

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL
DIREITO DOS NEGÓCIOS – TURMA 4 (2016)

RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL E INADIMPLENTO DE CONTRATO
PRELIMINAR: TUTELA E INDENIZAÇÃO

Cauê Jorge de Almeida

Projeto de dissertação de mestrado apresentado
ao Mestrado Profissional da FGV Direito SP
Orientador: **Wanderley Fernandes**

SÃO PAULO
2016

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA E TRATAMENTO PRETENDIDO

O presente trabalho visa a propositura de pesquisa a respeito das consequências e respostas jurídicas para os casos de inadimplemento de Contratos Preliminares devidamente firmados entre partes sofisticadas, analisando a efetividade, eficácia e alcance destas respostas. Além da análise da tutela específica prevista no art. 464 do Código Civil de 2002, o estudo se deterá sobre quais os critérios adotados para o cálculo das perdas e danos a serem aplicadas quando da não utilização da referida tutela.

Visando identificar os critérios para a indenização pelo inadimplemento, o estudo se voltará à análise do caso *Siga Technologies, Inc vs. PharmAthene, Inc* decidido pela Suprema Corte de Delaware, em que foi concedida indenização com base em “Expectation Damages” pela violação do dever de negociar de boa-fé nos termos do Contrato Preliminar que havia sido firmado entre as partes. A partir do estudo deste caso, será realizada a tentativa de identificar quais os critérios para apurar as perdas e danos em caso de inadimplemento de Contrato Preliminar no ordenamento jurídico brasileiro, se é possível a indenização por lucros cessantes ou mesmo se há possibilidade da utilização da teoria da perda de uma chance.

Ainda, a pesquisa tentará identificar se o nível de preliminaridade de um Contrato Preliminar é passível de influenciar a reparação, bem como tentará elucidar quando a quebra da negociação preliminar é passível de ensejar a responsabilização da parte e se há diferença na natureza e no quantum reparatório entre a quebra da negociação preliminar pautada na boa-fé e no inadimplemento do Contrato Preliminar.

2. FORMATO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO

A pesquisa realizará a análise do caso *Siga Technologies, Inc vs PharmAthene, Inc* julgado pela Suprema Corte de Delaware/EUA, a fim de identificar os critérios utilizados pela referida Corte para reparação dos danos causados pela violação da obrigação de negociar de boa-fé o contrato definitivo com base no contrato preliminar pactuado entre as partes. O trabalho tentará transpor os argumentos e critérios utilizados

pelo tribunal americano para o ordenamento jurídico brasileiro, visando definir, no direito pátrio, quais critérios devem ser adotados para compensação de danos por violação da obrigação pactuada em contrato preliminar de se firmar um contrato definitivo. O estudo buscará demonstrar as dificuldades enfrentadas pelas empresas ao realizar uma negociação complexa valendo-se do instituto do Contrato Preliminar, em vista da falta de uma clara definição quanto ao custo do inadimplemento deste instrumento jurídico. Ainda, com ênfase maior na definição deste passivo, será analisado quando é cabível a execução específica do contrato preliminar e quando se enseja a responsabilidade pré-contratual das partes e quais os danos devem ser reparados pela quebra da justa expectativa de contratar.

3. PRINCIPAIS QUESTÕES OU PROBLEMAS

- I. Quais critérios a serem adotados para o cálculo de perdas e danos em caso de violação de contrato preliminar?
- II. Quando a quebra da negociação preliminar dá ensejo à responsabilização da parte e há diferença de cálculo indenizatório entre o inadimplemento do contrato preliminar e a frustração da justa expectativa da negociação preliminar?
- III. É cabível a aplicação de indenização por lucros cessantes pela violação da obrigação de se firmar o contrato definitivo a ser calculada sobre a expectativa deste contrato definitivo?
- IV. Há possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance para a indenização do contrato preliminar?
- V. Quando o contrato preliminar é passível de execução específica?

4. OBJETIVOS PRETENDIDOS, PERSPECTIVAS DE ANÁLISE E RESULTADOS ESPERADOS

O objetivo da pesquisa é identificar a possibilidade de aplicação da execução específica prevista no art. 464 do Código Civil de 2002 e a forma de se calcular as perdas e danos em caso de seu inadimplemento por uma das partes deste contrato, bem como identificar o momento da ocorrência de responsabilização das partes em sede de negociação preliminar e as possíveis diferenças na natureza e nos critérios da indenização pela quebra da justa expectativa em relação à reparação pelo inadimplemento de contrato preliminar devidamente firmado. Neste sentido, o resultado esperado pelo estudo é diminuir a incerteza jurídica que permeia a figura do contrato preliminar, bem como orientar a atuação das empresas e profissionais jurídicos sobre os riscos decorrentes das negociações e dos instrumentos preliminares firmados e quanto estes riscos podem custar.

5. JUSTIFICAÇÃO DA RELEVÂNCIA PRÁTICA E DO POTENCIAL INOVADOR

A proposta de pesquisa se justifica em vista da incerteza atualmente existente no que diz respeito ao arcabouço jurídico que rege o processo negocial entabulado pelas partes. Prática negocial recorrente, a adoção de instrumentos em fase de negociação denominados comumente de Carta de Intenções (Letter of Intention), Memorandos de Entendimento (Memorandum of Understanding), Term Sheet, dentre outros, atormenta a vida das empresas e dos profissionais jurídicos envolvidos, uma vez que não há na doutrina e na jurisprudência uma delimitação clara de quais aspectos devem ser observados para que a responsabilidade das partes seja determinada.

Ainda, um ponto de extrema importância a aclarar será qual o impacto daquela negociação para a empresa envolvida, mais especificamente, qual o custo que a empresa terá se não seguir em frente com a negociação entabulada, bem como os limites da responsabilidade contratual e pré-contratual e os danos apropriados a partir dessa

qualificação. A falta desta definição implica um risco desconhecido para as empresas que operam com os referidos contratos, e tal desconhecimento impacta diretamente no andamento regular dos negócios empresariais.

6. FONTES DE PESQUISA E MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO

- I. Análise normativa, doutrinária e jurisprudencial, a fim de se definir conceitos, natureza e demais características dos contratos preliminares, bem como identificar as características dos danos a serem reparados e os critérios para reparação. Ainda, estas análises versarão também sobre a efetividade e a eficácia da tutela específica para diferentes tipos de contratos;
- II. Análise pormenorizada do caso *Siga Technologies, Inc. vs. Pharmathene, Inc.* julgado pelas Cortes de Chancery e pela Suprema Corte de Delaware, bem como de emblemáticos julgados nacionais, como o caso Disco (RE 88.716 – RJ, 2ª T., rel. Min. Moreira Alves).

7. FAMILIARIDADE COM O OBJETO, ACESSIBILIDADE DE INFORMAÇÕES E ENVOLVIMENTO PESSOAL

Atuo em departamento jurídico interno de grande empresa nacional do setor farmacêutico, com foco em contratos internacionais no auxílio da área de novos negócios. Desta forma, possuo vivência direta com os referidos instrumentos jurídicos da pesquisa a ser desenvolvida, com diversos projetos atualmente em desenvolvimento, tendo sentido a dificuldade quanto aos riscos de se firmar contratos preliminares diversos para a consecução de projetos complexos.

8. LITERATURA ESPECIALIZADA E OBRAS DE REFERÊNCIA

ABREU, Jorge de. Responsabilidade Civil Pré-Contratual: Um Caso de Ruptura de Negociações e a Confiança do Lesado. Lisboa: Abreu & Marques, 1999.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance no Direito Brasileiro. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). Responsabilidade Civil. Volume II. Direito de Obrigações e Direito Negocial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ASSIS, Araken de. Cumprimento de Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ATIYAH, P. S. The Rise and Fall of Freedom of Contract. Oxford: Clarendon, 1979.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A Boa-Fé na Formação dos Contratos. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). Responsabilidade Civil. Volume II. Direito de Obrigações e Direito Negocial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A Boa-Fé nos Contratos Internacionais. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). Responsabilidade Civil. Volume II. Direito de Obrigações e Direito Negocial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BASSO, Maristela. As cartas de intenção ou contratos de negociação. Doutrina Civil – Primeira Seção. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 88, v. 769, nov. 1999.

BIANCHI, Leonardo. Da Cláusula de Estoppel e sua Dinâmica na Esfera dos Negócios Jurídicos Privados. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). Responsabilidade Civil. Volume II. Direito de Obrigações e Direito Negocial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BESSONE, Darcy. Do contrato: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOLTON, Patrick; Dewatripont, Mathias. Contract Theory. Cambridge, Mass: MIT Press, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 788459/BA. BH Utilidades Domésticas Ltda e Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos. Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 13 de março de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=592103&num_registro=200501724109&data=20060313&formato=PDF>. Acesso em 01 de maio de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 77816/RJ. Distribuidora de Comestíveis Disco S.A. e outros e Supermercados Pão de Açúcar S.A. Rel. Ministro Moreira Alves, 30 de novembro de 1979. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 de maio de 2016.

CASTRO, Daniel Aureo de. Contrato Preliminar: Teoria e Prática. São Paulo: Saraiva, 2010.

CATALAN, Marcos Jorge. Contrato Preliminar. In: MORRIS, Amanda Zoe; BARROSO, Lucas Abreu (coords.). Direitos dos Contratos: Direito Civil v.3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CHAVES, Antonio. Responsabilidade Pré-Contratual. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). Responsabilidade Civil. Volume II. Direito de Obrigações e Direito Negocial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law and Economics. Boston: Pearson Addison-Wesley, 2008.

CUNHA, Daniela Moura Ferreira. Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura das Negociações. Coimbra: Almedina, 2006.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Regina Bottentuit Gondim. Contrato Preliminar. Rio de Janeiro: Conquista, 1958.

DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. Curso Moderno de Direito Civil: Contratos e Responsabilidade Civil. São Paulo: Nelpa, 2004.

EISENBERG, Melvin A. Conflicting Formulas for Measuring Expectation Damages. *Arizona State Law Journal*, v. 45, 2013.

FARNSWORTH, E. Allan. *Contracts*. New York: Aspen, 2004.

FERNANDES, Wanderley; OLIVEIRA, Jonathan Mendes. Contrato Preliminar: Segurança de Contratar. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. O Processo de Formação do Contrato. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Formação de Contrato Preliminar Suscetível de Adjucação Compulsória. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Nova Série. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, ano XXIX, n. 80, out./dez., 1990.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos: com Aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FOREMAN, Violeta Solonova. Non-Binding Preliminary Agreements: The Duty to Negotiate in Good Faith and the Award of Expectation Damages. *University of Toronto Faculty of Law Review*. V. 72, n. 2, mar., 2014.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2. ed. ver. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2010.

FRADA, Manuel Antonio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FRIED, Charles. *Contract as a Promise: a Theory of Contractual Obligation*. New York: Oxford University, 2015.

GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University, 1995.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26 ed. revista, atualizada e aumentada por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2010.

_____. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *A Boa-Fé nas Negociações Preliminares*. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). *Responsabilidade Civil. Volume II. Direito de Obrigações e Direito Negocial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GUIA, Juliana Pitelli da. *O Contrato Preliminar e a Análise Econômica do Direito*. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. N. 143. Ano XLV (Nova Série). São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

JOSUÁ, Adriana. *Contrato Preliminar: Aspectos Jurídicos, Funcionalidade, Análise Econômica e Teoria dos Jogos*. In: *Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro* 131. Ano XLII (Nova Série). São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

LIU, Zhiyong; AVRAHAM, Ronen. *Ex Ante Versus Ex Post Expectation Damages*. *International Review of Law & Economics*. Elsevier Inc., dec., 2012.

LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. O Contrato Preliminar e a sua Previsão no Novo Código Civil. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro, vol. 4, n. 14, abr./jun., 2003.

MARQUES, Maria Beatriz Loureiro de Andrade. Contrato Preliminar – Breve Análise dos arts. 462 a 466 do Código Civil. In: Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro 132. Ano XLII (Nova Série). São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

MARTINS, Antonio Carvalho. Responsabilidade Pré-Contratual. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial. Trabalho apresentado no seminário sobre "Contratos Internacionais e Mercosul", Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 1992.

_____. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. Campinas: Russel, 2006.

MIRANDA, Pontes. Tratado das Ações. Campinas: Bookseller, 1998-1999.

_____. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTORO, Tereza Maria Sarfert Franco. O Contrato Preliminar, o Novo Código Civil e a Análise Econômica do Direito. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. N. 132, out., 2003.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERILO, Lucíola F. L. A Responsabilidade Civil pelo Descumprimento da Cláusula Geral de Boa-Fé nos Contratos. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). Responsabilidade Civil. Volume II. Direito de Obrigações e Direito Negocial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PELA, Juliana Krueger. O Contrato Preliminar. In: Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro 130. Ano XLII (Nova Série). São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: Contratos. 28. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2015.

_____. Obrigações e contratos: pareceres de acordo com o Código Civil de 2002: seleção, atualização legislativa e ementas: Leonardo de Campos Melo, Ricardo Loretti Henrici, Cristiane da Silva Pereira Mota. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Responsabilidade Civil. 10. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado das Obrigações. Campinas: Servanda, 2002.

PRATA, Ana. Notas Sobre Responsabilidade Pré-Contratual. Coimbra: Almedina, 2002.

PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro. Responsabilidade Pré-Contratual por Ruptura Ilegítima de Negociações. Dissertação de Mestrado na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra, 2014.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O Problema do Contrato: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual. Coimbra: Almeida, 1999.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.). Código Civil Comentado. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Responsabilidade Civil e sua Repercussão nos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, Tarcísio. Contrato Preliminar Empresarial. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, jan./dez., 2006.

_____. Obrigações e contratos empresariais no novo Código Civil: o contrato preliminar e o contrato com pessoa a declarar. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. n. 137, jan., 2005.

TREVISAN, Marco Antonio. Responsabilidade Civil Pós Contratual. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). Responsabilidade Civil. Volume II. Direito de Obrigações e Direito Negocial. São Paulo: Revista dos Tribunais.

WALD, Arnaldo. Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 13 ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 1998.

YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade. São Paulo: Malheiros, 1993.

9. SUMÁRIO PRELIMINAR

1. Introdução
2. O Contrato Preliminar
 - 2.1 Conceito
 - 2.2 O Objeto do Contrato Preliminar e o Contrato Definitivo
 - 2.3 Os Níveis de Preliminaridade
 - 2.4 Negociações Preliminares
 - 2.5 “Contratos de Negociação”
3. Caso Siga Technologies, Inc. vs. PharmAthene, Inc.
 - 3.1 Contexto Fático
 - 3.2 A Obrigação de Negociar de Boa-fé
 - 3.3 Reliance Damages e Expectation Damages
4. Tutela Específica do Contrato Preliminar
 - 4.1 A Suplementação da Vontade das Partes
 - 4.2 Efetividade e Eficácia
 - 4.2.1 Contratos Unilaterais
 - 4.2.2 Contratos Reais
 - 4.2.3 Contratos de Execução Continuada
 - 4.2.4 Condições e Obrigações Precedentes à Execução do Contrato Definitivo

5. Responsabilidade e Indenização
 - 5.1 Quebra de Negociação Preliminar e o Princípio da Boa-fé
 - 5.2 Relevância do Nível de Preliminaridade do Contrato
 - 5.3 Danos Emergentes
 - 5.4 Lucros Cessantes
 - 5.4.1 Conceito e Características
 - 5.4.2 Aplicação dos Lucros Cessantes ao Contrato Preliminar:
O Caso Siga Technologies, Inc vs. PharmAthene, Inc sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro
 - 5.5 Possibilidade de Indenização pela Perda de Uma Chance
6. Conclusão
7. Referências Bibliográficas

10. PRINCIPAIS ETAPAS E CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO

| Atividades | 2016 | | | | 2017 | | | | | |
|------------------------|------|-----|-----|-----|------|-----|------|-----|-----|-----|
| | Set | Out | Nov | Dez | Jan | Fev | Mar. | Abr | Mai | Jun |
| Pesquisa | . | . | . | . | . | . | | . | . | . |
| Leitura e Fichamentos | | | | | | | | | | |
| Redação Provisória | | | | | | | | | | |
| Redação Final: | | | | | | | | | | |
| Cap. II | | | | | | | | | | |
| Cap. III | | | | | | | | | | |
| Cap. IV | | | | | | | | | | |
| Cap. V | | | | | | | | | | |
| Introdução e Conclusão | | | | | | | | | | |
| Revisão e Consolidação | | | | | | | | | | |

11. ESTIMATIVA DE HORAS DE DEDICAÇÃO NECESSÁRIAS À REALIZAÇÃO DE CADA ETAPA DO TRABALHO

| Atividade | Horas |
|------------------------|--------------|
| Pesquisa | 40 |
| Leitura e Fichamentos | 130 |
| Redação Provisória | 60 |
| Redação Final: | 20 |
| Cap. II | |
| Cap. III | 20 |
| Cap. IV | 20 |
| Cap. V | 20 |
| Introdução e Conclusão | 20 |
| Revisão e Consolidação | 30 |
| Total | 360 |