

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

**MITIGAÇÃO E PRECIFICAÇÃO DO RISCO DE ROMPIMENTO DE NEGOCIAÇÕES PRÉ-
CONTRATUAIS ENTRE PARTES ASSIMÉTRICAS**

Sylvio Moacyr D'alkimin Artusi Nicoleit

Projeto de dissertação de mestrado apresentado
ao Mestrado Profissional da FGV Direito SP

Orientador: **Bruno Salama**

SÃO PAULO

2016

SUMÁRIO

DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO	04
TÍTULO	04
DELIMITAÇÃO DO TEMA E TRATAMENTO	04
FORMATO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO	07
PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ENFRENTADAS	09
OBJETIVOS PRETENDIDOS, PERSPECTIVAS DE ANÁLISE E RESULTADOS ESPERADOS, RELEVÂNCIA PRÁTICA E POTENCIAL INOVADOR	10
METODOLOGIA, FONTES DE PESQUISA, MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO: LITERATURA ESPECIALIZADA, OBRAS DE REFERÊNCIA E ENTREVISTAS PROPOSTAS	12
FAMILIARIDADE COM O OBJETO, ACESSIBILIDADE DE INFORMAÇÕES E ENVOLVIMENTO PESSOAL	16
SUMÁRIO PRELIMINAR	19
CRONOGRAMA	21

1. DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PROJETO

Projeto elaborado Sylvio Moacyr D'Alkimin Artusi Nicoleit, matrícula 336366, aluno da turma do Mestrado Profissional; tendo como orientador o Prof. Dr. Bruno Meyerhof Salama, inserido na linha de pesquisa "Direito dos Negócios".

2. TÍTULO

“Mitigação e precificação do risco de rompimento de negociações pré-contratuais entre partes assimétricas”

3. DELIMITAÇÃO DO TEMA E TRATAMENTO

A proposta de dissertação de mestrado aborda a questão do risco empresarial pelo rompimento das tratativas entre possíveis contratantes – especialmente entre partes *desiguais*¹, com foco na parte sofisticada, mormente ante a maior aplicação jurisprudencial da teoria da responsabilidade civil pela perda da chance, no âmbito de algumas modalidades contratuais – *responsabilidade pré-contratual*.

A proposta nasce da frustração do aluno ante a inexistência de estudos práticos sobre as melhores ações negociais com vistas a mitigar o risco de vinculação ao contrato em gestação, especialmente em relação à parte qualificada, estruturada em quatro capítulos diferentes e independentes que poderão, *eventualmente*, ser convertidos em artigos individuais, mas conexos na progressão do núcleo que compõe a dissertação de mestrado.

O estudo se propõe a uma análise de procedimentos formais e materiais para mitigação do risco em sentido lato, abordando;

- A problemática do *an debateur*; procedimentos, etapas teóricas e práticas para afastamento do risco de penalização civil pelo rompimento das tratativas quando em cena atores assimétricos, ou seja, partes sofisticadas e hipossuficientes.

¹ Como, à guisa de exemplo, no caso de um contrato de franquia, em que em polos opostos se encontram grande desigualdade, como empresas de grande porte (franqueador) e empresas pequenas ou familiares (franqueado). A grande diferença, no entanto, pode, em uma abordagem simplista, funcional para o escopo e tamanho deste estudo, é se tratar ou não, de um contrato de adesão ou livremente pactuado. De igual sorte, por conta da experiência no ramo do aluno, as negociações pré-contratuais ao contrato de emprego. Outro ramo relevante do Direito em que as partes assimétricas seriam de destacado interesse seria o consumerista, porém, dentro de um escopo “perda da chance” a análise restaria tolhida à prestação de serviços, mormente viagens e turismo.

- A escolha de partes dissonantes se justifica por se tratar em importante parcela das contratações de empresas relevantes, bem como explorar a questão da “proteção” material e processual do Judiciário à parte hipossuficiente, sob um pretenso cumprimento do axioma constitucional da isonomia, na qual os documentos de isenção de responsabilidade (*waivers*) e as condições suspensivas (*milestones*) se sujeitam a um “*teste máximo de estresse*”, tornando-se relevante a análise conjunta do comportamento fático de cada parte.²
- Contratos assimétricos, também, se prestam a uma conveniente análise do ambiente institucional atinente às etapas evolutivas das negociações (*com certa influência da doutrina alemã*), vez que na prática contratual brasileira, entre partes desiguais, resta obscurecido o momento fático em que “*negociações preliminares*” se tornam “*preparação do contrato*”, demandando uma melhor análise da formação contratual – *que servirá de substrato teórico ao estudo proposto*.^{3 4}
- A assimetria da relação negocial impõe às partes contratantes, *mormente à qualificada*, uma série de deveres positivos e negativos, *muito além das cláusulas gerais de boa-fé e melhores esforços*, permitindo uma aproximação com o direito comparado internacional, especialmente em relação aos deveres de “*Reliance and Promissory Estoppel*”, “*Illusory Promisses*” e “*Moral Obligation and Past Considerations*” que, em análise última, podem servir como substitutas

² Mais uma vez, a escolha se adéqua a experiência profissional do aluno.

³ A doutrina alemã referente ao tema se encontra em uma posição de vanguarda, especialmente em face da primazia do art. 311 do BGB (Código Civil Alemão) – Disponível em << <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>>>. Acesso em 04.09.2016.

⁴ A parte atinente às várias doutrinas alemãs sobre a pré-contratação se configurará em alicerces sobre os quais os aspectos práticos de condução jurídica das tratativas se assentarão.

judiciais do “*consideration*”. Permite, ainda, a já citada análise dos “documentos de negociações” inspirados na prática norte-americana.^{5 6}

- Pretende-se, como complemento lógico, abordar o *quantum debateur*; a precificação do risco de cessar as tratativas em face de eventual condenação em obrigação específica e de perdas e danos por “perda da chance” – *teoria jurídica que será abordada em face da liquidação de eventual cláusula penal*, através de uma análise econômica da aplicação da teoria no âmbito das matizes de “*civil*” e “*common-law*” em comparação com o que vem sendo aplicado pelos Judiciário brasileiro e a conveniência estratégica de precificação do risco negocial ao se adotar uma cláusula penal pré-contratual.^{7 8}
- Por fim, a experiência profissional empírica do aluno indica uma tendência de o Judiciário, *em análise de negociações assimétricas*, desprezar a formalidade prevista no parágrafo único do art. 463 do Código Civil (registro do pré-contrato), o que demandará (*além do estudo sobre a hipótese*) verificação do alcance da cláusula de arrependimento, o que torna possível uma análise concludente dos esforços quando submetidos à análise do Estado Juiz.

Sendo esses os tópicos propostos de enfrentamento na dissertação de mestrado, busca-se entender o fenômeno evolutivo pré-contratual entre partes assimétricas e os direitos e deveres positivos/negativos que cercam o elemento formador do pacto, bem como, sob o ponto de vista da parte sofisticada, quais atitudes e comportamentos, *formais e materiais*, mitigam o risco de enfrentar uma demanda pelo rompimento das tratativas,

5 O direito norte-americano, guia de atuação das transnacionais americanas e modelo por muitos seguidos, apresenta uma ampla gama de deveres bem resolvidos e estudados para a formação contratual.

6 Especialmente as que serão citadas no Capítulo 3.1 do sumário proposto.

7 Mormente em face de tratativas que não estejam avançadas o suficiente para que, ante a configuração de pré-contrato, o juiz supra a negativa de contratar com execução específica de obrigação de fazer.

8 Interessante estudo do custo transacional de Alan Schwartz não será abrigado nesse capítulo, que focará na questão do cálculo de liquidação da perda da chance pré-contratual.

analisando sua possível precificação via cláusula penal estipulada em “contratos de negociação”.⁹

Para melhor análise do proposto, o estudo se restringirá aos contratos com os quais o aluno possui mais familiaridade e efetiva participação nas negociações pré-contratuais; sem perder o ambiente civilista, *em que o contrato de franquia se apresenta como relevante exemplo*, pretende-se focar no contrato de trabalho, que se apresenta como o mais abrigado pelo Poder Judiciário, no qual proteção à parte hipossuficiente é axioma cardeal formador do próprio ramo jurídico.

4. FORMATO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO

A dissertação proposta adotará o formato de reflexão sobre a prática jurídica, assentada sobre um breve intróito teórico tendo por base o ambiente institucional pátrio e o jeito como o mesmo é explorado.

Intenta-se, portanto, um estudo da fase negocial pré-contratual construindo um itinerário bem traçado das sucessivas declarações de vontade a, *eventualmente*, se complementar reciprocamente, sob a máxima proteção possível à parte sofisticada.¹⁰

Partindo-se desse pressuposto teórico, pretende-se analisar as práticas negociais correntes, tanto em (i) marcos teóricos; *contratos de negociação*¹¹ e a estipulação de

⁹ Sob a premissa básica de que, no mundo dos negócios, o conhecido, ainda que caro, é preferível ao desconhecido.

¹⁰ CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual, aplicabilidade ao direito brasileiro*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. Pág. 16.

¹¹ Pretende-se analisar a eficácia dos seguintes documentos frente aos contratos assimétricos; “*Hold Harmless Letter*”, “*Non disclosure agreement*” e “*Letter of intentions (memorandum of understanding)*”.

cláusulas suspensivas ¹²; como em (ii) aplicação prática; *deveres positivos e negativos*, alicerçados nas melhores práticas negociais. ¹³

Através da análise das práticas formais e materiais das práticas negociais assimétricas, pretende-se enxergar as soluções correntemente adotadas e dificuldades operacionais dos atores sociais, especialmente em relação à exposição e segurança.

Destaca-se que embora as fases de tratativas sejam comuns a todos os negócios jurídicos, optou-se pela alteridade das partes negociantes, vez que em face do princípio da isonomia, à parte sofisticada é imputado um ônus formal e comportamental que permite um máximo alcance dos entendimentos relevantes do regime jurídico em voga.

Em sucessão, o trabalho apresentará um estudo econômico, analisando o comportamento matemático das partes ¹⁴ e a possibilidade de estipulação de cláusula penal pelo rompimento das tratativas, conforme art. 408 e 416 do Código Civil ¹⁵ estudando as melhores formas de precificar o risco de rompimento das tratativas ante a aplicação da teoria da “perda da chance” pelo Judiciário brasileiro, após compreensão de seu fenômeno tanto nos ordenamentos romano-germânicos quanto da “*common-law*”. ¹⁶

12 Merecerá estudo dedicado as cláusulas suspensivas (*milestones*) em face do comando do art. 123, I do Código Civil, bem como o momento apropriado de aceitação do fluxo e etapas negociais.

13 Os conceitos gerais derivados da cláusula geral de boa-fé de acordo com a prática e doutrina norte-americana, mormente os já citados deveres de restituição, veracidade e indução; Schwartz, Alan and Scott, Robert E., *Precontractual Liability and Preliminary Agreements* (2007). Faculty Scholarship Series. Paper 301. Acessado em 12.06.2016. Disponível em <<http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/301>>.

14 Com base no excelente estudo de Alan Schwartz e teoria dos jogos aplicada.

15 Pretende-se investigar, inclusive a problemática paradoxal de que a cláusula penal “*por um lado reforçando o vínculo obrigacional, por outro, pré-liquidando eventuais perdas e danos*” é aplicável e em que medida ela não se transfigura de salvaguarda em gatilho para um “*consideration*”. COSTA MACHADO. Antonio Cláudio. “Código Civil Interpretado”. Editora Manole. 2008. Pag. 308.

A análise das várias decisões do Poder Judiciário pátrio durante o desenvolvimento do trabalho permitirá melhor compreensão prática do problema proposto, especialmente se há maior rigor incidindo sobre o comportamento da parte sofisticada.

Por derradeiro, se apresentará uma conclusão sumarizada apontando os principais riscos e formas de sua mitigação ¹⁷, visando a máxima segurança jurídica de partes sofisticadas em negociações pré-contratuais.

5. PRINCIPAIS QUESTÕES A SEREM ENFRENTADAS

As questões que a dissertação pretenderá endereçar;

- Em que momento das tratativas passa-se das “negociações preliminares” para a “preparação do contrato”?
- Qual impacto disso para as partes negociantes?
- Tal definição, bem estruturada na doutrina alemã e frequentemente replicada no Brasil, é relevante para o Judiciário pátrio, caso haja assimetria entre as partes negociantes?
- Qual o alcance da “extensão da seriedade” da proposta e da *culpa in contrahendo* e sua implicação prática? ¹⁸
- Os “contratos de negociação” consagrados pela prática na contratação entre partes sofisticadas (“*hold harmless letter/letter of intentions*”) são eficazes como *waiver* de responsabilidade das partes negociantes, caso aderido pela parte hipossuficiente?

16 Análise de elementos mitigadores, como os deveres de mitigar o próprio prejuízo, também deverão constar do estudo prático-financeiro de quantificação do risco.

17 Apresenta-se em forma condensada o quanto trabalhado ao longo da dissertação.

18 Sem prejuízo de analisar o artigo 12 da Regulação 864/2007 do Parlamento Europeu.

- Há efetiva mitigação de risco à parte sofisticada caso em negociação preliminar se estipule, em algum “contrato de negociação”, *milestones* progressivas tidas como condições *sine qua non* para aperfeiçoamento do contrato – *cláusulas suspensivas*?
- Dentro de um conceito de “pré-contrato realidade”, qual o impacto dos deveres comportamentais positivos e negativos da práxis de “*Reliance and Promissory Estoppel*”, “*Illusory Promises*” e “*Moral Obligation and Past Considerations*”? São aplicáveis pelo Judiciário brasileiro dentro da cláusula geral de boa-fé do art. 422 do Código Civil?
- É possível precificar o risco negocial através de uma cláusula penal pelo rompimento das tratativas, ainda que injustificadas?
- Se sim, o parâmetro deve ser a teoria da perda da chance? Como calculá-la de acordo com a moderna prática de “*civil*” e “*common-law*”?¹⁹ É possível mitigar o valor de liquidação baseado no comportamento da parte hipossuficiente?²⁰
- O Poder Judiciário brasileiro favorece a parte hipossuficiente em pré-contratações assimétricas? Como ficam as cláusulas de “arrependimento” e “registro” quando envolvidos atores dissonantes? O Judiciário pátrio enxerga a negociação entre partes assimétricas como mera formalidade ante um contrato de adesão?

6. OBJETIVOS PRETENDIDOS, PERSPECTIVAS DE ANÁLISE E RESULTADOS ESPERADOS, RELEVÂNCIA PRÁTICA E POTENCIAL INOVADOR²¹

¹⁹ A questão das “expectation damages” também será abordada.

²⁰ Embora uma questão mais atinente ao procedimento contencioso, deve-se destacar alguns princípios; “*duty to mitigate the loss*”, “*lost volume exception*”, “*foreseeability*” para fins de contextualização.

²¹ Embora no modelo proposto estivesse apartadas, entendemos existir intersecção de informações, pelo quê, decidimos unificar o tópico.

Pretende-se na dissertação na construção de uma proposta de melhores práticas para que as partes sofisticadas possam mitigar riscos de negociação quando atuando com atores desiguais em uma posição, *teoricamente*, de força.

Conforme conteúdo da cadeira de Pesquisa Jurídica Profissional, a forma da dissertação proposta intenta o melhor enquadramento no quanto esperado do mestrando profissional.

Como se verá na parte atinente ao sumário, haverá 03 (três) capítulos estanques, mas inter-relacionados que poderão, eventualmente, ser seccionados em 03 (três) artigos separados.

Em suma, o que se pretende, *ultima facie*, é um norte de melhores práticas negociais, intentado a mitigação do risco envolvido à parte sofisticada de que haja execução específica ou indenização material, permitindo, ainda, a precificação do custo do rompimento das tratativas.

A mitigação dos riscos, como apontado, se dará, primeiramente, através do estudo do ambiente jurídico pátrio, permitindo uma maior compreensão do fenômeno da formação do contrato em suas várias etapas evolutivas, e, posteriormente, da experiência negocial e prática comportamental.

A precificação proposta se dará sob a égide da “perda da chance”, teoria jurídica que lida com a incerteza da contratação. Não se pode olvidar que o capital, personificado no administrador da empresa, abomina a incerteza, daí a relevância do estudo da pré-liquidação via cláusula penal do risco de rompimento das tratativas – *bem como sua aceitação pelo Judiciário*.

As supracitadas premissas sobre as quais se pretende alicerçar a dissertação se tornam, *smj*, mais interessantes sob o risco de contemplação pelo Judiciário Pátrio e sua quixotesca busca de Justiça Social ante o axioma constitucional de isonomia.

Na literatura jurídica pátria, *doutrinas, teses e artigos*, percebe-se uma profusão de trabalhos de qualidade, porém, com abordagens meramente teóricas ou descritivas, enquanto a dissertação profissional proposta tentará, dentro das limitações inerentes a esse tipo de trabalho, apontar um rumo prático de práticas negociais jurídicas erigidas sobre o atual contexto fático, bem como de quantificação do risco.

Espera-se, então, a construção de um guia de melhores práticas para salvaguarda patrimonial da parte sofisticada que entabule tratativas de negociação com promitentes contratantes hipossuficientes.

Contratos assimétricos são parte cotidiana de empresas de médio e grande porte no país, citando-se, à guisa de exemplo, os contratos de franquia, de consumo e de trabalho.

Após busca em catálogos de livros de bibliotecas de Direito no Brasil (e mesmo administração e economia) logrou-se, como já explicitado, encontrar inúmeras obras de referência, sendo diferencial no estudo proposto o viés prático, em um diálogo com a doutrina e práxis internacional, sob a premissa assentada de assimetria das partes.

7. METODOLOGIA, FONTES DE PESQUISA, MÉTODOS DE INVESTIGAÇÃO: LITERATURA ESPECIALIZADA, OBRAS DE REFERÊNCIA E ENTREVISTAS PROPOSTAS ²²

Pretende-se proceder a uma pesquisa bibliográfica; tanto em relação à doutrina, quanto na análise de normas positivadas e jurisprudenciais.

O conhecimento empírico do mestrando em situações de negociações de contratos assimétricos será considerado para fins de contextualização e práticas de mercado.

²² Para fins de contextualização, considerando a intersecção entre os tópicos, preferiu-se fundir os temas em único tópico.

O trabalho foi dividido em cinco fases, perfazendo três capítulos, cujo desenvolvimento seria;

- 1ª FASE: Neste primeiro momento será desenvolvida uma análise descritiva sobre o direito positivado pátrio, bem como das práticas comerciais em abstrato;
- 2ª FASE: A seguir, entrevistas com operadores de direito representantes de partes sofisticadas com vistas a melhor compreensão do *modus operandi* ora praticado, visando à captura dos erros e acertos das empresas nacionais;
- 3ª FASE: Realizar uma análise comparativa entre as fases anteriores e como os tribunais pátrios endereçam a questão, com a finalidade de compreender a realidade nacional;
- 4ª FASE: Estudo da precificação do risco, através do risco de execução específica ou modernas quantificadoras indenizatórias de “perda da chance”;
- 5ª FASE: Diagnóstico da realidade pátria e propostas de aprimoramento negocial das partes sofisticadas nacionais.

Citam-se as fontes que instruíram, até o presente momento, o pré-projeto e se constituem como porto de partida, especialmente para fases 01, 02 e 04;

- ASHWORTH, Allan. *“Pre-contract Studies: Development Economics, Tendering and Estimating”*. Wiley-Blackwell; 2ª edição, 2008.
- BARNHIZER, Daniel D. *“Inequality of Bargaining Power”*. Michigan State College of Law Review, Publicação 139, 2005.
- BLACK’S LAW DICTIONARY. 10ª ed. Thomson-Reuters, St. Paul, MN, 2013.

- CASTRO, Daniel. “*Contrato preliminar*”. Saraiva, São Paulo, 2008.
- COSTA MACHADO, Antonio Cláudio. “*Código Civil Interpretado*”. Editora Manole, São Paulo, 2008.
- CHIRELSTEIN, Marvin A. “*Concepts and Case Analysis in the Law of Contracts, 6th (Concepts & Insights)*”. Foundation Press – Thomson-Reuters, Amazon-Kindle Format, 2010.
- FERNANDES, Wanderely et al. “*Contratos empresariais*”. Saraiva, São Paulo, 2007.
- FRIED, Charles. “*O contrato como promessa*” – Campus Jurídico, Elsever, Rio de Janeiro, 2008.
- FRITZ, Karina Nunes. “*A responsabilidade pré-contratual por ruptura injustificada das negociações*”. CIVILISTICA.COM. Disponível em <<<http://www.civilistica.com>>>. Acessado em 27.04.2016.
- HIGA, Flávio da Costa. “*A perda da chance no Direito do Trabalho*”. Editora Saraiva, Sao Paulo, 2012.
- JOHNSTON, Angus et al. “*The German Law of Contract: A Comparative Treatise*”. Hart Publishing, New York, NY, 2014.
- LEÃES. Luiz Gastão Paes de Barros. “*Pareceres- Volume I*”. Editora Singular, São Paulo, 2004.

- LOPES, Christian Sabb Batista Lopes. “*Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*”. Editora Saraiva, São Paulo, 2013.
- _____ . “*Responsabilidade Pré-Contratual*”. Del Rey Editora, São Paulo, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith. “*Contratos internacionais*”. Revista Trimestral de Direito Público. nº05 – pag. 211, 1999.
- NEVES, Karina Penna. “*Deveres de Consideração nas Fases Externas do Contrato: Responsabilidade Pré e Pós-Contratual*”. Editora Almeida, São Paulo, 2015.
- PETÉFFI DA SILVA, Rafael. “*Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*”. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- SAVI, Sérgio. “*Responsabilidade Civil por perda de uma chance*”. Atlas, São Paulo, 2006.
- SCHWARTZ, Alan. “*Precontractual Liability and Preliminary Agreements*”. Harvard Law Review, Volume 120, Number 3, 2007.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Brasília, DF, 2016. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acessado em 29.06.2016.

- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro, RJ, 2016. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acessado em 26.04.2016.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, São Paulo, SP, 2016. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acessado em 26.04.2016.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEGUNDA REGIÃO, São Paulo, SP, 2016. Disponível em <<http://www.trtsp.jus.br>>. Acessado em 29.06.2016.
- UNIÃO EUROPEIA – EUROLEX, Bruxelas, BE, 2016. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>>. Acessado em 29.06.2016.
- WERTENBRUCH, Johannes. “*Zur Haftung aus culpa in contrahendo bei Abbruch von Vertragsverhandlungen*”. ZIP, Heft 3, p. 1525-1531, 2004.
- ZIMMERMANN, Reinhard. “*The new German law of obligations: Historical and Comparative Perspectives*”. Oxford University Press. Reprint, 2010.

Também serão realizadas entrevistas com operadores do direito em empresas relevantes.

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

Com 11 (onze) anos de formação em Direito, tendo atuado por 06 (seis) anos no Direito Civil e os últimos 05 (cinco) anos no Direito do Trabalho, tanto no contencioso quanto no consultivo, adquiri experiência quanto à percepção e tratamento dado pelo Poder Judiciário, *tanto o comum, quanto o especializado do trabalho*, ao comportamento da

parte sofisticada em negociações assimétricas em processos indenizatórios ante o rompimento das tratativas negociais.

Parece haver uma tendência do Poder Judiciário a condescender com a parte hipossuficiente, presumindo, *juris tantum*, a *culpa in contrahendo* pelo não fechamento do negócio a um comportamento espúrio da parte sofisticada, sob a premissa de que à parte hipossuficiente sempre interessa a assinatura do contrato definitivo, independente do rumo que as tratativas tomaram ou a mudança do panorama macroeconômico.

Razão pela qual, de minha lida com a práxis, surgiu o interesse em estudar as melhores práticas para a parte sofisticada, *tanto formal, quanto comportamental*, para mitigar o risco de condenação em uma execução específica de obrigação de fazer e/ou indenizar.

De igual sorte, a experiência também me indicou a aversão das partes sofisticadas à discricionariedade do Poder Judiciário, *que chega ao ponto de arbitrar, discricionariamente, indenizações por perda da chance*, preferindo precificar o risco de romper as tratativas, reservando-se ao direito de desistir do negócio, ainda que assuma os investimentos e a multa como *sunk costs*.

A atitude de desistir do negócio, *anteriormente um direito potestativo*, é essencial em uma economia dinâmica, já que a decisão de contratar em um dado momento pode se tornar desinteressante pouco tempo depois por conta de inúmeros fatores, muitos dos quais exógenos às partes contratantes, como alterações macroeconômicas.

Entabular negociações sabendo, *a priori*, o custo de desistir do negócio é tolerável – o que intolerável é o arbítrio do Estado Juiz.

Razão pela qual, pareceu pertinente um estudo além do *an debateur*, abordando uma tentativa de precificação do risco de rompimento das relações pré-contratuais.

A eficácia de tal expediente, bem como seu *modus operandi* – ou seja, como o Judiciário enxerga a incerteza pré-contratual via perda da chance, pareceu o complemento lógico para um estudo sobre os riscos a que sujeito um ator social sofisticado na conduta durante a pré-contratação.

Minha experiência nasce com a participação, *ainda como estagiário*, em contratos de *venture capital*, em que tive contato com os “contratos de negociação” da *common-law* norte-americana, vez que os aportes de capitais, *via de regra*, se davam em jurisdições *off-shores*, como Cayman, BVI e Bermudas.

Tais contratos, envolvendo partes paritárias, geralmente eram sujeitas à clausula de arbitragem, bem como à eleição de lei material consuetudinária, em que o axioma do *pacta sunt servanda* tende a imperar.

Posteriormente, especialmente em contratos de franquia e, mais especificamente, contratos de trabalho, venho percebendo, empiricamente, que a formalidade simbolizada nos “contratos de negociação”, *embora não desprezível*, não são mais o centro da instrução processual (e conseqüente construção do juízo de valor pelo juízo) quando partes assimétricas se encontram envolvidas, vez que o Judiciário tende se preocupar mais com o comportamento das partes, especialmente a sofisticada, naquilo que se pode denominar, *em um misto de apropriação indébita do termo com neologismo jurídico*, de “pré-contrato realidade” – ou seja, a verdade real sobre a forma.

A doutrina da *common-law* parece apontar um norte comportamental que poderia ser aplicada à realidade local, consubstanciada nos deveres de “*Reliance and Promissory Estoppel*”, “*Illusory Promisses*” e “*Moral Obligation and Past Considerations*”.

Ainda que por um momento tenha parecido que a formalidade contratual seria desprezível para o Judiciário em contratos assimétricos, entendi, na análise de alguns julgados, que havia, sim, relevância para os “contratos de negociação”, quando os

mesmos estipulavam cláusulas suspensivas para a evolução negocial – *o que a common-law denomina de milestones*.

Parece-me que caso listadas as condições suspensivas, ou seja, as concordâncias *sine quae non* se pode garantir a existência de um entabulamento seguro entre as partes, o Judiciário entende inexistir pré-contrato, insubsistindo, portanto, a obrigação de fazer e o dever de indenizar.

Hoje, transpassados mais de uma década de envolvimento com questões pré-negociais, acredito, em relação a contratos entre desiguais, na máxima romana; “*in médio virtus*” – ou seja; não apenas o formal, nem o comportamental, definirão *per se* o risco, mas uma profícua combinação de ambos *modus operandi* pode mitigar de forma satisfatória o risco de rompimento das tratativas pré-negociais.

Precificar esse risco, também, parece o corolário lógico relevante para a parte sofisticada que se ativa em inúmeras contratações do tipo, posto que equivalentes a seu poder econômico.

Tendo participado de várias negociações, por ambos os lados, mas especialmente pela parte sofisticada, acredito que possa ser relevante o estudo de como mitigar o risco e tornar mais seguro o direito de arrependimento e reversão ao *status quo ante* previamente à decisão final e irrevogável de firmar o contrato, face ao risco de ser condenada em obrigação de fazer ou indenizar, em perdas e danos, a parte hipossuficiente.

9. SUMÁRIO PRELIMINAR

Considerando a estruturação da dissertação de mestrado, é proposto o seguinte sumário preliminar;

1. INTRODUÇÃO

2. AMBIENTE INSTITUCIONAL PÁTRIO

2.1. Arcabouço jurídico brasileiro pré-negocial;

- 2.2. Evolução negocial – a fase da “pontuação”;
- 2.3. O sentido lato da “*culpa in contrahendo*”;
- 2.4. Contratos de negociação;
- 2.5. Estipulação de cláusulas suspensivas (*milestones*);
- 2.6. A prática negocial: deveres positivos e negativos.

3. PRECIFICAÇÃO DO RISCO DE ROMPIMENTO PRÉ-NEGOCIAL

3.1. O comportamento das partes: uma análise matemática;

3.2. A execução específica;

3.3. A perda da chance;

3.3.1. Jurisprudência romano-germânica,

3.3.2. Jurisprudência da *common-law*.

3.4. Comportamento da parte hipossuficiente: mitigação da culpa da parte sofisticada;

3.5. A cláusula penal;

3.5.1. Precificação do risco comportamental,

3.5.2. Proposta de arquitetura de cláusula abrangente,

3.5.3. Alcance e aplicação em contratos assimétricos.

4. CONCLUSÃO E PROPOSTAS DE APRIMORAMENTO

4.1. Diagnóstico do comportamento na realidade brasileira;

4.2. Análise do judiciário pátrio;

4.2.1. Judiciário comum;

4.2.2. Judiciário especializado.

4.3. Propostas de tratamento para as partes sofisticadas.

5. BIBLIOGRAFIA

10. CRONOGRAMA

Pretende-se seguir o seguinte cronograma, explicitado em linhas gerais e por capítulo;

- 15/08/2016: início da leitura da bibliografia preliminar/entrevistas (planejamento de horas/trabalho ~ 75h00);
- 15/12/2016: término da leitura da bibliografia preliminar;
- 15/12/2016: discussão com orientador acerca de eventual bibliografia complementar – início da redação da dissertação (~ 05h00);
- 05/07/2017: redação final do trabalho, consoante quadro abaixo (~ 145h00);
- 05/08/2017: finalização, formatação e eventual encadernação (~ 35h00)

Análise material (teórica/entrevista) e redação por capítulo;

Ano		2016						2017										
Mês		J	A	S	O	N	D	J	F	M	A	M	J	J	A	O	N	D
Etapas																		
CAP 1	A	X	X	X	X	X	X											
	R							X	X	X	X							
CAP 2	A					X	X	X	X	X								
	R									X	X	X	X					
CAP 3	A								X	X	X	X	X					
	R											X	X	X				
CON- CLUSÃO	A										X	X						
	R												X	X	X			

Quadro 3 - Cronograma. A: Análise e estudo; R: Redação