ao invés da certeza da contratação, não tem o condão de atrair a indenização medida pelo interesse positivo, permanecendo regida pelo interesse negativo e na medida da confiança criada<sup>626</sup>.

## ii. Composição do Interesse Negativo: danos emergentes e lucros cessantes

Do ponto de vista econômico, Fernando Araújo entende que a tutela do interesse negativo – refere o autor a *reliance*, mas não há equívoco em aproveitar a

---

<sup>626</sup> O direito norte-americano adota entendimento ligeiramente diverso, pois na maioria das vezes a proteção indenizatória das partes no período pré-contratual é feita pelo instituto do *promissory estoppel*, assim, “[...]faz nascer obrigações do <<*promissory estoppel*>> em contextos em que não há ainda (ou já não haverá) uma vinculação contratual, mas se reconhece terem existido investimentos de confiança – sendo que com o <<*promissory estoppel*>> se trata de repor a vítima numa situação pré-lesão, num evidente paralelo com a promoção do interesse contratual negativo (salvo que não existe um contrato)” (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 782). Todavia, tal paralelo está, atualmente, mais distante, visto que os tribunais americanos e a sua doutrina vêm reconhecendo que a medida de indenização do *promissory estoppel* pode ser atendida tanto pelo *expectation interest* (indenização por quebra de expectativa) quanto pelo *reliance interest* (indenização por quebra da confiança), variando “[...]consoante as circunstâncias do caso e as exigências da justiça” (MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 284). Allan Farnsworth (*in Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. in Columbia Law Review*, 1987, p. 8), ao analisar a promessa específica como base para a responsabilidade pré-contratual, afirma que à aplicação do instituto do *promissory estoppel* basta o não cumprimento de promessas específicas feitas por uma parte para atrair o interesse da outra nas negociações, desde que tenham gerado incentivo à parte contrária, não necessitando que tal promessa específica, que pode até ser implícita, englobe todos os detalhes essenciais da transação proposta para ser considerada equivalente a uma oferta. Ao se debruçar sobre célebre caso concreto de ruptura das negociações de um contrato de *franchising* (*Hoffman v. Red Owl Stores*), referiu que o autor da lide só não fez jus à indenização por quebra de expectativa (*expectation interest*), pois era impossível imputar-lhe valor, de modo que a única reparação passível de liquidação era aquela medida pela quebra da confiança (*reliance*) e, se houvesse pedido, pelo custo de oportunidade perdida (*lost opportunities*) por se desfazer de outro negócio em razão das negociações rompidas. Realça-se que, tal como se entende no direito brasileiro, não há cumulatividade dos pedidos no direito norte-americano, devendo haver uma opção por um ou outro remédio. Paulo Mota Pinto (*in op. cit. v. 1 p. 284*) refere que essa flexibilidade decorre do fato de a distinção entre o *expectation interest* e o *reliance interest* não coincidir com a introdução da responsabilidade pré-contratual, mas ter ocorrido antes, para tratamento da responsabilidade contratual “[...]e ser, pois, independente da questão de saber se estamos perante uma violação de um dever pré-contratual ou contratual”, ao contrário do nosso sistema, que sucedeu a linha de pensamento desenvolvida em torno da tese de Jhering. Assim, no direito americano, em casos de aplicação da *promissory estoppel* para reparação de lesão decorrente de ruptura das negociações, há uma maleabilidade da medida de indenização, podendo optar-se pela “[...]reparação das despesas ou custos (ou parte deles), segundo a “*out-of-pocket rule*”, de todo o interesse na confiança, incluindo as oportunidades perdidas, ou do interesse no cumprimento, incluindo o lucro do negócio (*benefit of the bargain*)” (MOTA PINTO, op. cit. v. 1. p. 282)

assertiva para o interesse negativo – pode oferecer maior eficiência do que o interesse positivo, na medida em que este não assegura nível adequado de confiança e, pelo contrário, tende a incentivar o seu excesso por funcionar como um *seguro total* dos investimentos, haja ou não a contratação:

[...]a <<*reliance*>> abre mais <<área de contrato>>, aumenta a amplitude de <<disposições negociais>> e o leque de preços que são bilateralmente admitidos no <<jogo de soma positiva>> – sendo por isso que a tutela da <<*reliance*>> é capaz de intensificar o volume de transações, podendo revelar-se afinal a mais eficiente na promoção do bem-estar máximo[...]<sup>627</sup>

Mas para que se torne eficiente, a indenização pelo interesse negativo, quando trata de ruptura das negociações, deve atender a algumas premissas. Primeiramente, há necessidade de ser suficiente para o lesante internalizar todos os custos incorridos pela contraparte por conta da confiança que tinha no prosseguimento da fase negocial<sup>628</sup>.

Além disso, a medida da indenização deve ser exata a reparar apenas a confiança justificada pela postura do lesante, devendo a confiança ser contraposta à situação de consciente assunção do risco, que é própria da fase negocial.

Por fim, é necessário que o teto indenizatório observe, para fins de evitar enriquecimento sem causa do ofendido, o valor do interesse no cumprimento do contrato, pois, via de regra, numa ação de indenização de prejuízos, verificados pela confiança em um contrato que não se concluiu, não se pode conscientemente deixar a vítima em uma posição melhor do que aquela que teria estado se o contrato tivesse sido concluído e integralmente cumprido<sup>629</sup>.

O *quantum debeatur* do interesse negativo, assim, encontra sua limitação no valor do interesse positivo, podendo, por vezes, equipará-lo, mas não ultrapassá-lo,

<sup>627</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 797

<sup>628</sup> “O pagamento de uma indenização perfeita, baseada na indiferença, faz com que os custos gerados a terceiros sejam fielmente internalizados, gerando então um patamar ótimo de eficiência. A ideia é facilmente aplicada aos danos que atingem bens para os quais o mercado preveja um substituto ou que sejam suscetíveis de avaliação por um sistema de preços.” (MENDONÇA, Diogo Naves. Análise Económica da Responsabilidade Civil. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 96)

<sup>629</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 300

sem olvidar-se que mesmo nos casos em que importa idêntico valor, manter-se-á a natureza da indenização e, por isso, os fundamentos da indenização permanecem sendo diferentes<sup>630</sup>.

Em retórica, ao tratar do modelo de indenização nos casos de o dano ter origem na fase negocial, Enzo Roppo discrimina o que deve se considerar para uma adequada fixação da indenização baseada no interesse contratual negativo, *in verbis*:

Como se mede o ressarcimento devido à parte lesada pelo comportamento incorrecto da contraparte, durante as negociações? Aquela não tem direito à soma equivalente ao interesse contratual positivo (isto é aos exactos proveitos que conseguiria se o contrato em questão se tivesse formado validamente e tivesse sido regularmente cumprido). Tem direito, sim, à indemnização do *interesse contratual negativo*, correspondente às vantagens que teria obtido somadas aos danos e despesas que teria evitado, se não tivesse iniciado as negociações, depois injustificadamente interrompidas pela contraparte, ou celebrado um contrato inválido (despesas suportadas por causa da condução das negociações e/ou da conclusão do contrato; proveitos que derivariam de ocasiões de negócio, alternativas à malogradamente prosseguida e abandonadas por causa desta última).<sup>631</sup>

Ana Prata defende, em restrição aos prejuízos reparáveis pelo interesse negativo, quando trata de prejuízo decorrente do rompimento furtivo das negociações, que a indenização deve corresponder ao fato de ter o agente “[...]iniciado e prosseguido tais negociações, já que, se soubesse que elas estavam condenadas ao inêxito, com probabilidade as teria evitado e teria procurado satisfazer o seu interesse negocial por outra via”<sup>632</sup>.

Importa reiterar que a ruptura das negociações não faz com que o lesado perca ou deixe de ganhar o que ele obteria com o contrato que previu quando ingressou na negociação, mas sim o que auferiria se aquela negociação jamais tivesse se instaurado. Em outras palavras, se a situação é de não existência de

<sup>630</sup> “O interesse negativo pode, em certas circunstâncias, atingir o montante positivo. Nos últimos casos referidos, os demandantes recebem exactamente o mesmo que teriam podido reclamar no caso de execução do contrato, embora, como resulta do que se disse, em resultado de um fundamento totalmente diverso.” (JHERING, Rudolf Von. *Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Tradução: Paulo Mota Pinto. Almedina: 2008, p. 16)

<sup>631</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 108

<sup>632</sup> PRATA, Ana. *Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 179

contrato, não faz o mínimo sentido exigir do devedor ressarcimento do benefício que normalmente traria a execução do negócio que o lesado vislumbrou em meio às negociações.

O que se pretende, é reaver os investimentos realizados com vistas à conclusão do negócio, bem como a reparação pela oportunidade perdida em outro negócio, então, a reposição do patrimônio à quantidade que estava antes de depositar confiança na celebração do acordo.

Ao tratar do interesse negativo por ocasião do contrato nulo, ou seja, do contrato que o lesado confiou na validade e investiu para sua execução, Rudolf Von Jhering<sup>633</sup> estabeleceu que os danos causados pela conclusão do contrato podem consistir na perda positiva (custos inúteis que o demandante suportou em consequência da conclusão ou execução do contrato<sup>634</sup>) ou lucros cessantes (seja por ter aberto mão de outra oportunidade de conclusão do mesmo, seja por ter omitido cuidar oportunamente de uma tal oportunidade). Portanto, desde o princípio Jhering distinguiu o conceito de interesse negativo dos danos emergentes e lucros cessantes<sup>635</sup>.

A admissão de que o interesse negativo ou “dano da confiança” integrava tanto danos emergentes como benefícios que o lesado teria obtido segundo o curso ordinário das coisas foi também salientada logo depois da entrada em vigor do BGB, mantendo-se até hoje como aquisição na jurisprudência e na doutrina, que normalmente distingue como *Schadensposten* do dano as despesas realizadas e as oportunidades preteridas (lucro cessante).<sup>636</sup>

---

<sup>633</sup> JHERING, Rudolf Von. Culpa in Contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Tradução: Paulo Mota Pinto. Almedina: 2008, p.15 e 16

<sup>634</sup> Cita o autor, como exemplo: “[...]os custos de selo, notariado e marcação do acto em caso de formalização solene do contrato; os custos de embalagem, envio, descarga, impostos, outras remunerações, etc.,” (JHERING, op. cit. p. 15 e 16)

<sup>635</sup> “Lo stesso Jhering si affretta comunque a precisare che tra le componenti del danno risarcibile rientrano senz’altro, anche nella specie, tanto il danno emergente (<<positiver Verlust>>), quanto il lucro cessante (<<entgangener Gewinn>>) e che, soprattutto sotto quest’ultimo profilo, il risarcimento dell’interesse negativo potrebbe equiparare quantitativamente, in relazione alle circostanze concrete del rapporto e alle occasioni negoziali alternative ormai sfumate, quello dell’interesse positivo.” (TURCO, Claudio. L’interesse negative nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhergin nel sistema tedesco e italiano). In Rivista di Diritto Civile. (coord.) Vittorio Colussi. Ano III, n. 2, Padova: CEDAM, 2007, p. 175)

<sup>636</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1070



Por essa concepção, desde o início do estudo proposto por Jhering, tanto o interesse positivo como o negativo podem compreender os danos emergentes e os lucros cessantes<sup>637-638</sup>, remetendo à conclusão de que assim como interesse positivo não é sinônimo de lucros cessantes, interesse negativo não é de dano emergente<sup>639</sup>.

Especificamente, danos emergentes e lucros cessantes, englobados pelo conceito de “perdas e danos”<sup>640</sup>, são danos patrimoniais, por isso, sujeitos à avaliação pecuniária<sup>641</sup>, embora podem apresentar certos problemas de quantificação, sobretudo pela dificuldade de serem comprovados, em determinados casos, os lucros cessantes. Tal avaliação deve levar em conta tanto o critério objetivo (valor de mercado<sup>642</sup> do bem lesado), quanto o critério subjetivo (valor do bem perante o patrimônio concreto e atividade do lesado)<sup>643</sup>. Portanto, “perdas e danos” dizem respeito à amplitude do dano patrimonial, *medida do conteúdo* do

<sup>637</sup> “Quanto a este último ponto, consideremos ainda que, se a <<reliance>> corresponde à ideia de recolocação do credor na posição em que ele estaria se nunca tivesse havido contrato, então logicamente ela deveria incluir as oportunidades desperdiçadas e os lucros que destas adviriam[...]” (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 699)

<sup>638</sup> Ana Prata refere, em sentido contrário, à doutrina de Gabriele Faggella, para quem a indenização pela ruptura das negociações somente poderia ser composta pelos danos emergentes: “[...]isto é, incluindo todas as despesas realizadas com vista à condução das negociações e à conclusão do contrato, não abrangeriam as ocasiões perdidas, os contratos a cuja oportunidade se renunciara, os lucros cessantes em suma, pois, quanto a esses, não haveria, sempre segundo Faggella, nexos de causalidade entre a ruptura e o dano; é que, se uma das partes tivera uma oportunidade vantajosa no decurso das negociações, recusando-se a contraparte a aceitar idênticos termos contratuais, então esse era um motivo de ruptura justificada, cujo não exercício não poderia ser imputado à outra parte.” (PRATA, Ana. Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual. Coimbra: Almedina, 2005, p. 14)

<sup>639</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros Cessantes. Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: RT, 2011, p. 141

<sup>640</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações. v. V. Tomo II. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 476

<sup>641</sup> NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.590

<sup>642</sup> “[...]Umas vezes o quantitativo pecuniário resultará do fato de o bem lesado ter um preço no mercado, outras vezes haverá possibilidade de determinar-lhe um valor equivalente, com referência a outros bens ou serviços que estejam disponíveis no mercado.” (NORONHA, op. cit. p. 590)

<sup>643</sup> “Para fixação dos limites mostra-se adequado, em linha de princípio, utilizar-se a “Teoria da Diferença” [...], entendida à luz do *id quod interest*. Isso significa dizer que o credor tem direito à efetiva reintegração no seu patrimônio, constituída essa reintegração pela diferença entre o valor atual do bem e aquele que apresentaria se a obrigação fosse exatamente seguida, havendo que proceder ao apuramento da diferença entre a situação real e a situação hipotética atuais do patrimônio do lesado (isto é, na data mais recente possível) de modo que o resultado dessa operação (“montante da indenização”) apague a diferença entre aquelas duas situações. Assim sendo, adotando-se o critério subjetivo, o credor não tem direito apenas ao equivalente do bem ou da prestação inadimplida determinado segundo seu valor de mercado, mas ao ressarcimento integral, *calculado segundo todas as consequências danosas produzidas pelo inadimplemento no seu patrimônio.*” (MARTINS-COSTA, op. cit, 2009, p. 475)

dano ressarcível<sup>644</sup>, também para os casos de ruptura das negociações (interesse negativo). O dano emergente (ou *positivo*) tem uma definição simplória, sendo tudo aquilo que a vítima “*efetivamente perdeu*”, ou seja, há desaparecimento do patrimônio do lesado.

[...]o dano emergente implica a perda ou a diminuição de valores econômicos positivamente existentes, manifestando-se, portanto, como um empobrecimento patrimonial. O dano emergente é isso, mas não apenas isto, não apenas a diminuição no ativo: é também o aumento no passivo, a ausência de ganhos da qual se ressente o lesado pelo efeito do dano injusto, razão pela qual, como alerta ainda Alvim, o será também “aquele que, em virtude de fato de terceiro, incide em cláusula penal e fica obrigado a pagar, terá sofrido dano emergente, por ver aumentado o seu passivo”.<sup>645</sup>

A noção de dano emergente é a única que se alicerça satisfatoriamente na Teoria da Diferença<sup>646</sup>, porquanto o dano emergente corresponde ao resultado aritmético do patrimônio da vítima antes e depois da lesão, sendo o dano a parcela em que se reduziu o patrimônio da vítima<sup>647</sup>.

Na hipótese de ruptura indevida das negociações, os danos emergentes correspondem ao montante do investimento de confiança frustrado, diminuído do que se puder ainda aproveitar dele<sup>648</sup>. Mário Júlio de Almeida Costa<sup>649</sup> diz serem os danos emergentes as despesas necessárias, normais e razoáveis, adequadamente efetuadas por causa das negociações. Assim, ficará o lesante obrigado a ressarcir os esforços do ofendido que passaram a ser inócuos<sup>650</sup>, ou seja, os danos que

<sup>644</sup> “[...] o dano material nunca é irreparável: dada sua ocorrência, ou se restaura a situação anterior ou se integra o patrimônio mediante o equivalente pecuniário do desfalque, intervindo, ademais, os juros de mora, para ajustar a compensação à maior ou menor duração do dano.” (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 841)

<sup>645</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações. v. V. Tomo II. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 477

<sup>646</sup> “[...]Efetivamente, apresenta-se essa teoria como um excelente instrumento para a reparação dos prejuízos de natureza estritamente econômica ou patrimonial, constituindo um critério seguro para a quantificação da indenização pecuniária correspondente.” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da Reparação Integral. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 142)

<sup>647</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito Civil. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 169

<sup>648</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 364 e 365

<sup>649</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato. Coimbra: 1984, p.80

<sup>650</sup> “[...]existem despesas que também seriam realizadas se o contrato se tivesse formado e se tivesse sido cumprido mas se tornaram *inúteis*, ou *desaproveitadas*, e que constituem igualmente danos

resultam de uma atuação voluntária do lesado em prol da negociação, o qual aplicou recursos confiando na celebração de um negócio válido ou eficaz, ou no seu cumprimento<sup>651</sup>, desde que tais recursos não sejam permanentes na atividade do lesado (*custo fixo*), ou desde sempre inúteis, bem como não possam ser reaproveitados<sup>652</sup> pelo ofendido de alguma outra forma, seja para desenvolvimento de sua própria atividade ou para consecução de outro negócio que lhe apareça após a ruptura, cabendo ao lesante demonstrar em sua defesa o aproveitamento do recurso pelo lesado.

Realça-se que, uma vez identificada a relação de causalidade entre dano e quebra de confiança<sup>653</sup>, tudo o que for devido pelo lesado a terceiros, por se tratar de aumento do passivo da vítima, logo, dano emergente, insere-se na composição da indenização pelo interesse negativo, com a restrição dos danos que emergirem de momento precipitado, quando não se tinha elementos para confiar na celebração do contrato que estava sendo negociado, pois aí faltará o elemento da causalidade entre o dano e a criação e frustração da confiança. Portanto, em regra, não se descarta acrescentar ao *quantum debeatur* valor que tenha o lesado que suportar perante terceiro, como, por exemplo, a título de cláusula penal convencionada em contrato dependente do que estava sendo concretizado pelo lesado com o rompedor.

Por outro lado, como refere Senise Lisboa, muitas vezes a ruptura das negociações proporciona, além da diminuição patrimonial, a não obtenção de lucro que o confiante poderia ter<sup>654</sup>, caso tivesse mantido o rumo de outra negociação (ou contrato já firmado) a qual preteriu para persistir na negociação que lhe causou

---

emergentes. São, por exemplo, despesas para preparar a negociação, a conclusão e a execução do contrato, como, por exemplo, com o local de negociação ou a celebração do contrato, a assessoria para a negociação e para a celebração, os emolumentos notariais, registros, a produção de outros documentos relacionados com a celebração do contrato, a obtenção de financiamentos, garantias bancárias ou outras garantias para a celebração ou execução do contrato, com o transporte, embalagem da coisa, a concepção, projecto e produção da coisa objecto do contrato, o seu envio, etc.” (MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1074 e 1075)

<sup>651</sup> MOTA PINTO, op. cit. v. 2. p. 1071

<sup>652</sup> “[...]é claro que há que deduzir ao montante da despesa o valor “residual” dos bens em que elas se tenham corporizado, ou que com elas tenham sido adquiridas, isso é, tudo aquilo que o lesado possa recuperar mediante reutilização ou reafecção desses bens ou mediante revenda (no que, aliás, parece não chegar a ser uma verdadeira hipótese de “compensação de vantagens”).” (MOTA PINTO, op. cit. v. 2. p. 1077)

<sup>653</sup> *Ibidem*, p. 1073

<sup>654</sup> LISBOA, Roberto Senise. Confiança Contratual. São Paula: Atlas, 2012, p. 83

danos. Trata-se da indenização pelo custo da oportunidade perdida, espécie de indenização que mostra a compatibilidade dos lucros cessantes com o interesse negativo.

O lucro cessante<sup>655</sup> representa aquilo que a vítima “*razoavelmente deixou de lucrar*”, consistindo, na sua melhor definição, na frustração da expectativa de ganho ou diminuição potencial do patrimônio da vítima, traduzida no não aparecimento de enriquecimento legítimo<sup>656</sup>. Traduz-se, portanto, no ganho do qual o seu destinatário ficou privado, porque tinha, no momento da lesão, a titularidade de uma situação jurídica que, mantendo-se, lhe daria direito a esse ganho<sup>657</sup>. Todavia, não significa que o dano a ser reparado necessariamente se trate de um ganho constante e habitual que foi interrompido ou paralisado<sup>658</sup>. Basta verificar-se uma expectativa real de ganho impossibilitada pela prática do ilícito, que pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado<sup>659</sup>. Destaca Gisela Sampaio da Cruz Guedes:

A verdade, como se pode perceber, então, é que nem todo lucro cessante é, mesmo, *cessante*. E, indo um pouco além, nem todo lucro cessante representa, de fato, um *lucro*, pelo menos não no sentido econômico ou contábil do termo. A uma, porque o vocábulo lucro passa a ideia de ganhos provenientes de alguma atividade, enquanto que, para haver lucros cessantes, não se exige, necessariamente, que o lesado exerça qualquer atividade. [...] A duas, porque, de outro lado, a palavra lucro remete à ideia de pecúnia, valores monetários, embora a expressão “lucros cessantes”

<sup>655</sup> “A expressão “lucro cessante”, não obstante seja consagrada no ordenamento jurídico brasileiro – e, exatamente por isso, não se pretende aqui sugerir qualquer mudança de nomenclatura –, pode dar margem a certas confusões conceituais, distorcendo a real amplitude desta faceta do dano patrimonial. Busca-se, então, com a análise da terminologia empregada pelo sistema, impedir que o sujeito passivo do dano seja prejudicado por conta de uma interpretação equivocada que se possa conferir à locução, o que muitas vezes tende a ocorrer justamente em razão do sentido que as palavras que a compõem denotam.” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes*. Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: RT, 2011, p. 71)

<sup>656</sup> MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170

<sup>657</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações*. v. V. Tomo II. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 478

<sup>658</sup> “[...] a própria expressão lucros cessantes conduz a esta conclusão equivocada, porque passa a ideia de um ganho constante e habitual – reiterado, portanto –, que fora interrompido ou paralisado, quando, em realidade, há inúmeras hipóteses de lucros cessantes, já consagradas pela jurisprudência, em que o lesado não recebia tais proveitos antes do evento danoso, e mesmo assim faz jus a esta parcela de indenização.” (GUEDES, op.cit. p. 72)

<sup>659</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.72

abarque bem mais do que a diferença entre o capital empregado e aquilo que se produziu a partir dele, durante certo tempo.<sup>660</sup>

Portanto, o sentido de *lucro* empregado pelo ordenamento jurídico diz respeito a tudo aquilo capaz de beneficiar o ofendido, sinônimo de vantagem, benefício ou utilidade. E, ao contrário do dano emergente, conquanto também se trate de dano patrimonial, os lucros cessantes não se adaptam tão bem à Teoria da Diferença para verificação da extensão do dano, pois há ocasiões em que importa juízo de razoabilidade do intérprete para precisar o desfalque patrimonial<sup>661</sup>, indo além da simples aritmética. Desta forma, a quantificação dos lucros cessantes, quando inviável pela diferença, deve ser feita considerando o interesse do ofendido, quer dizer, de forma subjetiva, mediante valoração do benefício subtraído ante a concretude do seu patrimônio. Porém, mesmo que possa ser vinculada sua apuração a eventualidades futuras, o lucro cessante deve ser certo, verificável desde logo, com existência determinada, por significar que a concreção do interesse que traria ganhos à vítima não ocorrerá justamente em razão do evento danoso. Contudo, a necessidade de evidência de o evento danoso ter afetado expectativa legítima do ofendido não se aplica à extensão do dano provocado, porquanto não há exigência de absoluta certeza quanto ao valor da vantagem futura, o que, por lógica, seria impossível<sup>662</sup>. Então, o lucro cessante não demanda prova absoluta<sup>663</sup>, admitindo ilações ou presunções<sup>664</sup>, sendo tratado como fato provável<sup>665</sup>.

<sup>660</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros Cessantes. Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: RT, 2011, p. 73 e 74

<sup>661</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da Reparação Integral. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 141

<sup>662</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito Civil. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 171

<sup>663</sup> Ao analisar a classificação dos métodos de cálculos alternativos de indenização criada pelo direito norte-americano, Paulo Mota Pinto refere-se à probabilidade do cumprimento do contrato alternativo, por não ser possível prova absoluta do fato, característica dos lucros cessantes, *in verbis*: “[...]é certo que este elemento dificilmente pode ser medido objectivamente, pois o contrato hipotético não foi concluído, mas, se a probabilidade de cumprimento do contrato alternativo era grande, a diferença entre o preço do contrato não cumprido e o preço do contrato a que se renunciou pode ser uma medida próxima da confiança (acrescida de despesas “*out of pocket*” feitas com base na confiança no contrato não cumprido)” (MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 364)

<sup>664</sup> Os lucros cessantes devem basear-se em um interesse certo, cabendo ao juiz indenizar aquilo que seria esperado da vítima obter pela sequência lógica dos fatos se não houvesse o evento danoso, não aquilo que certamente lucraria o credor, pois a dificuldade de prova do prejuízo exato, ante a falibilidade de se prever o futuro (ou que não aconteceu), relativiza o parâmetro da certeza. Neste sentido: “[...]Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos

Gisele Sampaio<sup>666</sup> e Antonio Junqueira<sup>667</sup> reforçam a ideia inicial de Jhering ao afirmarem que, no âmbito do interesse negativo, o lucro cessante é o que o credor deixou de ganhar não em razão do incumprimento do contrato, mas por ter confiado na sua conclusão. A composição do lucro cessante no interesse negativo<sup>668</sup>, portanto, envolve o custo de oportunidade<sup>669</sup>, aquilo que o lesado ganharia se tivesse dado continuidade a outro negócio, o qual foi preterido pela crença na conclusão da negociação rompida, ou, até mesmo, caso tivesse direcionado seu investimento a outro destino. Neste sentido, o Paulo Mota Pinto destaca a irrelevância da destinação alternativa dos recursos do lesado, desde que tal alternativa e a negociação rompida sejam excludentes entre si – ou se aplica os esforços em um ou em outro – e se constate que a alternativa teria sido capaz de render benefícios ao lesado.

Mas pode igualmente estar em causa a celebração de um *negócio de tipo diverso*, ou mesmo um emprego alternativo de recursos totalmente *distintos* daquele que ocorria com o negócio frustrado, como se o lesado, em vez de uma compra e venda, tivesse celebrado um negócio de locação, ou se tivesse utilizado a coisa que venderia, não para vender a terceiro, mas na sua laboração, para fabricar um produto final a vender no mercado. É também o caso se o comprador tivesse empregue os meios financeiros que utilizou para pagar o preço num investimento lucrativo alternativo, de outro tipo, caso não tivesse confiado na celebração do negócio ou não tivesse

---

conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto.[...]" (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.827)

<sup>665</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros Cessantes. Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: RT, 2011, p. 87

<sup>666</sup> *Ibidem*, p. 129

<sup>667</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum". *In*: Estudos e pareceres do direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2

<sup>668</sup> Fernando Araújo faz ressalvas quanto ao entendimento de que a cobertura dos danos à confiança deve abranger os custos de oportunidade, *in verbis*: "[...]Lembremos que é controversa a inclusão dos custos de oportunidade no conceito de <<reliance>>, e o lado controverso prende-se com a mesma razão pragmática que por seu lado aconselha a demarcação entre <<reliance>> e <<expectation>>, o facto de esses custos de oportunidade poderem ser, como os lucros cessantes, demasiado vagos, insusceptíveis de um cômputo minimamente rigoroso – motivo pelo qual não apenas a cobertura dos custos de oportunidade é rara[...]" (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 789)

<sup>669</sup> "Pode, na verdade, reconhecer-se que o "custo de oportunidade" corresponderá normalmente a uma das componentes do dano correspondente ao interesse negativo, ou ao interesse na confiança (as oportunidades alternativas perdidas, negociais ou não), e que, nos casos de não cumprimento de um contrato, o interesse no cumprimento, por sua vez, será normalmente (salvo falhas de previsão ou de cálculo por parte do contraente lesado) tão elevado como a indemnização do "custo de oportunidade", já que, caso contrário, não teria normalmente chegado a ser celebrado o contrato que veio a não ser cumprido." (MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 895)

iniciado negociações. A identidade de natureza do contrato, ou até o seu objecto, são irrelevantes para delimitar os benefícios deixados de auferir correspondentes ao interesse contratual negativo, apenas sendo necessário que este resultado tenha sido causado pelo evento lesivo.<sup>670</sup>

Portanto, deve o lucro cessante do interesse negativo (custo de oportunidade), nesta hipótese, equiparar o patrimônio do lesado à posição da qual desfrutaria se tivesse assinado o contrato que lhe constituía a melhor alternativa àquele que lhe prejudicou, ou seja, deve repor o valor da oportunidade desperdiçada, a qual reflete a execução do melhor contrato alternativo. Trata-se o valor da alternativa um referencial para cálculo da indenização, sendo este valor um componente importante do interesse na confiança<sup>671</sup>, excluindo-se por toda hipótese o lucro não obtido com o negócio que não teve sua negociação cumprida, caso contrário, estar-se-ia indenizando pelo interesse contratual positivo.

[...]na visão de Vincenzo Roppo, se algum negócio específico deixou de ser realizado pela contraparte prejudicada, conforme prova por esta efetuada, caberia o ressarcimento dos proveitos do contrato perdido. O montante do dano em causa será aferido no exame do caso concreto e ele será formado pelas despesas diretas e indiretas (mas necessárias na fase negocial) para preparação do contrato. Nesta situação, poderá ser incluído o prejuízo experimentado pela parte prejudicada em relação a outro contrato perdido, demonstrando-se que em relação a ela havia uma oferta séria e particularmente vantajosa (somente não tão vantajosa, em tese, quando comparada com o primeiro contrato frustrado).<sup>672</sup>

No ponto, destaca-se a importância da expressão *razoavelmente deixou de lucrar*, utilizada pelo Código Civil brasileiro na definição dos lucros cessantes, para reconhecimento do custo de oportunidade como forma de lucro cessante. *Razoavelmente* significa dizer que serão ressarcidos os danos sem transpor os limites do que é justo, em outras palavras, sem excessos ou moderação. Logo, “deve entrar na composição do dano tudo quanto for admissível, considerado em

<sup>670</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1094 e 1095

<sup>671</sup> MOTA PINTO, op. cit. v. 1. p. 364

<sup>672</sup> VERÇOSA, Haroldo M. D. Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 250

sua existência, e não, simplesmente, em sua quantidade<sup>673</sup>. *Razoavelmente* satisfaz tanto pela remissão ao uso da razão quanto à adequação do que é justo (em termos de quantidade e existência), cabendo ao julgador<sup>674</sup> socorrer-se da razoabilidade como forma de garantir uma decisão mais criteriosa e fundamentada, porque está autorizado a determinar os lucros cessantes com base no seu único e exclusivo bom senso<sup>675</sup>, atendendo a determinados padrões objetivos. Assim, o intérprete está autorizado a inserir na indenização, além dos custos e despesas suportadas pelo lesado, o aproveitamento da melhor alternativa não obtida pelo lesado em virtude das negociações que se romperam, com objetivo de “[...]permitir ao lesado recuperar o “caminho não tomado” por causa da situação de confiança criada<sup>676</sup>. E, segundo Mário Júlio de Almeida Costa, não basta a alegação de abstratas e genéricas ocasiões perdidas pelo autor, sem um mínimo concludente apoio concreto, tornando-se necessária a demonstração da existência de outras efetivas possibilidades negociais<sup>677</sup>. No mesmo tom, ao acusado caberá a demonstração de que as alternativas referidas como desperdiçadas não estavam presentes ao autor da ação e, por conseguinte, não lhe renderiam benefícios, visto que foge do alcance da indenização as oportunidades que o lesado não teria aproveitado.

Dentro da fase negocial, a indenização pela oportunidade perdida, em seu teto, poderá deixar o lesado em situação semelhante com a qual estaria se o contrato frustrado viesse a ser cumprido, numa verdadeira equiparação de valores com a indenização pelo interesse positivo, porém resguardada a natureza da

<sup>673</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros Cessantes. Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: RT, 2011, p. 237

<sup>674</sup> A razoabilidade dos ganhos que deixam de ser obtidos pela vítima deve ser objeto de atento exame pelo intérprete. Ao exigirem-se padrões objetivos para aferição do dano e de suas consequências, note-se que se está a exigir que as expectativas de ganho da vítima, que porventura se vejam frustradas pela ocorrência da lesão, devem contar com certo substrato fático, tanto o que decorre do curso normal da vida até a ocorrência da lesão (mantinha uma atividade habitual da qual provinha a vantagem econômica, e que é interrompida pela ocorrência da lesão) quanto por fatos externos e passíveis de aferição, identificando-se que a lesão tenha sido impedimento para obtenção de determinada vantagem econômica. Tratam-se de fatos pretéritos relativamente consolidados, como a remuneração até então recebida, ou contratos já formalizados, fora do que se observa certa tendência de considerar, na ausência dessas circunstâncias, como mero dano hipotético, sem substrato na realidade da vida, e por isso não passíveis de indenização. (MIRAGEM, Bruno. Direito Civil. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 171)

<sup>675</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Lucros Cessantes. Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: RT, 2011, p. 249

<sup>676</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 892 e 893

<sup>677</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p.80



indenização. A paridade das medidas indenizatórias se dá quando a perda do negociante se refere à oportunidade de concluir contrato idêntico com terceiro<sup>678</sup>, que se negociaria objeto por valor equivalente, fato que ocorre mais comumente em mercado competitivo, ou que se aproxime deste. Assim, “a diferença entre o interesse na confiança (interesse negativo) e o interesse no cumprimento será apenas analítica, e não substancial”<sup>679</sup>. Nas palavras de Fernando Araújo:

[...]numa sociedade em que todas as alternativas estivessem disponíveis e todos os mercados fossem <<perfeitos>> não haveria distinção relevante entre <<expectation>> e <<reliance>>, já que a perda averbada por não se ter realizado um contrato (o dano de <<reliance>>) seria idêntica ao ganho que se obteria com a conclusão de um contrato alternativo (os ganhos de <<expectation>>) [...]”<sup>680</sup>

A aceitação de também reparar a parte lesada pela oportunidade perdida pela medida do interesse negativo de uma vez por todas propiciará o pagamento de uma indenização perfeita para a hipótese de ruptura das negociações, fazendo com que o lesado fique indiferente com relação ao evento danoso e a universalidade dos danos provocados a terceiros seja fielmente internalizada pelo ofensor, contribuindo com o patamar ótimo de eficiência<sup>681</sup>.

### iii. O nexo de causalidade e a extensão da reparação

Verifica-se que não é hígida a extensão da consequência jurídica pela ruptura injustificada das negociações, variando conforme seus componentes, os quais não são excludentes entre si, tampouco são limitados a uma determinada tipificação, podendo, a rigor, ser objeto de indenização tudo aquilo que tenha sido causado pela frustração da confiança gerada. Nesta orientação:

<sup>678</sup> FULLER, L.L.; PERDUE, William R. The Reliance Interest in Contract Damages *in* The Yale Law Journal, v. 46, 1936, p. 52.

<sup>679</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 307

<sup>680</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 698

<sup>681</sup> MENDONÇA, Diogo Naves. Análise Económica da Responsabilidade Civil. O dano e a sua quantificação. São Paulo: Atlas, 2012, p. 96

[...]não existe qualquer tipicidade dos componentes ou das rubricas dos danos correspondentes ao interesse contratual negativo[...]. Tal como o dano não suporta a fixidez, sendo movediço ou fugidio, renovando-se constantemente com o tempo segundo o acaso das circunstâncias de cada caso, não se conseguindo aprisionar numa medida definitiva e geral, também o mesmo acontece com os seus diversos componentes.<sup>682</sup>

Porém, demanda atenção a fixação do *quantum debeatur* medido pelo interesse negativo, pois, como em qualquer caso de responsabilidade civil, a incidência dos princípios da reparação integral e da vedação ao enriquecimento sem causa<sup>683</sup> impendem que o valor a ser indenizado seja menor ou maior que o dano suportado<sup>684</sup>. Então, para que não se condene o lesante de modo a lhe empobrecer injustificadamente e, em contrapartida, enriquecer injustamente o lesado, proporcionando a este uma melhora na posição com o evento danoso, os danos emergentes devem corresponder apenas aos custos variáveis inutilizados, investidos especificamente para consecução do negócio frustrado, excetuando-se da reparação os custos permanentes (fixos) da atividade da vítima. Por outro lado, para que não seja empobrecido o lesado e favorecido o lesante, os lucros cessantes (perda de oportunidade) devem ser calculados a partir do ganho total do contrato alternativo deduzido o valor dos custos variáveis daquele contrato, os quais teria necessariamente que incorrer para obter o respectivo ganho total, sem acréscimo ou amortização dos custos fixos no resultado.

Os custos fixos, assim, serão sempre internalizados pelo próprio lesado no decorrer de sua atividade, portanto, não serão considerados para o cálculo da indenização.

Antes de se tratar de questão de enriquecimento sem causa, rechaça-se a reparação dos custos fixos de atividade do lesado por não haver nexo de causalidade destes com o evento danoso, que é a quebra de confiança pela ruptura

---

<sup>682</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1067

<sup>683</sup> Ensina Giovanni Ettore Nanni (*in* Enriquecimento sem causa, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012) que o enriquecimento sem causa como princípio irradia efeitos sobre os demais institutos jurídicos para arrear desequilíbrios e desproporcionalidades. Qualquer relação jurídica obrigacional pode fazer uso do enriquecimento sem causa como um corretivo principiológico. Ou seja, é a utilização do preceito como complementação de outros institutos jurídicos, quando não se cabe ação de enriquecimento.

<sup>684</sup> MOTA PINTO, op. cit. v. 2. p. 1099

injusta das negociações ou conduta oportunista. Não se trata de consequência lógica do evento danoso a inutilidade do custo fixo, pois é despesa que não depende do surgimento da confiança para existir. E assim será para qualquer espécie de despesa que não guarde relação com este fato.

Prevalece para a indenização do interesse negativo a regra causal da responsabilidade civil e o ofensor responderá por todos os resultados normais de seu ato<sup>685</sup>, estando a extensão do dano vinculada ao nexo de causalidade, inexistindo, *a priori*, qualquer limitação à indenização, “[...]desde que tenha sido causada pela situação de confiança criada”<sup>686</sup> e de acordo com os incentivos que normalmente se esperariam desta confiança. Não poderia ser diferente.

O art. 403 do Código Civil, ao tratar da extensão do dano decorrente da inexecução do contrato, dispõe que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”, estabelecendo como critério de determinação da causa do dano o seu caráter necessário<sup>687</sup>. Ou seja, o componente da indenização pelo interesse negativo deve manter relação de necessariedade com a confiança, pois é objetivo da norma evitar que o ofensor responda ilimitadamente por todas as consequências que derivem de sua ação<sup>688</sup>.

Conquanto faça referência expressa aos casos de não cumprimento contratual, segundo Bruno Miragem<sup>689</sup> a norma serve como fundamento para todas as hipóteses de responsabilidade civil, sendo assim, aplicável aos casos de responsabilidade pré-contratual. Isso porque, ante a constatação da causa necessária a partir da lógica, concilia-se a Teoria do Dano Direto e Imediato com a Teoria da Causalidade Adequada, a qual abrange a necessariedade da causa, na medida em que se vale da probabilidade para identificar e afastar os antecedentes

---

<sup>685</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. Obrigações em Geral. v. II. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 401.

<sup>686</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1084

<sup>687</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito Civil. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 235

<sup>688</sup> “[...]Nesse sentido, é didática a expressão “dano direto e imediato” para identificar que todas as causas que venham a se realizar depois da conduta do autor, e que venham a aumentar a extensão ou gravidade do dano, quando não ligadas imediatamente a este autor, não serão de sua responsabilidade, senão daquele que deu causa à sua ocorrência.” (MIRAGEM, op. cit. 2015, p. 239)

<sup>689</sup> “[...]Embora diga respeito às consequências do inadimplemento contratual, a interpretação da norma em questão é realizada, tradicionalmente, como fundamento geral para os efeitos decorrentes da responsabilidade civil, em especial do conteúdo da indenização, nas variadas situações das quais decorram danos.” (MIRAGEM, op. cit. 2015, p. 235)

do dano menos relevantes para a sua ocorrência, ressalvando o que necessariamente veio a produzi-lo<sup>690</sup>.

[...] no nosso entendimento, a chamada “Teoria do Dano Direito e Imediato” ou “Causalidade Necessária” não tem autonomia por não se discernir fundamentalmente da Teoria da Causalidade Adequada, antes oferecendo uma explicitação ou interpretação do art. 403 *à luz da Causalidade Adequada*, para entender-se que a causa é necessária porque foi adequada à produção do dano, assim sendo indicada pela “prognose póstuma” que o intérprete realiza, após haver selecionado as causas segundo o juízo de probabilidade, de modo a se poder afirmar que uma causa é adequada porque foi necessária, sem ela o dano não se tendo produzido.[...] <sup>691</sup>

Com relação aos investimentos realizados para conclusão do negócio frustrado, há maior facilidade de apurar a relação de causa e efeito com a confiança gerada pela contraparte ao longo das negociações, pois o custo específico não existiria para o lesado se não fosse o seu ingresso nas tratativas. Porém, o custo de oportunidade, por distanciar-se temporalmente e por não se tratar de um fato absoluto, como todo lucro cessante, pode ocasionar maiores controvérsias quanto a sua vinculação com o evento danoso, estando no alcance da Teoria da Causalidade Adequada a permissão para que a oportunidade perdida seja objeto de reparação.

[...] Nesse sentido, a necessariedade da causa para a realização de determinado dano admite que se considere a sucessão causal normal, para que, em termos razoáveis, contemplem-se como dano indenizável também aqueles que sejam afetados de modo reflexo, quando esta lesão resultar de uma consequência danosa direta (o dano inicial), reconhecida à conduta. <sup>692</sup>

Esta possibilidade de a indenização estender-se para além dos danos temporalmente imediatos, portanto, é fruto da aplicação da Teoria da Causalidade

<sup>690</sup> MIRAGEM, Bruno. Direito Civil. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 239

<sup>691</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações. v. V. Tomo II. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 499

<sup>692</sup> MIRAGEM, op. cit. 2015, p. 237

Adequada<sup>693</sup>. Quer dizer, não significa que a causa direta e imediata será a mais próxima cronologicamente, mas decorrerá da lógica<sup>694</sup> para se aferir aquela causa mais determinante para o evento, segundo o curso natural e ordinário das coisas<sup>695</sup>. Caso o curso normal seja desviado pelo surgimento de um novo fator que conduza ao resultado lesivo, sendo essa circunstância rompedora do liame de necessariedade entre causa e o efeito, não será mais a primeira causa a causa única e, portanto, não será ela ligada ao dano, mas sim essa “causa estranha”<sup>696</sup>. Este alcance da Teoria da Causalidade Adequada é que permite garantir a reparação pelo custo de oportunidade.

Ao discorrer sobre o ressarcimento do lucro cessante correspondente ao interesse contratual negativo, Paulo Mota Pinto faz alusão ao art. 227, nº1, do Código Civil português, o qual trata da culpa na formação dos contratos e dispõe que “quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte”, e vincula a reparação ao âmbito de proteção da norma:

“O ressarcimento do lucro cessante correspondente ao interesse contratual negativo, além de resultar das regras da lei civil, decorre do “escopo de protecção” das normas que fundamentam uma responsabilidade pelo interesse contratual negativo (designadamente, do artigo 227.º, nº1).”<sup>697</sup>

Sobre o tema, esclarece César Santolim:

“Já na direção de uma ruptura com a ideia “naturalista” de *causa*, mas ainda reconhecendo a existência de um elemento fático *necessário* que deva ser considerado, está a teoria do *âmbito de proteção da norma* (ou “*lesão de bem protegido*”), que pretende que

<sup>693</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações. v. V. Tomo II. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 501

<sup>694</sup> SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Princípio da Reparação Integral. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva. 2010, p.161

<sup>695</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.50

<sup>696</sup> SANSEVERINO, loc. cit.

<sup>697</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1091 e 1092

não é possível identificar um critério único e válido para se aferir o nexo causal em todas as hipóteses de responsabilidade civil, mas sim observar a função da norma violada”.<sup>698</sup>

O fundamento do escopo da norma é utilizado pelo autor lusitano não para afastar a Teoria da Causalidade Adequada, mas para limitá-la, a fim de manter como barreira da indenização do interesse negativo o valor do interesse positivo, não podendo desse ultrapassá-lo<sup>699</sup>, pois “[...]não faria sentido que a ordem jurídica atribuísse ao lesado uma situação melhor do que aquela em que estaria se a sua confiança se tivesse realizado (pois o fim da norma dirige-se a esta)”<sup>700</sup>.

Na doutrina de Mário Júlio de Almeida Costa<sup>701</sup> o fundamento para limitar a teoria da causalidade e, conseqüentemente, o interesse negativo ao interesse positivo é a equidade. Para o autor, a questão encarada sob a perspectiva da relação de causalidade adequada não importaria verificar se os prejuízos decorrentes da ruptura injustificada das negociações excederiam ou não o interesse positivo, pois haveria que se reparar todos os danos que se enquadrassem no interesse negativo, qualquer que fosse seu montante. Contudo, reforça o autor que não seria *razoável* colocar o lesado, pela ruptura das negociações, em situação mais vantajosa do que conseguiria se o contrato que as partes visavam tivesse se consumado, de forma que a equidade, a partir da adaptação da norma ao caso concreto, atuaria pela razoabilidade como um balizador da indenização. Ambas as doutrinas citadas no ponto, tanto de Mário Júlio de Almeida Costa como de Paulo Mota Pinto, não se contrapõem, na medida em que entendem que a mais elevada indenização embasada no interesse negativo não pode ultrapassar os benefícios

---

<sup>698</sup> SANTOLIM, Cesar. Nexo de Causalidade e Prevenção na Responsabilidade Civil. Revista AJURIS. v. 41. Porto Alegre, dez/2014, p. 85

<sup>699</sup> “Há que ter em conta a *liberdade de disposição* do lesado sobre as suas próprias coisas, com base na confiança que lhe foi criada. As particulares idiossincrasias do lesado, os seus gostos ou conveniências, ainda que invulgares, que tenham motivado a realização de despesas, não afastam logo a sua ressarcibilidade. Todavia, haverá, desde logo, casos em que se aplica o limite do *interesse positivo* (aqueles em que este é já computável e está em causa a frustração da confiança na recepção de uma prestação ou na eficácia do contrato), por recurso aos critérios do fim da norma ou do comportamento alternativo ilícito, daqui resultando uma limitação das despesas ressarcíveis.” (MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1085)

<sup>700</sup> *Ibidem*, p. 1060

<sup>701</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 84

que seriam auferidos com o cumprimento do contrato negociado<sup>702</sup>. Embora não tenha Almeida Costa feito referência expressa à teoria do escopo da norma, a utilização do conceito genérico de equidade para fins de limitar a causalidade adequada permite a adoção desta teoria do escopo da norma como fundamento para dita limitação.

Resulta desse entendimento que serão ressarcíveis no âmbito do interesse contratual negativo todos os danos que preencham o critério da causalidade apontado pela norma<sup>703</sup>, ou seja, desde que tenha se verificado depois e por causa da própria confiança do lesado<sup>704</sup> até o limite do cumprimento do contrato<sup>705</sup>,

---

<sup>702</sup> A orientação faz com que a indenização se dê nos termos e limites estritamente exigidos para a salvaguarda do investimento de confiança realizado, de modo que “[...]a ninguém que invoque a defraudação de uma expectativa para deduzir uma pretensão à indemnização do investimento feito em função dela deve ser consentido ficar numa situação mais favorável do que naquela em que se encontraria se essa expectativa se tivesse verificado.” (CARNEIRO DA FRADA. Manuel Antonio de Castro Portugal. Teoria da Confiança e responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2004, p. 521)

<sup>703</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1068

<sup>704</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 77

<sup>705</sup> Em sentido contrário, parte da doutrina entende que o interesse negativo não deve ser limitado pelo interesse positivo, pois, em se tratando de tutela de danos decorrentes da quebra da boa-fé, bem jurídico de maior valor do que o cumprimento de obrigação contratual, deve a indenização atender ao princípio da reparação integral: “Os danos oriundos da inobservância da boa-fé no rompimento das negociações não se confundem com aqueles decorrentes do descumprimento contratual, na medida em que são protegidos bens jurídicos diferentes, quais sejam, a própria boa-fé, no primeiro caso, e o direito à prestação, no segundo. Os danos decorrentes da violação à boa-fé no período das negociações, vale salientar, devem ser integralmente ressarcidos. [...] De fato, os danos decorrentes da violação da boa-fé no exercício do direito de encerrar as negociações devem ser integralmente ressarcidos, incluindo-se não só os danos emergentes como os lucros cessantes. Tal ressarcimento não está limitado ao interesse positivo, na medida em que não tem por efeito conferir maior eficácia às negociações do que ao próprio contrato, como entendia Antônio Chaves, mas sim indenizar completamente todos os prejuízos decorrentes da inobservância da boa-fé. Trata-se de bens jurídicos distintos, comportando, por isso, tutelas ressarcitórias diferentes.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade pela Ruptura das Negociações. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 154 e 156). Claudio Turco também se opõe à limitação do interesse negativo ao montante do hipotético ressarcimento do interesse positivo. Em artigo sobre o tema, Turco entende que a expressão “interesse negativo” de modo algum significa limitação ao dever indenizatório e vem sendo progressivamente suplantada na linguagem jurisprudencial e doutrinária (“[...]non solo sul piano della qualificazione della situazione giuridica tutelata, ma anche sotto il profilo della definizione del danno risarcibile[...]). Defende que o dano decorrente da violação de obrigações de retidão e lealdade gera o dever de reparar o inteiro prejuízo causado. Nas palavras do autor italiano: “[...]in presenza di una violazione degli obblighi precontrattuali di comportamento imputabile (quanto meno) a colpa o negligenza di una parte, l'altra avrà in particolare diritto al rissarcimento dell'intero pregiudizio cagionato dalla lesione dell'integrità della propria persona e dal danneggiamento o dalla distruzione dei propri beni coinvolti nella trattativa, ove si tratti di obblighi di protezione [...] Con precipuo riferimento poi all'ipotesi di rottura delle trattative (*Abruch der Vertragsverhandlungen*) e secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente, il soggetto responsabile del recesso per aver violato gli obblighi di lealtà e correttezza risponderrebbe integralmente del danno arrecato a controparte, comprensivo delle alternative negoziali analogamente o più vantaggiose da questa perdute e senza alcuna limitazione quantitativa all'ammontare di un ipotetico interesse positivo[...].” (TURCO, Claudio. L'interesse negative nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di

restando afastada por ausência de causalidade a reparação das despesas ou perdas de oportunidades havidas antes da criação da situação de confiança que as justificam, motivadas pelo outro negociante. Especificamente:

[...]as despesas gerais ou custos fixos da actividade do lesado, bem como as despesas efectuadas antes ainda dos preliminares do contrato, designadamente, antes da entrada voluntária em negociações, não são susceptíveis de reparação no âmbito do interesse negativo, desde logo, por faltar o nexo de causalidade com as negociações que se seguirão.<sup>706</sup>

Os danos a serem reparados, portanto, devem ser apurados em concreto pela aplicação do critério de estabelecimento de tal ligação causal<sup>707</sup>, de forma que quando o investimento é realizado sem conexão com a atitude da parte contrária durante a fase negocial, afigura-se incabível a proteção da confiança<sup>708</sup>.

Não estão excluídos, portanto, os custos de transação ocorridos até a ruptura lesiva, desde que se tratem dos custos havidos quando as partes tenham criado situação de confiança. Assim, poderão estar compreendidos os custos de coleta e compartilhamento de informações, bem como os custos para confecção do contrato, porém não farão parte da composição dos danos os custos da busca da melhor opção de negócio, pois ocorridos antes mesmos da fase negocial, tampouco os custos incorridos na fase negocial sem haver confiança criada. Suponha-se, por exemplo, que a construtora “XYZ” inicia, com a intenção de instalar elevadores em

---

Jhergin nel sistema tedesco e italiano). *In* Rivista di Diritto Civile. (coord.) Vittorio Colussi. Ano III, n. 2, Padova: CEDAM, 2007, p. 182). Pondera que em casos de ruptura das tratativas, sobretudo nos casos em que as tratativas encontram-se em estágios menos avançados, dificilmente o prejuízo do interesse negativo superará o hipotético interesse positivo, mas isso não legitima concluir haver uma limitação ao interesse negativo, *in verbis*: “Tale conclusione vale, in particolare, per la figura forse più controversa di responsabilità precontrattuale e cioè il recesso dalla trattativa, rispetto a cui può verosimilmente ammettersi che, nella prassi, risulti difficile che il pregiudizio arrecato a controparte dal contegno scorretto e/o negligente del recedente, in termini di danno emergente e lucro cessante e in base allo stadio più o meno avanzato delle trattative e alle altre circostanze concrete del rapporto, superi in effetti quantitativamente l’ammontare dell’ipotetico interesse positivo [...] non legittima certo, né sul piano logico, né tanto meno su quello giuridico, l’affermazione di principio di un risarcimento dell’interesse negativo ridotto o contenuto entro l’importo dell’interesse positivo... <<anche in tema di responsabilità precontrattuale il danneggiato ha pur sempre diritto all’integrale risarcimento del danno sofferto>> non già in relazione alla <<mancata o inesatta esecuzione del contratto>>, ma avuto piuttosto e concretamente riguardo all’ <<lesione della sua libertà negoziale>> e alla <<perdita di favorevoli occasioni contrattuali>>.” (TURCO, op. cit. p. 191)

<sup>706</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1081

<sup>707</sup> PRATA, Ana. Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual. Coimbra: Almedina, 2005, p. 178

<sup>708</sup> LISBOA, Roberto Senise. Confiança Contratual. São Paula: Atlas, 2012, p. 38



seu novo empreendimento, pesquisa de mercado para saber qual das fabricantes de elevadores oferece o melhor custo benefício e acaba localizando duas vendedoras com preços mais acessíveis que as demais, pois em curto período de tempo ambas alterarão o modelo ofertado por um mais moderno, com especificações diferentes. Interessada no produto de ambas, a construtora contrata consultoria para obter informações sobre qual seria a melhor contratação em termos de custo benefício. Optando pela empresa indicada pela consultoria, a construtora inicia negociações para aquisição do produto. As negociações são mantidas em sala comercial alugada pela construtora. Se após alguns encontros, porque não alcançaram mínimo consenso sobre condições básicas do contrato, como, por exemplo, datas de entrega, preço e condições de pagamento, a vendedora perde o interesse pelo negócio e abandona as negociações, a construtora acabará arcando com todos os custos que despendeu até ali, pois nenhuma conduta da vendedora foi suficiente para inspirar confiança na construtora, quer dizer, para gerar expectativa quanto ao prosseguimento da negociação ou conclusão do contrato. Também não seria devido o lucro com o melhor negócio alternativo, na medida em que a construtora abandonou a alternativa não pela confiança na negociação frustrada, mas por mera opção comercial. O risco do empreendimento, portanto, absorverá tais gastos<sup>709</sup>. Em outro cenário, caso após alguns encontros, conquanto as partes ainda não tivessem chegado a um consenso sobre determinadas questões, a vendedora solicitasse que a compradora adquirisse determinados materiais para a obra civil e fizesse alguns ajustes de estruturas no prédio em construção para possibilitar a instalação do elevador com as especificações daquele vendido por ela, mas após o atendimento de tais solicitações a vendedora declarasse que não havia mais interesse em prosseguir negociando, tais custos tidos a partir das solicitações da vendedora, porque a compradora acreditava na conclusão do negócio, deverão ser ressarcidos a ela, mantendo-se a ressalva quantos aos investimentos iniciais da negociação e ao custo de oportunidade perdido não por razão da confiança, mas porque o negócio frustrado, desde o princípio, lhe parecia mais proveitoso economicamente.

---

<sup>709</sup> “A possível responsabilização por lucros cessantes, todavia, não exclui a assunção unilateral de risco por parte de um dos candidatos a contratante. Caso a perda de oportunidades não decorra da confiança suscitada na conclusão do contrato por parte do outro candidato a contratante, sendo, conseqüentemente, fruto da livre escolha do suposto prejudicado, a indenização não pode ter lugar, na medida em que não decorre da violação da boa-fé objetiva na ruptura das negociações.” (ZANETTI, Cristiano de Sousa. Responsabilidade pela Ruptura das Negociações. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 162)

Tampouco haverá qualquer direito à reparação, em outro exemplo, aquele que, por simplesmente ter sido consultado sobre preço do contrato, investe em maquinário já visualizando a sua contratação e o seu dever de cumprimento, porquanto o ato da contraparte não foi suficiente para gerar uma expectativa de conclusão do negócio.

A regra do nexo causal favorece o investimento eficiente e preserva a liberdade negocial das partes, de optarem por participar e por se retirar das negociações a qualquer tempo, contanto que não tenham fomentado na outra a expectativa séria de prosseguimento das tratativas ou conclusão do negócio. Antes de tudo, considerando que a negociação leal presume a assunção de riscos pelas partes ou que pode haver distribuição dos riscos de acordo com a vontade ou que o risco pode ser conatural à atividade, a vinculação dos danos com a criação e frustração da confiança faz com que o negociante internalize os custos inerentes da negociação se os investimentos acabarem falhando.

Assim, a atuação antes da criação de uma situação de confiança não acrescentará ao interesse negativo, por se tratar de risco natural<sup>710</sup>. Caso contrário, se porventura o interesse negativo admitisse a reparação de investimentos prévios à confiança, tidos em uma fase de absoluta incerteza, haveria incentivo às “[...]partes a realizarem despesas logo no início das negociações para “amarrarem” a contraparte a estas”<sup>711</sup> e, conseqüentemente, reduziria o número de sujeitos dispostos a entrarem em negociações, afastando-se do nível ótimo.

Contudo, não é qualquer investimento feito depois e por causa da confiança que merece ser internalizado pelo lesante, mesmo que este não ultrapasse o montante do interesse positivo. Não serão objeto de reparação as despesas que, embora tenham ocorrido por conta da confiança gerada pela contraparte, se mostram em níveis desproporcionais com o que a própria confiança poderia ter incentivado.

---

<sup>710</sup> “If a party invests in the interim period before uncertainty is resolved and before a final contract is entered into, they may be taking the risk that the precontractual reliance cost will not be compensated.” (KOSTRITSKY, Juliet P. *Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem*. in Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 13)

<sup>711</sup> MOTA PINTO, Paulo. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1083

Os gastos exorbitantes ou ao luxo do lesado, comparados com o fim ao qual se destinam, deverão ser limitados para não acarretar confiança excedente, porquanto se o indivíduo tiver a certeza de que o ordenamento jurídico lhe conferirá todo retorno de seu investimento mesmo em caso de fracasso das negociações, não terá pudores em sempre investir desmedidamente, uma vez que seu risco estará acobertado pela reparação do dano<sup>712</sup>. Como medida de indenização dos danos decorrentes pela ruptura injustificada das negociações, enfatiza-se, o interesse negativo determina o ressarcimento dos investimentos feitos em confiança – na sua medida e limites –, com objetivo de proteger as partes contra a perda de recursos investidos<sup>713</sup> depois e por causa dela, sendo oportuno destacar a orientação de Fernando Araújo quanto à importância da limitação do ressarcimento para evitar excesso ineficiente que acabe por estimular o excesso de confiança (“*overreliance*”):

[...]como muitos desses investimentos são voluntários, não sendo de modo algum inevitáveis e podendo muitas vezes não configurar senão um abuso oportunista, um excesso ineficiente, deixa de ser tão curial que eles sejam ressarcidos, mormente quando se trate de compensar perdas evitáveis e inúteis.<sup>714</sup>

A regra da responsabilidade pré-contratual deve lidar com o problema do excesso de confiança, encontrando equilíbrio entre os danos passíveis de reparação e os prejuízos adicionais causados pela confiança excessiva<sup>715</sup>, que são prejuízos a serem suportados pelo próprio lesado. O ideal é que a regra não retire do negociante o dever de adotar as precauções normais que exigirem as circunstâncias e o tipo negocial, por sua natureza<sup>716</sup>, de maneira a ser tutelável apenas a confiança quando a vítima deixou de assumir riscos excessivos em seus investimentos<sup>717</sup>, ou

<sup>712</sup> Francesco Parisi e Marta Cenini ponderam: “[...]il giudice dovrebbe chiedersi se il creditore, se avesse saputo che gli investimenti non gli sarebbero stati risarciti, li avrebbe fatti comunque. Infatti, solo così è possibile evitare qualsiasi attività di affidamento eccessivo/idiosincratico o strategico.” (PARISI, Francesco. CENINI, Marta. Interesse Positivo, Interesse Negativo e Incentivi nella Responsabilità Contrattuale: un’analisi economica e comparata. Rivista di Diritto Civile. Padova: CEDA, 2008, p. 235)

<sup>713</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 797

<sup>714</sup> *Ibidem*, p. 798

<sup>715</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 221

<sup>716</sup> LISBOA, Roberto Senise. Confiança Contratual. São Paula: Atlas, 2012, p. 38

<sup>717</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 270

seja, quando cumpriu com o dever de mitigar sua perda, protegendo a si mesmo<sup>718</sup>.  
Neste sentido:

Ora, uma forma de actuação culposa do lesado que deverá ser considerada para a quantificação da indemnização que pode reclamar consiste, justamente, na realização de despesas não justificadas, ou excessivamente elevadas, em violação do ônus de não contribuir para a produção ou agravamento dos danos. A indemnização pelas despesas desaproveitadas poderá, pois, nestes casos, ser reduzida na medida da referida violação (o que pode levar mesmo, no limite, a que seja excluída).<sup>719</sup>

Em termos de incentivos, um sistema de responsabilidade civil pré-contratual que cobrisse inclusive investimentos excessivos traria consequências nefastas em termos de eficiência, pois acabaria induzindo uma ou ambas as partes ao excesso, na medida em que agiriam em negociação como se a conclusão do contrato fosse segura, então, confortadas pelo fato de que independente do resultado das tratativas quaisquer investimentos estariam totalmente acobertados por indenização.

Porém, este não é o objetivo das regras de responsabilidade civil pré-contratual, sejam elas sopesadas em perspectiva estritamente jurídica ou com viés econômico. Pelo contrário, sobretudo no tocante aos propósitos da análise econômica, tais regras devem, precipuamente, servir para incentivar as partes a ingressarem em negociações e aumentarem o nível de riqueza social, conciliando desincentivos às condutas oportunistas com incentivos a investimentos em confiança em nível eficiente, conforme defende a lição de Paulo Mota Pinto:

---

<sup>718</sup> Fernando Araújo, ao justificar a utilização da hetero-disciplina para fins de dissuadir o excesso de confiança e incentivar a celeridade das negociações, propõe que a exclusão dos danos de confiança dentro de um prazo curto posterior à celebração do contrato poderia ser imposta por lei, se houvesse a “[...]presunção de que, dentro desse prazo, é elevada a probabilidade de se recuperar através do mercado, com insignificantes diferenciais de preço, o valor dispendido em função do cumprimento esperado (presume-se que, num <<spot market>>, frustrada a venda por A, B obtém de imediato junto de C a mesma satisfação do seu interesse, e por um preço similar)” (ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 116 e 117). Caso a regra prevalecesse, os investimentos de confiança realizados pelas partes seriam medidos de acordo com o mercado e haveria sempre o receio por parte do investidor de que um investimento excessivo de sua parte poderia não ser objeto de reparação, tampouco de redirecionamento no mercado, funcionando a regra como desincentivo à confiança em excesso e incentivo condizente com o mercado em que a negociação está inserida. Porém, a solução ao problema da confiança excessiva não passa pela solução aventada por Fernando Araújo, pois até então não há regra que preveja a exclusão dos danos de confiança pelo seu reaproveitamento *presumido*, cabendo à parte lesante, para se eximir do ressarcimento, demonstrar o *efetivo* reaproveitamento do recurso pelo lesado.

<sup>719</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 1087

[...]análise econômica da responsabilidade pela confiança pré-negocial, visam, em primeira linha, promover o *aumento do excedente* que o contrato pode produzir, otimizando a decisão de investimento com base na confiança (evitando a insuficiência da confiança) pela prevenção do oportunismo, e, conseqüentemente, também, a decisão de *iniciar negociações* nos casos em que pode vir a ser concluído um contrato que produza um tal excedente positivo. Na medida em que admitem uma responsabilidade pré-contratual, referem-se a uma indenização apenas pelo *interesse na confiança*, e, dentro deste, apenas limitada à “*confiança eficiente*”, numa extensão à confiança pré-contratual [...] da análise da eficiência da confiança do credor na responsabilidade contratual.<sup>720</sup>

Em suma, a medida de indenização da responsabilidade pré-contratual deve encontrar a forma mais eficiente de promover a formação e o investimento ótimo de confiança<sup>721</sup>, estimulando o início das negociações para conclusão de um contrato com a adoção das precauções adequadas, e, ao mesmo tempo, prevenir qualquer espécie de oportunismo<sup>722</sup>.

Veja-se que a medida indenizatória que autoriza a restituição *in totum* dos investimentos feitos por uma das partes com base na confiança, inclusive aqueles tidos como excessivos, invariavelmente compensaria o investimento desproporcional com os ganhos do cumprimento do contrato ou com a indenização paga em caso de não conclusão, de modo que o investidor nunca teria nada a perder e, conseqüentemente, não seria considerado pelo lesado “[...]os custos, para a outra parte (suportados em via indemnizatória), do excesso de investimento resultante de a conclusão do contrato ser meramente possível, não certa”<sup>723</sup>. Em outras palavras,

<sup>720</sup> MOTA PINTO, Paulo. Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008, p. 449

<sup>721</sup> Francesco Parisi e Marta Cenini estimam que o ressarcimento do dano leve em conta apenas a confiança razoável, socialmente ótima ao invés de individualmente, atrelando à parte investidora a internalização de cada unidade adicional de confiança, adotada acima do nível do ótimo social: “[...] le tradizionali regole di responsabilità comportano incentivi inefficienti sul creditore in quanto possono portare ad attività di affidamento eccessivo. Pertanto, in queste ipotesi, dovrà essere applicato un ulteriore vincolo al risarcimento del danno: il livello di responsabilità dovrà essere parametrato non al livello dell’effettivo affidamento, ma ad un livello astratto di affidamento ragionevole, cioè ottimale dal punto di vista sociale. [...] In assenza di tale vincolo il creditore sarebbe, infatti, in grado di adottare un livello di affidamento che è inefficiente, da un punto di vista sociale, seppur ottimale da un punto di vista privato: ogni unità di affidamento in eccesso rispetto a quello ragionevole andrebbe a creare dei benefici per il creditore con dei costi esterni non internalizzati per il debitore. [...] Il rischio causato dall’affidamento superiore al livello ottimale deve necessariamente cadere sul creditore stesso, che dunque deve internalizzare il rischio di *overreliance*. (PARISI, Francesco. CENINI, Marta. Interesse Positivo, Interesse Negativo e Incentivi nella Responsabilità Contrattuale: un’analisi economica e comparata. Rivista di Diritto Civile. Padova: CEDA, 2008, p. 234 e 235)

<sup>722</sup> MOTA PINTO, op. cit. v. 1. p. 434

<sup>723</sup> *Ibidem*, p. 431

Francesco Parisi e Marta CENINI<sup>724</sup> arrematam que o fato de uma parte não considerar a externalidade criada sobre a outra acarreta o excesso de confiança. A consolidação desta regra (de reparação total), por conseguinte, não impede o negociante de realizar qualquer investimento em confiança enquanto verificar que o respectivo investimento aumenta o excedente total da troca<sup>725</sup>, não importando o quão reduzida seja a fração de excedente que poderá capturar com o seu investimento, desde que não seja maior do que os benefícios que irá obter com o contrato. Portanto, haveria incentivos perversos ao excesso de investimento de confiança, os quais onerariam demasiadamente o ofensor em caso de ruptura das negociações.

Mediante a ideia de que todo e qualquer investimento feito em confiança aumenta o potencial de dano, pois “[...]quanto mais o credor confia e mais investe no pressuposto de que tudo correrá bem, mais perderá se tudo corre mal e vê a sua expectativa ser frustrada – em especial se esses investimentos que fez são irrecuperáveis, por serem específicos”<sup>726</sup>, a regra indenizatória de responsabilidade pré-contratual, como dito, dentre outras incumbências, deve se preocupar em desestimular essa conduta de investir desmedidamente<sup>727</sup>. Realça-se, como adverte Fernando Araújo, embora sirva para tanto, nem sempre se trata de inibir um comportamento oportunista, visto que o investimento excessivo, se não confrontado por uma regra de responsabilidade, nada mais será do que uma conduta de pura racionalidade do investidor, o qual sempre investirá mais se o resultado for certo ao invés de incerto<sup>728</sup>:

<sup>724</sup> PARISI, Francesco. CENINI, Marta. Interesse Positivo, Interesse Negativo e Incentivi nella Responsabilità Contrattuale: un’analisi economica e comparata. Rivista di Diritto Civile. Padova: CEDA, 2008, p. 239

<sup>725</sup> BEBCHUK, Lucian; OMRI, Ben-Shahar. Precontractual Reliance in Journal of Legal Studies, v. XXX, 2001, p.434.

<sup>726</sup> ARAÚJO, Fernando. Uma análise económica dos contratos: a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In. TIMM, Luciano (Ed.). Direito e economia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.133

<sup>727</sup> Constata Eric Posner: “[...]se o credor da obrigação espera recuperar o investimento, independentemente de ser ou não o negócio eficiente, ele sobreinvestirá – isto é, investirá na medida em que o retorno fosse certo em vez de incerto, externalizando o custo para o devedor. Um critério superior de indenização nesses casos daria ao credor o *quantum* indenizatório que o compensasse se ele se comprometesse com investimentos correspondentes em um nível de confiança eficiente, não a um *quantum* que o compensasse pelas perdas ocorridas devidas independentemente do grau de confiança adotado. (POSNER, Eric. Economic. Análise Econômica do Direito Contratual. Sucesso ou fracasso? São Paulo : Saraiva, 2010, p. 21 e 22)

<sup>728</sup> *Ibidem*, p. 22

Em última análise, não será sequer de excluir a conduta oportunista, mas racional, do credor que, confiando na regra da indenização plena do interesse contratual positivo, faz investimentos extraordinários com o fito de, aumentando a fasquia do <<excedente de bem-estar>> que presumivelmente resultaria das trocas, <<capturar bem-estar>> através da indenização que tudo recobrirá, obtendo através dela, afinal, mais do que aquilo que podia esperar obter através do cumprimento espontâneo do contrato.<sup>729</sup>

Daí, uma das regras da responsabilidade pré-contratual deve ser a de “[...]limitar a indenização a um nível inferior ao da indemnização plena do <<interesse de cumprimento>>, o nível que devesse entender-se correspondente a uma <<confiança óptima>>”<sup>730</sup>. E viu-se que a regra da causalidade, seja pela aplicação da teoria do escopo da norma ou da equidade, como sugere Mário Júlio de Almeida Costa, tem esse condão de não permitir ao lesado se colocar em uma situação de privilégio em relação ao próprio contrato que estava sendo negociado.

Eis a aplicação da lei para limitar a indenização recuperável e desestimular a confiança excessiva. Não haverá, por conseguinte, o ressarcimento do efetivo prejuízo sofrido pelo negociante, uma vez que o valor do ressarcimento não poderá ultrapassar o que obteria a parte com a conclusão do contrato. Com isso, a parte que investir em excesso arcará com o prejuízo efetivo causado por sua confiança excessiva, internalizando o custo marginal de sua confiança efetiva, como exigem os incentivos eficientes<sup>731</sup>. A conclusão do contrato, portanto, representará um teto para a indenização, facilitando a identificação, no caso concreto, de qual custo de confiança será excetuado do *quantum debeatur* e, conseqüentemente, será arcado pelo investidor, conforme observam Robert Cooter e Thomas Ulen:

Examine a ligação existente entre um teto para a indenização e a confiança marginal. Contanto que o prejuízo efetivo esteja abaixo do teto, a confiança adicional que aumenta o prejuízo efetivo também aumenta a indenização recebida pelo promissário. Quando o prejuízo efetivo sobe até o nível do teto, entretanto, a confiança adicional que aumenta o prejuízo efetivo não aumenta a indenização recebida pelo promissário. Depois que o teto é atingido, a indenização não varia, e o promissário arca com o custo marginal da confiança adicional.<sup>732</sup>

<sup>729</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 137

<sup>730</sup> *Ibidem*, p.138

<sup>731</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 275

<sup>732</sup> *Ibidem*, p. 276

Entretanto, a limitação imposta pelo interesse positivo pode não ser suficiente para erradicar os investimentos exorbitantes. À vista disso, também há limitação da reparação em circunstâncias nas quais, embora não tenha ultrapassado o interesse positivo, o investimento de confiança ainda assim se mostra desproporcional ao estágio da negociação, sendo o teto da indenização estipulado não com base na conclusão do contrato, mas por critério diverso.

Para compreender a delimitação desse teto da indenização, vale reportar a lição de Robert Cooter e Thomas Ulen, na qual os autores tratam do excesso de confiança quando analisam o paradoxo da indenização por quebra de promessa e trazem conclusões que são aplicáveis também à fase pré-contratual sem objeções. Debruçam-se sobre a solução dada pelo tribunal americano no caso *Hadley vs. Baxendale*, a qual estabeleceu o princípio de que o excesso de confiança é imprevisível e não ressarcível, passando, a partir daí, os tribunais a solucionar o problema com fundamento na doutrina da previsibilidade, tutelando tão somente a confiança que uma das partes poderia sensatamente esperar que a outra adotasse naquelas circunstâncias<sup>733</sup>. *In verbis*:

[...]No *commom law*, a doutrina da previsibilidade ressarce pela confiança previsível e não ressarce pela confiança imprevisível. Assim, a doutrina da previsibilidade impõe um teto à indenização. Se “confiança previsível” equivale a “confiança eficiente”, a doutrina da previsibilidade limita a indenização no nível necessário para incentivos eficientes.<sup>734</sup>

Veja-se que esta teoria da previsibilidade desenvolvida a partir do caso *Hadley vs. Baxendale* encontra correspondência no direito brasileiro como um dos fundamentos da teoria da causalidade adequada. Com efeito, a situação lesiva deve

<sup>733</sup> Sobre a regra do caso *Hadley v. Baxendale*, Vittorio Tedeschi transcreve: “Quel ch’era ragionevolmente prevedibile a quel tempo risulta dalla conoscenza che avessero le parti, o comunque, la parte che si è resa inadempiente. A tale fine, la conoscenza posseduta è di due specie; una *imputed*, l’altra *actual*. Ciascuno, come persona ragionevole, conosce il ragionevole corso delle cose e conseguentemente la perdita che può risultare dalla violazione del contratto in questo corso ordinario. È questo l’oggetto della *prima regola* del caso *Hadley v. Baxendale*; ma a questa conoscenza può aggiungersi, in casi particolari, la conoscenza, effettivamente posseduta, di circostanze speciali, all’infuori dell’ordinario corso delle cose, di natura tale che l’inadempimento, in tali circostanze speciali, causa un danno maggiore. Questo caso fa entrare in funzione la *seconda regola*, e rende risarcibile un danno addizionale.” (ALPA, Guido. TEDESCHI, Vittorio. Il contratto nel diritto nord-americano. Milano: Giuffrè, 1980, p. 126)

<sup>734</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 275



ser adequada, diante dos fatos concretos, a ocasionar o dano *in abstracto*. Quer dizer, a relação entre a adequação hipotética e o dano implica necessariamente o juízo acerca de quais as informações eram disponíveis às partes. Neste sentido, ao tratar da Teoria da Causalidade Adequada, Fernando Noronha assevera que “[...]para tal teoria, um fato é causa de um dano quando este seja consequência normalmente previsível daquele” e complementa:

E para sabermos se ele deve ser considerado consequência normalmente previsível, devemos-nos colocar no momento anterior àquele em que o fato aconteceu e tentar prognosticar, de acordo com as regras de experiência comum, se era possível antever que o dano viesse a ocorrer. Quando a resposta for afirmativa, teremos um dano indenizável. Os danos não indenizáveis serão aqueles que só se produziram devido a circunstâncias extraordinárias, a situações improváveis, que não seriam consideradas por um julgador prudente, ponderando as regras de experiência, comum e técnica[...].<sup>735</sup>

Assim, por ambas as teorias, os investimentos que não são razoavelmente previsíveis a partir da confiança criada entre as partes, se não comunicados ao longo das tratativas, devem ser arcados por quem os realizou, não podendo transferi-los a quem jamais tenha anuído, tampouco poderia prever. Daí, soma-se ao fundamento da previsibilidade a teoria do escopo da norma para se concluir que serão ressarcíveis os investimentos em confiança pré-contratual desde que previsíveis e que não ultrapassem o valor do cumprimento do contrato.

Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>736</sup>, conforme a doutrina decorrente do caso *Hadley vs. Baxendale*, a parte que se depara com os prejuízos imprevisíveis, para resguardar seu direito de indenização, pode informar o outro negociante antecipadamente, de modo que este preveja os prejuízos efetivos, servindo a regra, então, como forma de incentivo de revelação de informações durante as tratativas. Se porventura a informação for retida pelo negociante, não poderá surgir *a posteriori* para embasar a pretensão indenizatória<sup>737</sup>.

<sup>735</sup> NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 499 e 500

<sup>736</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 276

<sup>737</sup> [...]a doutrina de *Hadley* obriga que as informações sejam reveladas criando uma “regra-padrão de penalização” (*penalt default rule*). A regra-padrão, que se aplica se o promissário não informa o promitente a respeito de um prejuízo extraordinário decorrente do descumprimento da promessa,

Robert Cooter e Thomas Ulen identificam a partir da teoria dos jogos a eficiência da regra da previsibilidade (regra de *Hadley*) em um cenário com mais agentes de baixa confiança do que com alta, concluindo incentivar àqueles que confiam fortemente na conclusão do contrato e no seu cumprimento a informarem todos os investimentos extraordinários, proporcionando redução dos custos de transação que se referem à revelação dos investimentos em confiança, *in verbis*:

[...]Sem a regra de *Hadley*, cada promissário com baixa confiança irá querer revelar este fato ao promitente e depois negociar um preço mais baixo para o contrato. O promitente pode inferir que qualquer promissário que não negocie um preço menor deve ser um promissário com alta confiança. Como a regra de *Hadley*, este mecanismo do mercado faz com que o promitente fique sabendo de todos os fatos referentes ao prejuízo para o promissário em decorrência da inexecução da promessa. A diferença é que a regra de *Hadley* faz com que os promissários com alta confiança façam a revelação, ao passo o mecanismo do mercado faz com que os promissários com baixa confiança a façam. É mais barato para os poucos revelarem suas circunstâncias especiais do que muitos revelarem suas circunstâncias ordinárias. Em comparação com o mecanismo do mercado, a regra de *Hadley* reduz os custos transacionais da revelação dos fatos referentes aos danos que o promissário espera do descumprimento da promessa.<sup>738</sup>

Destarte, considerando a regra da eficiência, a qual pressupõe a maximização dos retornos para todas as partes, como forma de incentivar a confiança ótima, havendo previsibilidade do investimento de confiança e o *quantum debeatur* não sendo maior que o interesse positivo, todo investimento praticado em nível eficiente, que tiver o condão de aumentar a probabilidade de conclusão do contrato ou aumentar o valor do contrato negociado ou, no mínimo, não reduzi-lo, deverá ser objeto de tutela jurídica, pois a ausência de proteção de qualquer investimento de confiança determinará sub-investimentos suscetíveis de incrementar a probabilidade ou o valor da contratação, circunstância que se revela inequivocamente ineficiente<sup>739</sup>.

---

penaliza o promissário indeferindo o ressarcimento de prejuízos imprevisíveis (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 277)

<sup>738</sup> *Ibidem*

<sup>739</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 587 e 588

## CONCLUSÃO

O estudo desenvolvido teve o escopo de analisar em perspectiva teórica e prática a fase que antecede a formação do contrato, momento marcado pela aproximação e interação de indivíduos que pretendem realizar determinada operação econômica.

A pesquisa partiu da conceituação e características das negociações para delinear o âmbito de seu desenvolvimento e de que forma possibilita a existência de um contrato socialmente desejado. Em um segundo momento, expandiu-se o estudo para analisar os obstáculos encontrados pelas partes durante a fase pré-contratual, quais os fatores que impedem a conclusão do negócio socialmente desejável e as alternativas legais e privadas para mitigação destes entraves. Por fim, o trabalho abordou a confiança como fator de incremento do valor do contrato e como a regra de responsabilidade civil pode assegurar investimentos de confiança em nível eficiente.

No primeiro capítulo verificou-se que as negociações pré-contratuais são atos meramente preparatórios não obrigatórios, mas que correspondem a complexo processo de interação social, no qual as condições da relação jurídica, não delimitadas a *numerus clausus* de temas, são debatidas e determinadas, possibilitando decisões mais adequadas para maximização de ganhos sociais, seja pela distribuição eficiente dos recursos ou pela criação destes para posterior rateio.

Inicia-se a negociação pela contraposição ou postergação do negociante que recebe a oferta inicial e encerra-se com a aceitação ou rejeição da proposta final ou simples retirada, ocorrendo neste íterim toda a interação. Em vista disso, diferenciou-se a negociação da regra da “oferta e aceitação”, sendo a “oferta e aceitação” já um ato contratual que geralmente resulta das negociações e que constitui o seu limite.

A pesquisa propôs-se às abordagens jurídica e econômica, com aplicação das premissas e conceitos desenvolvidos pelas escolas da *Law and Economics* nas suas diversas perspectivas (clássica, institucionalista, comportamentalista, etc.), para fins de apurar como as negociações conduzem as partes a um *status* mais benéfico do que o *status quo*.

Predominantemente, o primeiro capítulo tratou do tema com visão puramente utilitarista, pautada por critérios de eficiência, para apontar que pela negociação as partes alcançam consenso sobre o que cada uma deve dar ou fazer para a consecução do negócio, sendo a melhor forma de criar um excedente cooperativo, pois abre possibilidade de criação de valor social ou transferência de um recurso de alguém que lhe atribui menor valor para alguém que lhe atribui maior valor.

Constatou-se que os interesses e objetivos envolvidos podem conduzir as partes a uma negociação distributiva ou integrativa. A primeira desenvolvida em um cenário de exclusão de bem-estar, pois o aumento do benefício de uma parte corresponderá, na exata medida, ao decréscimo do benefício de outra, ocorrendo a barganha dentro do intervalo delimitado pelos pontos de resistência das partes, inexistindo um aumento de valor social a partir da negociação, o que a transforma em processo de competição por melhor resultado. É resultado da escassez de recursos e de metas individuais que não podem ser concretizadas simultaneamente, além de ter maior propensão de ocorrer quando é inédita ou única a negociação entre indivíduos.

Neste caso, a eficiência da troca existirá quando ambos os negociadores não cederem mais do que seus pontos de resistência, limite pelo qual estão dispostos a negociarem, ou seja, quando ninguém sair da negociação em situação pior do que se não houvesse acordo.

Por outro lado, a barganha integrativa reflete a busca de bem comum em que as partes se engajam na identificação de meios para compartilhar e coordenar o uso de recursos, almejando maximização conjunta do bem-estar social. A união de recursos proporcionará um acréscimo de valor à relação jurídica. E o valor criado será objeto de divisão. Divide-se em duas etapas, por conseguinte, sendo a primeira marcada pela união de esforços para expandir os recursos e a segunda pela destinação do valor criado para cada uma das partes, favorecendo a maximização de resultados quando a existência de objetivos elevados das partes se alinhar com a preocupação mútua dos interesses.

A principal linha de análise da matéria no primeiro capítulo foi feita com base na perspectiva clássica da análise econômica, baseada em premissas de racionalidade individual e preocupada com a criação de utilidade social pela

negociação, em conformidade com os limites da eficiência *paretiana*. Isto é, atentou-se ao bem-estar social e individual considerando os contratos como meros instrumentos de maximização de riqueza.

Assim, pela maximização dos resultados pretendidos pelas partes, cogitou-se que a eficiência, como justiça contratual, pode tomar o lugar da justiça substantiva, bastando a certeza de que o preço do contrato se formou livremente e dentro de uma zona de negociação, sem violentar os limites das disposições negociais individuais, de maneira que somente haveria injustiça no preço do contrato quando este fosse além da disposição negocial.

Com base nisso, concluiu-se que a negociação será a opção eleita quando o contrato gerar ao indivíduo maior bem-estar do que a opção de não contratar, quando o recurso negociado for compatível com seus interesses, quando a barganha não lhe retirar seu recurso sem qualquer retribuição, quando não for possível ou autorizado pela lei atingir os resultados esperados sem negociar, mediante apropriação de recursos ou atuação individual, com custos mais convenientes, e quando o acordo final superar, minimamente, o máximo excedente que seria obtido com um acordo alternativo.

Porém, ressaltou-se a dificuldade de dissociar o uso da razão individual com senso de justiça comutativa, podendo um resultado aparentemente ideal não se concretizar tão logo implementado o contrato, pois os ganhos, embora eficientes, são desproporcionais.

O segundo capítulo do trabalho direcionou-se ao objetivo de esclarecer as principais dificuldades existentes para partes engajadas em negociações. Contrapondo o primeiro capítulo, no qual a noção de custos de transação ficou de lado para se verificar como as negociações tornam-se eficientes em um cenário livre de ineficiências, o segundo capítulo introduziu e desenvolveu uma abordagem econômica institucionalista, na qual os custos de transação e o oportunismo tomam posição central como desincentivos às negociações, e buscou conceituar e identificar a natureza de tais problemas.

Verificou-se que os custos de transação são os custos de cada troca. Trata-se de falhas de mercado capazes de impedir um acordo benéfico a todos, portanto, são

ineficiências *ex-ante* que tracejam intervalos de valores nos quais a opção pelo contrato se torna a melhor e mais fácil solução de promoção de trocas eficientes.

E toda negociação envolve custos que não dizem respeito ao interesse das partes negociantes por não incrementarem o excedente cooperativo, pois para haver a transação é necessário saber quem deseja negociar, informar a outra parte que há o interesse na negociação e quais são os seus termos e conduzir as negociações com objetivo de concluir um contrato. Demonstrou-se que tais custos são variáveis e dependem das características e dos fatores de cada negociação, como, por exemplo, a presença de incertezas, a especificidade do bem, o número de participantes, a distância e dificuldade de comunicações entre eles, os riscos que se tem a distribuir, etc.

Identificou-se na teoria dos custos de transação, sobretudo na relação custo-benefício, justificativa estrutural para a limitação das cláusulas contratuais e para a opção dos riscos do contrato, na medida em que os negociantes se preocupam em estipular apenas as condições cujo benefício esperado seja superior que seu custo esperado, cabendo ao ordenamento jurídico garantir, por meio de normas dispositivas, a custos menores, a segurança de complementaridade das lacunas deixadas nos contratos, com antecipação da distribuição dos direitos e das obrigações.

Também, embora se tenha visto que a negociação possibilita a revelação de informações privadas, detidas por cada um dos negociadores, facilitando a convicção sobre a possibilidade da contratação, e que a troca de informações é fundamental para o desenvolvimento das negociações, pois permite às partes apresentarem seus interesses e expectativas progressivamente, de maneira que o baixo nível de troca de informação culmina em acordos menos benéficos, a partir da teoria dos custos de transação constatou-se a racionalidade da limitação da quantidade de informação disponível durante a fase pré-contratual quando os custos para coleta da informação ultrapassam os seus benefícios, assim como a racionalidade implica retenção de informações que fariam com que o negociante deixasse de internalizar benefícios.

Efeito disso, demonstrou-se que a disparidade na quantidade e qualidade de informações mantida por cada uma das partes acarreta o problema da assimetria

informacional, falha de mercado que favorece a um dos negociantes obter vantagens em detrimento de outro e faz com que este outro ingresse na relação contratual sem a completa noção das consequências de suas escolhas, resultando na ineficiência do próprio contrato. E esta falha, para os teóricos da análise econômica, é a principal justificativa para a intervenção regulatória na relação privada. A teoria econômica adotada no estudo entende que ao Direito cabe a criação de normas que incentivem a revelação eficiente de informações, de forma abstrata, considerando a heterogeneidade dos indivíduos nos mercados, não devendo se justificar pelos erros de percepção individuais para determinar os antídotos à assimetria informativa, conforme defendem os adeptos da *Behavioral Law and Economics*.

Basicamente, constatou-se que é múnus da regra jurídica, sobre o dever de informar, incentivar a troca eficiente de informações, erradicar incertezas e prevenir contra práticas oportunistas e abusivas, entretanto, tal obrigação deve ser mensurada para que a regra não se torne socialmente indesejável, ou seja, cabe determiná-la apenas quando a informação tiver um elevado valor social, sem a pretensão de obrigar uma ou outra parte ao fornecimento de todo e qualquer tipo de informação.

E aferiu-se ser no direito brasileiro o dever de informar na fase pré-contratual consectário da boa-fé objetiva, cumprindo a informação a finalidade de salvaguardar os interesses daqueles indivíduos que ainda não são partes de um contrato. Viu-se que como corolário da regra geral da boa-fé, na fase pré-contratual, o dever de informar pode assumir natureza de dever anexo, para viabilizar o consentimento informado, e/ou dever de proteção, para impedir prejuízos decorrentes de expectativas que poderiam ser criadas sem ela. Em suma, o objetivo do dever imposto pela regra geral é garantir que a retenção da informação privada não seja oportunista, não prejudique o consentimento informado da contraparte, tampouco seja causa de danos após a conclusão do contrato. Ademais, justificou-se que a boa-fé não faz com que o dever jurídico de informação seja ilimitado, nem mesmo nas legislações mais protetivas, nas quais há presunção de assimetria informativa, pois a regra não tem o condão de retirar dos negociantes o ônus de se autoinformar. Do contrário, retiraria incentivos à aquisição de informações e tornaria a regra da boa-fé socialmente indesejada.

Argumentou-se que em um cenário de assimetria informativa é que o oportunismo costuma ganhar espaço, pois a disparidade de informações cria condições propícias para que uma parte obtenha vantagens sobre a outra e modifique em seu proveito os resultados de uma negociação. Tratou-se do oportunismo como elemento prejudicial específico ao desenvolvimento das tratativas, assimilando que as condutas oportunistas *ex ante* impedem a formação de acordos que seriam eficientes, muitas vezes levando à conclusão de negócio jurídico que não teria sido aceito caso não houvesse a exploração, implicando, portanto, restrição da autonomia de vontade da parte prejudicada.

Averiguou-se que a prática da conduta oportunista, conquanto inegavelmente favoreça uma das partes, compromete o alcance da eficiência econômica do contrato e, por conseguinte, do bem-estar social, na medida em que acarreta custos de transação tanto para prevenção ou eliminação quanto para a sua prática, sem que tais custos acrescentem qualquer valor aos bens ou serviços negociados, representando uma alocação ineficiente de recursos.

Destacou-se como recorrente comportamento oportunista na fase negocial o problema do *hold-up*, em que uma das partes se vale do investimento específico feito pela parte que confiava na conclusão do negócio e aumenta o preço do contrato ou reformula onerosamente as suas condições para permanecer negociando, sabendo que não haverá alternativa para aquele que investiu que não seja a de ceder, a fim de não tornar perdido o investimento realizado. Nesta hipótese há apropriação do bem-estar gerado pelo investimento inicial sem nenhuma contrapartida pelo oportunista, tirando partido da eventual irreversibilidade do referido investimento. Consequentemente, por não ter a certeza de que receberá o inteiro benefício do investimento, o negociante acaba investindo em confiança abaixo do nível ótimo, culminando em nível menor de eficiência do contrato.

À vista disso, aferiu-se que ao Direito compete resguardar as justas expectativas produzidas em cada um dos negociantes ao longo da fase pré-contratual, para evitar frustrar a confiança criada no transcurso das tratativas, o que tem sido feito pela imposição dos deveres de lealdade e proibição do comportamento contraditório decorrentes da boa-fé objetiva.



Daí passou-se a examinar a importância da proteção da confiança durante as negociações, identificando-a como uma condição que pode causar determinadas ações ou delas resultar, embora alguns economistas prefiram utilizar a confiança para explicar a escolha humana, não simplesmente como um resultado, sendo, portanto, contextualizada como uma variável independente, assumindo o papel de causa e não de consequência, de modo que o alto nível de confiança tende a resultar em cooperação ou em redução de oportunismo entre as partes. Tal percepção alça a confiança a um patamar de proeminência nas negociações, pois é a mola propulsora da realização de investimentos específicos e, conseqüentemente, aumento do valor do contrato.

Por isso nesta fase pré-contratual a ordem jurídica será eficiente quando der guarida às justas expectativas criadas pelas partes ao longo da negociação, impedindo que ocorram investimentos sub-ótimos ou excessivos, seja assegurando uma adequada probabilidade de cumprimento do contrato, caso concluído, ou protegendo os investimentos de confiança pela regra de responsabilidade civil, se porventura não se chegou à conclusão do negócio jurídico.

Para o respectivo fim, interpretou-se que no direito brasileiro há uma objetivação da confiança resultante da incidência da regra geral da boa-fé, a qual dispensa aspectos subjetivos que remetam a um estado psicológico de crença ou convicção, demandando somente que tal confiança seja legítima, fundada em dados concretos. Deste modo, sempre haverá responsabilidade civil quando ocorrer abuso da condição da livre negociação por abandono injustificado das tratativas que acarrete prejuízo à contraparte, na medida dos investimentos em confiança.

O estudo preocupou-se em enfatizar que as negociações são pautadas primeiramente pela liberdade e autonomia de vontade e que o retrocesso das negociações por si só não gera o dever de indenizar. Intrínseca à negociação é a assunção de riscos por todas as partes envolvidas nas tratativas, portanto, em regra, os custos das negociações deverão ser absorvidos pelos benefícios do negócio ou suportados pelas partes. Porém, o abandono das tratativas deve sofrer restrição para tutelar a confiança daquele que, motivado pela contraparte, investiu acreditando na conclusão das negociações.

Eis que a reparação civil será devida quando a ruptura sem motivação for adotada de forma contraditória com comportamento manifestado pelo retirante ao longo da negociação e afetar negativamente os investimentos realizados pela contraparte com esteio na confiança fomentada.

Concluiu-se, então, que o fundamento da responsabilidade não é a ruptura em si, pelo fato de inexistir dever de não retirada das negociações, mas a frustração da confiança criada pela violação do dever de lealdade e proibição do comportamento contraditório, não estando limitado o fundamento aos casos de ruptura das negociações, mas alcançando também casos de oportunismo.

Debruçando-se sobre o nexo de imputação, com base no vigente Código Civil, em que o atendimento das regras da boa-fé decorre também da proibição de exercício abusivo do direito, defendeu-se que para tutela da confiança não há necessidade de aferição de conduta culposa do agente, bastando, quando ocorre negociação séria, o prejuízo da frustração da confiança do lesado como resultado de ato do lesante, restando excluída a vontade ou culpa do fato da violação dos limites estabelecidos pela boa-fé.

Feitas estas considerações, utilizando o ferramental da Análise Econômica do Direito o trabalho procurou justificar a regra da tutela da confiança como regra de responsabilidade mais capacitada para contribuir de modo eficiente com a produção do bem-estar social. Para tanto, contrapôs regras de responsabilidade civil e concluiu que um regime de responsabilidade pré-contratual que preveja o ressarcimento dos investimentos de confiança e, por consequência, a internalização destes custos pelo lesante, serve para incentivar investimentos específicos e reduzir a probabilidade de oportunismo.

Assim, constatou-se que a regra geral de responsabilidade eficiente se preocupará em reparar a parte investidora por qualquer investimento em confiança sempre que tal investimento puder ser ou for capturado ou perdido por conduta desleal da parte que o motivou.

Entretanto, a medida da indenização deve ser balizada para evitar que seja desproporcional com a confiança criada. No ponto, a pesquisa confrontou as indenizações pelo interesse positivo e pelo interesse negativo e verificou que enquanto a indenização pelo interesse positivo tem o condão de colocar o lesado na

exata situação em que se encontraria se o contrato negociado fosse integralmente cumprido, a indenização pelo interesse negativo serve para recolocar o lesado na situação em que estaria se não tivesse acreditado na atuação correta do outro negociante, sendo a situação de ausência de confiança nas negociações o referencial para identificar os prejuízos decorrentes da ruptura das negociações. Então, afirmou-se que a indenização pelo interesse negativo é a consequência jurídica da responsabilidade civil para a tutela da confiança na fase pré-contratual, especificamente para os casos de ruptura injustificada das negociações e condutas oportunistas.

À vista disso, o estudo voltou-se para as perdas e danos que compõem a indenização do interesse negativo, identificando abranger tanto os danos emergentes como lucros cessantes. Detalhou-se que os danos emergentes são todos os custos que o lesado antecipou para execução do contrato que estava sendo negociado e os lucros cessantes o custo de oportunidade, isto é, aquilo que o lesado ganharia se tivesse dado continuidade a outro negócio, o qual restou preterido pela negociação que veio a ser rompida, ou o que ganharia caso o investimento fosse destinado para outro fim.

Na sequência, direcionou-se o debate para a aplicação da regra do nexo de causalidade nestes casos de ruptura imotivada das tratativas, empregando a teoria da causalidade adequada para mensuração da extensão do interesse negativo. E afirmou-se que o dano a ser reparado deve ser todo aquele investimento feito depois e por causa da confiança criada pela contraparte, sem que seja retirada da fase pré-contratual a assunção de riscos que lhe é inerente. Assim, concluiu-se estarem excetuados da indenização os custos ordinários da negociação, os custos permanentes da atividade do lesado e, para a hipótese de reparação do custo de oportunidade, os custos variáveis do contrato alternativo. Porém, a pesquisa trouxe limitações à teoria da causalidade adequada.

Justificou-se a partir da aplicação da teoria do escopo da norma (e, também, da equidade) que o teto indenizatório deve ser limitado pelo interesse positivo, sob o fundamento de que o lesado jamais pode ser recolocado em uma situação melhor do que aquela que estaria com os benefícios do cumprimento do contrato que estava negociando para aumentar o seu bem-estar, pois tal não é a finalidade da norma, bem como se tratou da impossibilidade de ressarcimento do investimento

excessivo, aquele incontestavelmente desproporcional se comparado com o nível de incentivo criado pela confiança e o estágio das negociações.

Argumentou-se que se a medida de indenização da responsabilidade pré-contratual visa à forma mais eficiente de promover a formação e o investimento ótimo em confiança, não pode incentivar as partes a quaisquer investimentos com a utilização de um regime de indenização que garanta a reparação de todo e qualquer gasto, independente do resultado das tratativas. Assim, concluiu-se que a regra deve, precipuamente, servir para incentivar as partes a ingressarem em negociações e aumentarem o nível de riqueza social, conciliando desincentivos às condutas oportunistas com incentivos a investimentos em confiança em nível eficiente.

Destarte, com intuito de contribuir com a identificação da confiança eficiente, identificou-se dupla limitação ao ressarcimento do investimento de confiança.

A primeira limitação, conforme visto, diz respeito ao limite do interesse no cumprimento, alcançado pela aplicação da teoria do escopo da norma ou da equidade, como preferem alguns juristas. E a segunda trata da previsibilidade do prejuízo, critério bastante difundido nos países com sistema da *commom law*, o qual encontra, em nosso direito, fundamento correspondente na aplicação da própria teoria da causalidade adequada, segundo o qual apenas os prejuízos previsíveis devem ser reparados, não podendo o lesante ser surpreendido com investimentos exorbitantes em eventual demanda judicial, devendo o lesado suportar todo o gasto feito a maior que o teto indenizatório.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKERLOF, George. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **Quarterly Journal of Economics**. v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970

ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista Trimestral de Direito Civil**. n. 5, Rio de Janeiro: PADMA, 2001, p. 83-100.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Responsabilidade Civil pela Ruptura das Negociações Preparatórias de um Contrato**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984

ALPA, Guido. Interpretazione economica del diritto. *In* **Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni**. Anno LXXIX. coord. Giuseppe Ferri. Roma: Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, 1981, p. 205-229.

ALPA, Guido. BESSONE, Mario. **Il contratto nel common law inglese**. 2ªed. Padova: CEDAM, 1997

ALPA, Guido. TEDESCHI, Vittorio. **Il contratto nel diritto nord-americano**. Milano: Giuffrè, 1980

ALPA, Guido. BONELL, Michael J. CORAPI, Diego. MOCCIA, Luigi. ZENOVICH, Vincenzo. **Diritto privato comparato**. 1ª ed. Bari: Laterza, 1999

ANTUNES, Engracia. **Dos Contratos Comerciais em Geral**. Coimbra: Almedina, 2015.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007

\_\_\_\_\_. Uma análise económica dos contratos: a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In. TIMM, Luciano (Ed.). **Direito e economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. Uma pequena nota em defesa da liberdade nos contratos (apresentação do livro de Luiz Henrique Sormani Barbugiani, Os contratos de assistência à saúde e a justiça contratual). **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. Lisboa. Ano 3, nº. 7, 2014.

ASSIS, Araken. Liquidação do Dano. **Revista dos Tribunais**. v. 759, jan/1999.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos – uma perspectiva econômica. In SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. (coord.). **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 112-133.

BAR-GIL, Oren. The Behavioral Economics of Consumer Contracts. In Consumer Contracts: Behavioral vs. Neoclassical Economics. **Law and Economics Research Paper Series**. New York, 2007.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e direito**. São Paulo: Atlas, 1997.

BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, conclusão e prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BEBCHUK, Lucian; OMRI, Ben-Shahar. Precontractual Reliance. **Journal of Legal Studies**, v. XXX, 2001, p. 423-457.

BEBCHUK, Lucian A.; POSNER, Richard A. One-Sided Contracts in Competitive Consumer Markets. **Michigan Law Review**, v. 827, 2006

BERNSTEIN, David E., Freedom of Contract. **George Mason University Law and Economics Research Paper Series**, 2008, p. 8-51.

BORGES, Maria de Lourdes. Contratualismo x Utilitarismo. Motivação Moral Segundo T. M. Scanlon. **Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe**. (Coord.) Nythamar Fernandes Oliveira e Draiton Gonzaga de Souza. Edipucrs. 2003

BRAMS, Steven J. **Negotiation games**. 3rd ed. London: Routledge, 2003.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acessado em 05 mai. 2016

\_\_\_\_\_. Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 dez. 1994. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm)>. Acessado em 20 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. 2002. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acessado em 05 mai. 2016

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 3.555 de 2004. **Câmara dos Deputados**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=253500>>. Acessado em 06 jun. 2016

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1457199/RS. Segunda Seção, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em nov. 2014, **DJe** 17 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRG no REsp 1359184/SP. Quarta Turma, Relator: Marco Buzzi. Julgado em dez. 2016, **DJe** 15 dez. 2016.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 2ªed. São Paulo: Atlas, 1981.

BURCHILL, Frank. Walton and McKersy, A Behavioral Theory of Labor Negotiations (1965). **Historical Studies in Industrial Relations**. Liverpool. v.8, 137-168, 1999

CALAMARI, John D.; PERILLO, Joseph M. **Contracts**. 3ª ed. St. Paul: West Group, 1999.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal. **Teoria da Confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHEUNG, Steve N.S. Transaction Costs, Risk Aversion, and the Choice of Contractual Arrangements. **Journal of Law and Economics**, 1969, p. 23-42.

COASE, Ronald H. The Firm, the Market, and the Law. **The University of Chicago Press**, Chicago, IL (EUA): 1988.

\_\_\_\_\_. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, 1960, p. 1-44.

\_\_\_\_\_. The Nature of the Firm. **Economica**, v. 3, 1937, p. 386-405

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6ª ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito & Economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert. SCHÄFER, Hans-Bernd. O problema da desconfiança recíproca. Tradução: Luciano Benetti Tim. *In* **Direito e Economia. Textos Escolhidos**. (coord.) SALAMA, Bruno M. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CORREIA, Atalá. O dever de informar nas relações de consumo. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, n. 95, jan. 2011, p. 13-31

COUTO E SILVA, Clovis V. do. O Conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**. v. 667, mai/1991

\_\_\_\_\_. **A obrigação como processo**. 1ªed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CRAVER, Charles B. The negotiation Process. **American Journal of Trial Advocacy**. **The George Washington University Law School**. Washingtons D.C., 2003.

DELGADO, José Augusto. **Comentários ao Novo Código Civil. Das várias espécies do contrato do seguro**. v. XI. Tomo I. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

EHRHARDT JR, Marcos. **Responsabilidade Civil pelo inadimplemento da Boa-fé**. Belo Horizonte: Fórum, 2014

FARNSWORTH, Alan E. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. **Columbia Law Review**, 1987.

FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations. **J Consum Policy**, 34, pp. 337-358, 2011.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. **Reciprocidade e Contrato. A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In**. 3ªed. New York: Penguin Books. 2011.

FRADERA, Véra Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 34, n. 136, p. 169-179, out/dez. 1997.

\_\_\_\_\_. O dever de informar do fabricante. *In* **Revista dos Tribunais**, v. 656, jun. 1990, p. 53-71

FRANZOLIN, Cláudio José. Assimetria informacional na relação entre o consumidor e o fabricante de produtos de tabaco. *In* HOMSI, Clarissa Menezes (coord.) **Controle do tabaco e o ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 147-181.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé Objetiva na Fase Pré-Contratual. A responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações**. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2012.

FULLER, L.L; PERDUE, William R. The Reliance Interest in Contract Damages. **The Yale Law Journal**, v. 46, 52, 1936.

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

\_\_\_\_\_. Morality and Contract: The Question of Paternalism. **Wm. & Mary Law Review**. v. 48, art. 9, 2007, disponível em <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol48/iss5/9>>. Acesso em 25 mai. 2017.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Lucros Cessantes. Do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade**. São Paulo: RT, 2011.

GREENHALGH, Leonard. **Managing strategic relationships**. New York: Free Press, 2001.

GRUNDMANN, Stefan. Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law. **Common Market Law Review**. v.39, 269-293, 2002



HILL, Charles W.L. Cooperation, opportunism, and the invisible hand: implications for transaction cost theory. **The Academy of Management Review**, Briarcliff Manor, Academy of Management, v.15, n.3, p.500-513, Sept. 1990.

HOCKER, Joyce; WILMOT, William. **Interpersonal conflict**. Dubuque, IA: Wm. C. Brown, 1985.

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

JOHNSTON, Jason Scott. The Return of Bargain: an economic theory of how standard-form contracts enable cooperative negotiation between businesses and consumers. **Michigan Law Review**, v.104:857, 2005, p.857-898

JUNIOR, E. Santos. Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das negociações para a celebração de um contrato. In **Revista da Ordem dos Advogados**, 1977, p. 566-604.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum". In: **Estudos e pareceres do direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KOROBKIN, Russell. Against Integrative Bargaining. **Case Western Reserve Law Review**, V. 58/4, Cleveland: 2008

KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. **California Law Review**, V. 88/4, Berkeley: 2000.

KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. **Case Research Paper Series in Legal Studies**. Case Western Reserve: 2008

LEWICKI, Roy; SAUNDERS, David; BARRY, Bruce. **Fundamentos da Negociação**. Tradução: Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2014.

LISBOA, Roberto Senise. **Confiança Contratual**. São Paula: Atlas, 2012

LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil. Obrigações em Geral**. v. II. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

LOURO, Vanessa. Declaração Inicial do Risco no contrato de seguro: Análise do regime jurídico e breve comentário à jurisprudência recente dos Tribunais Superiores. In **Revista Eletrónica de Direito**. n.2, Porto, jun. 2016. Disponível em: <[http://www.cije.up.pt/revista-red-ultimas-edicoes?year=2016&volume=50&form\\_build\\_id=form-ab7667855a53157627608cc22c85f34e&form\\_id=revista\\_red\\_filters\\_form](http://www.cije.up.pt/revista-red-ultimas-edicoes?year=2016&volume=50&form_build_id=form-ab7667855a53157627608cc22c85f34e&form_id=revista_red_filters_form)>. Acesso em 04 jan. 2016.

MACAGNAN, Clea Beatriz. **Jogo contratual e jogo da negociação.** In **MACAGNAN, Clea Beatriz (coord.). Compras. Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços.** Porto Alegre: Entremeios, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Um aspecto da obrigação de indenizar: Notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no Direito Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais.** v. 867. Jan. 2008.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Novo Código Civil. Do Inadimplemento das Obrigações.** v. V. Tomo II. (Coord.) Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. **A Boa-Fé no Direito Privado. Critérios para a sua aplicação.** São Paulo: Marcial Pons, 2015.

\_\_\_\_\_. Ação Indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo. *In* **Revista dos Tribunais.** ano 92, v. 812, jun. 2003, p. 75-99

MCALLISTER, Daniel. Affect – and cognition- based trust as foundations for interpersonal cooperation in organizations. **Academy of Management Journal,** v. 38, n. 1, p.24-59, fev. 1995

MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise Econômica da Responsabilidade Civil. O dano e a sua quantificação.** São Paulo: Atlas, 2012.

MIRAGEM, Bruno. Direito Civil. **Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Abuso do Direito. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado.** 2ªed. São Paulo: RT, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito do Consumidor.** São Paulo: RT, 2008.

MOTA PINTO, Paulo. **Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo.** v. 1 e 2. Coimbra: Coimbra Editora. 2008

MURIS, Timothy J. Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts. In **Minnesota Law Review.** Minnesota: 1980.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa.** 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASH, John F. The Bargaining Problem. **Econometrica,** v. 18, abr. 1950, 155-162

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PARISI, Francesco. CENINI, Marta. Interesse Positivo, Interesse Negativo e Incentivi nella Responsabilità Contrattuale: un'analisi economica e comparata. **Rivista di Diritto Civile**. Padova: CEDA, 2008, p. 219-242

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

POÇAS, Luís. O dever de descrição exata e completa do risco a segurar. *In Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano II, n. 2, Lisboa: 2016, p. 813-847

POSNER, Eric. Economic. **Análise Econômica do Direito Contratual. Sucesso ou fracasso?** São Paulo : Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8ª edição. New York, NY (EUA): Aspen Publishers, 2011.

\_\_\_\_\_. Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law. **Stanford Law Review**. v. 50. p. 1551-1575. maio 1998.

PRATA, Ana. **Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual**. Coimbra: Almedina, 2005

PRUITT, Dean. **Negotiations behavior**. Academic Press. New York: 1981.

PRUITT, Dean. RUBIN, Jeffrey. **Social Conflict: Escalation, stalemate and settlement**. New York: Random House, 1986.

RAIFFA, Howard. The art and science of negotiation. **Press of Harvard University Press**. Cambridge, MA: Belknap, 1982.

RAIFFA, Howard; RICHARDSON, John; METCALFE, David. Negotiation analysis: the science and the art of collaborative decision making. **Press of Harvard University Press**. Cambridge: The Belknap: 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSS, William H. CHEN, Jeng-Chung V. Negotiator's trust and distrust perceptions and mediation strategies. **Journal of Organizational Culture, Communications and Conflict**, v.8, n. 1, p. 11-20, 1994

ROUSSEAU, Denise. SITKIN, Sim. BURT, Ronald. COLIN, Camerer. Not so different after all: a cross-discipline view of trust. **Academy of Management Review**, v. 23, n. 3, 1998, p. 393-404.

RUBIN, Jeffrey. BROWN, Bert. The social psychology of bargaining and negotiation. **Academic Press**. New York: 1975

SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). **Direito e Economia. Textos escolhidos.** São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SALACUSE, Jeswald. Making deals in strange places: A Seginner's guide to international business negotiations. **Negotiation Journal**, v.4, 5-13, 877, jan. 1988.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral. Indenização no Código Civil.** São Paulo: Saraiva. 2010.

SANTOLIM, Cesar. Nexo de Causalidade e Prevenção na Responsabilidade Civil. **Revista AJURIS**. v. 41. Porto Alegre, dez/2014.

\_\_\_\_\_. <<Behavioral Law and Economics>> e a Teoria dos Contratos. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa. Ano 1, nº. 3, 2015

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1002559-91.2014.8.26.0269. 26ª Câmara de Direito Privado. Relator: J. Paulo Camargo Magano. Julgado em dez. 2016. **Dje** 05 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1021676-44.2015.8.26.0007. 21ª Câmara de Direito Privado. Relator: Itamar Gaino. Julgado em jan. 2017. **Dje** 23 jan. 2016.

SCHWARTZ, Alan. SCOTT, Robert. The Law and Economics of Preliminary Agreements. **Harvard Law Review**, jan. 2007.

SHAVELL, Steve. Foundations of economic analysis of law. **Harvard University Press**. Cambrigde, MA (EUA): 2004.

SIEGEL, Sidnei; FOURAKER, Lawrence. **Bargaining and group decision making: Experiments in bilateral monopoly.** New York: McGraw-Hill, 1960.

SUPERINTENDÊNCIA DOS SEGUROS PRIVADOS. Circular n. 302, de 19 de setembro de 2005. Disponível em < <http://www.susep.gov.br/textos/circ302.pdf>>. Acessado em 25 nov. 2016.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no novo código civil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, rev. dos tribunais, n. 22, p. 250-276, abr/jun, 2005.

TADEU, Silney Alves. O dever de informar: Considerações comparadas ao conteúdo da informação contidas no CDC e CC. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, abr. 2006, p. 255-274

THOMPSON, Leigh. Negotiation Behavior and Outcomes: Empirical Evidences and Theoretical Issues. **Washington: Psychological Bulletin**, v.108, nº. 3, 515-532, 1990.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOMLINSON, Edward; LEWICKI, Roy. **The negotiation of contractual agreements**. *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*. V. 1, 85-98, 2015.

TURCO, Claudio. L'interesse negative nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhergin nel sistema tedesco e italiano). *In Rivista di Diritto Civile*. (coord.) Vittorio Colussi. Ano III, n. 2, Padova: CEDAM, 2007, p. 165-195.

ULEN, Thomas. Rational Choice Theory in Law and Economics. **Paper, University of Illinois**. Illinois: 1999.

USTÁRROZ, Daniel. **Direito dos Contratos. Temas atuais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VERÇOSA, Haroldo M. D. **Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos. O Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

WALTON, Richard; MCKERSEY, Robert. **A behavioral theory of labor negotiations: An analysis of a social interaction system**. New York: McGraw-Hill, 1965.

WILLIAMSON, Oliver. Transaction Costs Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics*, V. 22, Nº 2 (Oct., 1979), p. 233-261

\_\_\_\_\_. Opportunistic Behaviour in Contracts, dans Newman. Peter (dir.), **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**, v. 2, London, MacMillan, 1998, p. 703-710.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **Responsabilidade pela Ruptura das Negociações**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005

ZYLBERSTAJN, Decio. STAJN, Rachel. **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

