

Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte

VÉRA JACOB DE FRADERA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As reações ao comportamento culposo na fase pré-contratual: as soluções francesa e alemã. 2.1. A solução francesa: colocação de limites à liberdade contratual: a figura do abuso de direito. 2.2. A proteção da confiança, reflexo da necessidade de segurança no tráfico jurídico. 2.2.1. Uma descoberta de von Ihering: a noção de culpa in contrahendo. 2.3. Uma esperança frustrada: fundamento da responsabilidade pré-contratual no sistema da Common Law. 2.4. A formação do contrato e a teoria dos jogos, uma técnica das ciências exatas. 3. Conclusão.

1. Introdução

A escolha do tema prende-se ao fato de as relações pré-contratuais não estarem, de modo geral, reguladas na maioria dos sistemas jurídicos; por outro lado, a crescente utilização dos *contratos internacionais*, devido a motivos vários, entre os quais avulta a *globalização da economia*. Nesses contratos a fase das negociações contratuais assume grande destaque¹ e vem suscitando uma série de indagações com

¹ Noção das mais controvertidas, pois pode ser estabelecida a partir de vários critérios, como o econômico ou o jurídico. Para fins didáticos, podemos considerar que o contrato é internacional quando seus elementos constitutivos não estão, todos, vinculados a um mesmo Estado, ou seja, ele apresenta um *elemento de extraneidade*. O chamado *critério econômico* para classificar um contrato como internacional leva em consideração o fato de a operação pôr em causa os interesses do comércio internacional; o Professor Delebèque observa que esse critério é o mais utilizado para apreciação do caráter internacional de um pagamento. Cf. DUTILLEUL, DELEBÉQUE. *Contrats civils et commerciaux*. 2^{ème}. ed. Dalloz, p. 20, nota 2.

Véra Jacob de Fradera é Mestre em Direito e Professora na UFRGS – Brasil.

Palestra proferida no Congresso de Danos. Buenos Aires, 24 a 26 de abril de 1997.

respeito à responsabilidade pelo rompimento das tratativas neste plano internacional. O mesmo ocorre no âmbito das negociações que antecedem o contrato no plano nacional, constituindo fato notório a influência que exercem os mecanismos praticados na esfera internacional sobre aspectos do Direito interno, mormente na área dos contratos. Isso se deve, sem dúvida, à maior agilidade com que se movem os operadores do Direito na esfera internacional, flexibilizando e atualizando formas de contratação que se mostram mais adequadas às necessidades do tráfico jurídico. Ainda que todas essas afirmativas sejam incontestáveis, a verdade é que não existe unanimidade a respeito das conseqüências jurídicas o que acarreta o rompimento injustificado das tratativas do contrato, sendo parcas as manifestações por parte da Doutrina e da jurisprudência. Assim sendo, uma reflexão sobre a matéria, feita à luz do Direito Comparado, pode resultar em esclarecimentos úteis ao jurista e ao magistrado.

Para bem introduzir o assunto que ocupará nossa atenção durante os próximos 20 minutos, devemos, antes de tudo, inserir o contrato, assim como as suas preliminares, nos sistemas² jurídicos em cujos limites será esta temática analisada, porquanto o conceito de contrato depende estreitamente do ordenamento em que se insere.

Em primeiro lugar, pois, serão examinadas, *à vol d'oiseau*, as características do sistema continental europeu, denominado *romano-germânico*, devido ao fato de ter sido desenvolvido e praticado nas Universidades européias de origem latina e também nas de raiz germânica, a partir do século XII. Este sistema tem, entre outras, as características da Codificação: a separação entre Direito material e processual e a divisão do Direito privado em civil e comercial.

Em segundo lugar, examinar-se-á o *sistema de direito privado latino-americano*, profundamente marcado por influências européias. A *primeira* delas é representada pelas *Ordenações do Reino* vigentes no período colonial, tanto nas colônias espanholas, como no Brasil, colônia lusitana, e no caso brasileiro, ainda muito tempo depois da Independência, pois o

² Na linguagem jurídica corrente, o uso do termo *sistema* para indicar o ordenamento jurídico é comum. V. a respeito, BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília : Ed. UnB; São Paulo : Polis, 1989.

Código Civil, devido a motivos vários, tardou a ser publicado. A *segunda* influência na América latina foi a *francesa*, cujos modelos, os Códigos civil de 1804 e comercial de 1808, foram adaptados ou servilmente imitados, em grande parte, pelos legisladores nacionais.

Um terceiro modelo a ser referido é o pandectista da Escola de Savigny, calcado no Digesto ou Pandectas³, e que mais tarde teria grande influência na comissão elaboradora do BGB de 1900, ainda que Savigny fosse contrário à Codificação, por considerá-la prejudicial ao Direito, concebido como elemento integrante da noção de cultura...

De tudo isso, resultaram, na América Latina, legislações de cunho mais ou menos independente, mas todas, inegavelmente, integrantes da família romano-germânica, porquanto já as antigas metrópoles dela participavam, da mesma forma que os modelos francês e pandectista, adaptados pelas repúblicas sul-americanas.

É interessante observar que, entre as legislações em vigor na América Latina, o sistema jurídico do Brasil apresenta alguns traços que o distinguem dos demais, no sentido de ser nítida a presença da influência das Pandectas, sobretudo no âmbito do Direito contratual. Em vista dessa particular perspectiva, tanto o contrato como as fases pré e pós-contratuais merecem um tratamento distinto do que é dado às mesmas questões, nos sistemas em que prepondera inspiração fundada no *Code Napoléon*.

Outro aspecto a ser salientado, no Direito brasileiro, é o de que a relação jurídica obrigacional é concebida como um *processo*⁴,

³ É importante salientar que na Escola Pandectista, *Pandektistik*, precisamos distinguir diferentes períodos: a Escola Histórica, durante a 2ª metade do século XIX, a Jurisprudência dos Conceitos, *Begriffsjurisprudenz*, cujos inícios são registrados a partir de 1850, e as últimas décadas nas quais várias tendências se fizeram sentir. Um dos mais renomados autores pandectistas, Bernard Windsheid, definia esta doutrina da seguinte maneira: *compreende-se sob o nome de Pandectas a totalidade do direito privado alemão de origem romana*. Ver a respeito, IONESCU, Octavien. *Le problème de la Partie Introductive du Code Civil*. RIDC, n. 3, p. 579 e segs. e COING, Helmuth. *German Pandektistik in its relationship to the former ius commune*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 37, p. 09, winter 1989.

⁴ O divulgador dessa concepção da relação jurídica obrigacional no Brasil foi o renomado jurista

destinado ao adimplemento, devendo, para tanto, transpor as partes etapas sucessivas, integradas por inúmeros deveres da mais variada natureza, comportando-se, uma em relação a outra como *colaboradores* e não como indivíduos situados em posições antagônicas, sem comunicação entre si, como ocorre nos sistemas em que predomina a influência do Direito Canônico⁵, afirmação que vale, sobretudo, para os ordenamentos francês, italiano e espanhol. A cooperação entre as partes, devido à presença do pandectismo, é regida por princípios, destacando-se os da confiança e o da boa-fé.

Constitui fato singular que estes princípios de grande alcance e larga aplicação nas regiões que hoje formam a Alemanha, desde épocas remotas, v.g., nos Tribunais das Ligas Hanseáticas e também nas Repúblicas do Adriático⁶, tiveram grande impulso no período posterior à

Codificação alemã, intensamente marcada pelos princípios da Ética Protestante, sejam aplicados e interpretados no Brasil, à maneira dos tribunais alemães, tal como o fazem juízes e doutores inseridos nos ditames da moral protestante⁷.

Por fim, o sistema do *Common Law*, dotado de características que lhe conferem um *status especial* em meio a todos os seus congêneres, é um produto da História com pouca ou quase nenhuma interferência de legislador nacional, considerado como *aberto*, não baseado na lei⁸.

Sua concepção de contrato é bastante peculiar, pois fundada em aspectos econômicos: além da troca de consentimentos, é acrescido da *consideration*⁹, a contrapartida, sem a qual o contrato não se pode formar. Por não existir uma *consideration* no período que antecede a

Clóvis do Couto e Silva, em seus numerosos estudos, entre os quais merece destaque a obra *A obrigação como processo*. São Paulo : Bushatsky, 1976. Segundo o autor, *a concepção da obrigação como processo é, em verdade, somente adequada àqueles sistemas nos quais o nexa finalístico tem posição relevante*. E segue: *a obrigação vista como processo compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor*. p. 10 e 11.

⁵ A presença de elementos do Direito Canônico nos sistemas jurídicos da Família Romano-germânica remonta aos tempos da formação do *jus commune*, em Bolonha, ponto de encontro do *Corpus Juris Civilis* e do *Corpus juris canonici*. Diz-se que a mútua influência determinou uma *crislianização* do Direito Romano e uma *tecnização* do Direito Canônico. Exemplos do canonismo em muitos dos ordenamentos jurídicos ocidentais não faltam: a regulamentação do casamento, o respeito pela pessoa (pois, pelo batismo, todos tornamo-nos filhos de Deus), a boa-fé, que transforma a posse, o respeito às últimas vontades modifica aspectos dos testamentos, a noção moderna de personalidade jurídica, o valor do consentimento no contrato... Segundo René David, o direito canônico constitui, sem dúvida, tanto ou talvez mais que o direito romano, *a mais gigantesca tentativa de unificação do direito jamais empreendida, nos mais diversos setores*.

V. o excelente trabalho de CAPARROS, Ernest. *Les racines institutionnelles des droits occidentaux dans le Droit Ecclesiastique*. in K.D. Kerameus (éd.) *Rapports généraux présentés au XIV e Congrès International de droit comparé*, Athènes, juillet /août 1994, 1995, p. 7 e s.

⁶ A este respeito, consulte-se a interessante monografia de MEYER, Rudolf. *Bona Fides und Lex Mercatoria in der europäischen Rechtstradition*. Wallstein Verlag Göttingen, 1994.

⁷ A presença de elementos da moral nos dois Códigos que maior influência exerceram no mundo ocidental e, em parte, também no Oriente, é negável, a ponto de Carbonnier, Jean, referir-se a um *jansenismo jurídico*, em relação ao *Code Napoléon*; quanto ao BGB de 1900, a moral protestante e os ensinamentos de Kant explicam muitas das soluções escolhidas pelo Legislador e até mesmo certos comportamentos da jurisprudência, por exemplo, a dificuldade em sancionar civilmente os danos puramente morais ou fundar a responsabilidade civil no risco. Para melhor compreender o espírito dos protestantes, ver, de Max Weber, *L'éthique protestant et l'esprit du capitalisme*. PLON, 1964.

⁸ O Direito inglês é, por sua origem, um direito jurisprudencial, elaborado pelas Cortes de Westminster (*Common Law*) e pela Corte da Chancelaria (*equity*). A lei, denominada *statute*, desempenhou um papel secundário na história do Direito inglês, limitando-se a contribuir com corretivos ou complementações à obra da jurisprudência. Nos dias atuais, a lei e os regulamentos (*delegated legislation*) não mais são considerados de nível secundário ou supletivo. Existem outras fontes muito importantes, mesmo que não tenham o mesmo valor da jurisprudência e da lei: o costume, a doutrina e a razão. Outro elemento importante é a regra do *precedente*. Ver, por todos, DAVID, SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*. Dalloz, 1992.

⁹ A noção clássica de *consideration* é a de contrapartida de um negócio: eu vendo meu carro, o comprador deve transferir-me uma soma em dinheiro. Sua origem remonta ao século XVI, quando o recurso denominado *assumpsit* transformou-se em recurso geral em matéria contratual, o direito inglês decidiu que ele não seria admitido para toda e qualquer forma de violação da promessa, excluindo, sobretudo, as promessas a título gratuito. Somente

relação contratual, não admitem os juristas ingleses, na fase dos *pourparlers*, um esboço de contrato e, em conseqüência, responsabilidade civil em caso de ruptura abusiva da negociação; outro elemento valioso para identificar os contornos tão peculiares do sistema contratual da *Common Law* é o liberalismo econômico, expresso na máxima latina *caveat emptor*, que representou, até pouco tempo, um obstáculo à adaptação do direito inglês a muitas das diretivas da União Européia, mormente as referentes à proteção dos consumidores.

Uma corrente doutrinária, contrária à *consideration*, liderada pelo Professor Atiah, inspirado por um artigo americano, de autoria de F. Kessler e E. Fine¹⁰, afirma que entre as partes existe uma *reliance*, uma confiança, de sorte que toda a responsabilidade seria fundada em uma esperança frustrada, daí o direito à reparação.

Mais recentemente, o desenvolvimento da *análise econômica* do Direito conduziu os juristas norte-americanos a fundamentar a responsabilidade pré-contratual com a utiliza-

o autor que tivesse prestado uma *consideration*, isto é, o autor em estado de provar que ele tinha fornecido (ou iria fornecer) ao réu uma prestação, ou que, de acordo com um pedido expresso ou implícito do vendedor, tivesse confiado em uma promessa dele e houvesse experimentado um prejuízo, poderia obter satisfação com *fundamento em um contrato*.

A interpretação clássica do sentido da *consideration* é, há algum tempo, contestada nos Estados Unidos e na própria Inglaterra, por Atiah, mas isso não quer significar que a concepção tradicional seja falha, ou que tenha perdido validade. A discussão suscitada pelo aparecimento dessa corrente *contrária à consideration* teve um resultado positivo, porquanto esclareceu diversos aspectos do direito dos contratos e suas relações com os demais ramos dos contratos. Ver, por todos, MARKESINIS, Basil S. *La notion de consideration dans la common law: vieux problèmes : nouvelles théories*. *RIDC*, n. 4, p. 735 e segs., 1983.

¹⁰ No artigo intitulado *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, publicado na, *Harvard Law Review*, n. 77, p. 401-408, 1964, dada a analogia das estruturas comerciais e industriais nas sociedades ocidentais, não existe uma impossibilidade absoluta de recepção da doutrina da *culpa in contrahendo*, de origem romano-germânica, no âmbito do direito anglo-americano. Os autores antes referidos utilizaram como técnica de pesquisa comparatista, a *praesumptio similitudinis*. V. ZWEIGERT, K., KOTZ, H. *An introduction to Comparative Law*. Oxford, 1987. v. 1, p. 36.

ção da teoria dos jogos, a *games theory*, cujo embasamento se encontra, entre outros elementos, na aplicação de noções matemáticas às relações sociais¹¹.

O tema que nos cabe analisar, dano pré-contratual, presta-se, admiravelmente, a uma análise de cunho comparatista, porquanto seu tratamento depende da noção de contrato em cada sistema jurídico¹².

Nesse sentido, o contrato, fundado no consensualismo e no princípio da autonomia de vontade, é concebido à maneira canônica no sistema do *Code Napoléon* e nos ordenamentos que dele se inspiraram, considerando as partes *antagônicas* entre si, enquanto o BGB o define como uma *relação cooperativa*, iluminada por princípios como a autonomia privada e a confiança legítima, dos quais derivam uma série de outros princípios norteadores do tráfico jurídico, como o da confiança e o da boa-fé objetiva.

O sistema da *Common Law*, como vimos, erigiu a *consideration* como elemento essencial à existência do contrato, daí, onde não houver contraprestação, não haverá contrato, logo, não haverá responsabilidade civil.

A esta altura de nossa comunicação, já cabe uma pergunta:

Quais as formas de relacionamento pré-contratual admitidas no tráfico jurídico em geral?

Ora, a resposta é difícil, pois este período que antecede o contrato é constituído por um conjunto de *atos*, em que não existem regras

¹¹ A *games theory* é de origem germânica, e seu sistematizador foi um matemático alemão, von Neumann, in *Zur Theorie der Gesellschaftsspiele*, in *Math. Annales*, 1928. A teoria dos jogos refere-se ao jogo da estratégia que utilizam as partes quando entabulam negociações cujo objetivo é chegar ao contrato. Sobre o assunto há inúmeras obras e artigos doutrinários. Ver, sobretudo, KATZ, Avery. *The strategic structure of offer and acceptance: game theory and the law of contract formation*. *Michigan Law Review*, v. 89, nov. 1990, p. 215 e segs.; COSTANTINO, Michele. *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale*. *Riv. dir. civ.*, 1, p. 68 e segs., 1972.

¹² Além disso, a utilização do método comparativo permite, muitas vezes, ao intérprete e ao aplicador, encontrar solução para uma situação não regulada no sistema onde está atuando. É o que vem ocorrendo com o tema das tratativas pré-contratuais. V. por todos, ZWEIGERT, Konrad. *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*. *Rabel's Z.*, 1949/50, p. 5 e segs.

pré-estabelecidas, e no qual as negociações são submetidas à *liberdade*, que deriva do princípio da autonomia da vontade, fundamento do direito dos contratos. Mas o que é sempre verdadeiro é que se trata de área circunscrita ao chamado *não direito*, o *non-droit* dos franceses, expressão tão ao gosto do jurista sociólogo M. Jean Carbonnier.

Para outros juristas, como Couto e Silva, a fase pré-contratual estaria adstrita ao terreno do *contacto social*, no qual a proximidade entre as partes *não é tão próxima* como num contrato já constituído, mas onde, não obstante, já é exigido um comportamento pautado pela lealdade, pela confiança, logo, cooperativo.

É fase que corresponde ao âmbito do *projeto*, das diversas formas de construção do futuro contrato, elaborado pouco a pouco, em camadas sucessivas, *par couches successives*, e que pode assumir denominações variadas, por exemplo, acordo de princípio, *pourparlers*, *punctuação*, *intent letter*, *memorandum of intent*, *engagement d'honneur* ou *gentlemen agreement*, etc. com pouca ou nenhuma diferença entre si.

O que *existe de comum* em todas essas hipóteses é o fato de as partes utilizarem a formação sucessiva do contrato, sem preocupação com a *construção de uma vontade de contratar*.

Outra observação a ser feita é a de que, nos dias atuais, a fase preliminar ao contrato é devesas importante, sobretudo se o contrato não chega a tomar forma, tendo, contudo, existido uma negociação, um acordo de princípio, que supõe uma possibilidade de reviravolta quando a execução do acordo estiver melhor definida ou avaliada, mesmo não havendo previsão de condições. Assim, o terreno é sempre *movediço*, o acordo de princípio, seja qual for a denominação, pode significar uma *futura aceitação*, uma *aceitação sob certas reservas* ou ainda a *reserva de uma possibilidade de recusar* ou aceitar o futuro contrato. Como se percebe, este é um terreno caracterizado pela *total ambigüidade*, o que não se coaduna com o direito privado em geral¹³.

¹³ Situação diversa ocorre quando constatamos a existência de um *engagement d'honneur*. Nesse caso, as partes estipulam, de antemão, que o acordo de vontades não é obrigatório. A relação que se estabelece está situada no âmbito da moral, fora da área de abrangência do Direito estatal e até mesmo das soluções arbitrais. A respeito do assunto, consulte-se o excelente trabalho de NAJJAR, Ibrahim. *L'accord de principe*. Dalloz, 1991. Ch. 13, p. 57 e segs.

Num estudo como este, ainda que de reduzidas dimensões, não se pode deixar de referir a importância da fase pré-contratual na área dos *Contratos Internacionais*, que têm como uma das suas características, justamente, o aspecto contraditório, se comparado com o contrato analisado no plano interno; até o último momento a prática que predomina, entre os negociadores internacionais, é a de *não ocorrer uma vinculação*. E como as tratativas no âmbito do comércio internacional são, geralmente, mais extensas e duradouras, por envolverem representativas somas de dinheiro, os danos que a falta de consideração à outra parte acarretem, podem ser de alguma monta.

Postas estas premissas, necessárias para introduzir o tema principal de nossa comunicação, devemos nos deter na questão das possíveis sanções para a utilização abusiva da faculdade de não contratar, a *freedom not to contract*, regra liberalista da *Common Law*.

Para uma melhor perspectiva do problema a ser aqui discutido, utilizaremos o método comparativo, tomando como exemplo, no Direito Continental europeu, os sistemas francês e alemão, que mais interessam a nós, latino-americanos, dada a recepção deles em nosso continente; no que tange ao direito não continental, ou seja, a *Common Law*, os sistemas inglês e americano do norte.

De acordo, pois, com o que viemos esclarecer, dividiremos nossa comunicação em duas partes: num primeiro momento, trataremos das soluções oferecidas pelos dois grandes sistemas continentais europeus para sancionar o *rompimento culposo das negociações preliminares* e em seguida, nos deteremos no sistema da *Common Law*, a título ilustrativo; num segundo momento, analisaremos a questão a partir de um ponto de vista latino-americano.

2. As reações ao comportamento culposo na fase pré-contratual: as soluções francesa e alemã

Como já foi antes referido, as reações às violações na fase que antecede o nascimento do contrato dependem da *noção de contrato* vigente no sistema em foco e, sobretudo, das influências doutrinárias, éticas e históricas que marcaram o seu conceito. Nesse sentido, sabemos todos quão distintas são as concepções de contrato no âmbito do *Code Napoléon* e no do BGB, elaborados, o primeiro sob inspiração *individualista e liberal*, e, no plano moral, à

luz do jansenismo, enquanto o segundo, uma construção artificial, eis que fundada nas Pandectas, dominado por uma série de *princípios*, dos quais o mais importante é o da *confiança*, base de toda a estrutura elaborada pelos alemães, povo de *vendedores* que, para tornar seu comércio atrativo, dotaram o Direito privado de inúmeros mecanismos de *segurança jurídica*; no que diz respeito à moral, predominam os princípios originários da ética protestante.

Pois bem, para analisarmos as soluções que visam o reconhecimento da responsabilidade pré-contratual, levaremos em conta estas duas distintas concepções de contrato.

2.1. A solução francesa: colocação de limites à liberdade contratual: a figura do abuso de direito

Nenhum legislador ocidental teve tão grande preocupação com a liberdade contratual como o francês, autor do *Code Napoléon*, pois essa é uma conseqüência lógica do individualismo e do liberalismo em grau máximo, adotado pela França, no período pós-revolucionário. O indivíduo é livre, tanto para vincular-se, como para *não se vincular*. Nesse ponto situa-se a análise que estamos a efetuar. Não há contrato, mas existiu o fato de terem as partes contactado, discutido, tentado negociar, sem, contudo, chegar a um denominador comum, e se disso tudo resultou um prejuízo, e uma culpa foi detectada, assim como uma relação de causalidade entre uma e outra, estaremos diante de uma hipótese de responsabilidade extracontratual ou delitual. A averiguação da simples culpa, ainda que sem intenção de prejudicar, caracteriza a figura do *abuso de direito*, cujo *critério* é a noção de culpa, pois não basta, para impor-se obrigação de indenizar pelo exercício de um direito, que tenha havido prejuízo a outrem, assim, *o exercício de um direito acarreta responsabilidade; ele é abusivo quando culposo*.

Um outro embasamento para fundar a responsabilidade pré-contratual resultou da atividade jurisprudencial em França. Com efeito, em várias oportunidades, os juízes referiram a perda de uma chance¹⁴, noção

¹⁴ São inúmeras as oportunidades em que alguém pode alegar *perda de uma chance*. Esta é uma criação jurisprudencial francesa e tem tido um grande desenvolvimento no campo da responsabilidade civil, a ponto de um autor ter afirmado que hoje há

tradicional no terreno da responsabilidade civil, como base para uma responsabilização por dano pré-contratual.

Exemplo: rompimento brutal e unilateral dos *pourparlers* já bastante avançados¹⁵ engendra responsabilidade.

As mesmas jurisdições, contudo, afastam a responsabilidade pela ruptura das tratativas quando ela é motivada por divergências econômicas surgidas entre as partes, como a interrupção das negociações tendo em vista a conclusão de outro contrato em condições mais vantajosas.

Por outro lado, a existência de uma *obrigação geral de boa-fé* (art. 1.135 do *Code Napoléon*: “Les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”) exigível na fase da formação dos contratos, deve reger o comportamento das partes durante as negociações preliminares: uma negociação pode ser encerrada sem que haja contrato, pois essa faculdade decorre do princípio da autonomia de vontade; o que não se admite é rompê-la após ter suscitado na outra parte a confiança de que um contrato será concluído. Tal atitude acarreta a responsabilidade.

Tendo em vista nosso propósito inicial, de realizarmos este breve estudo em perspectiva comparatista, passemos a analisar outro ordenamento jurídico, o alemão, também da família romano-germânica, mas dotado de certos traços que lhe são deveras peculiares. No ordenamento regulado pelo BGB, a responsabilidade pré-contratual é mais facilmente admitida, porque mecanismos jurídicos subjacentes permitem admitir a responsabilização por violação de deveres, ainda na fase pré-contratual.

um *abuso* da teoria da perda de uma chance. De uma forma muito singela, pode-se dizer que a perda de uma chance ocorre *quando uma situação, por definição vantajosa para a futura vítima, comportava uma álea e se, por causa do réu, esta álea desapareceu, levando consigo as chances que possuía o autor de conservar uma situação benéfica ou de vê-la concretizar-se*. Ver, a respeito, entre outros, CHABAS, François. *Leçons de droit civil : obligations*. Montchrestien, 1991, v. 1, t. 2, p. 412 e segs.

¹⁵ Cf. decisão da Corte de Cassação francesa, datada de 20 de março de 1972:... *rompu sans raisons légitimes, brutalement et unilatéralement les pourparlers avancés*. Cit. por SCHMIDT, Joanna. *La sanction de la faute précontractuelle*. *RTDCiv.*, v. 72, p. 46 e segs., 1974.

2.2. A proteção da confiança, reflexo da necessidade de segurança no tráfico jurídico

É por todos sabido que o sistema de Direito Privado alemão é constituído por alguns *pilares*, sobre os quais se ergue a monumental construção que é o BGB. O primeiro *pilar*, pois, é constituído pelo *princípio da autonomia privada (privat autonomie)*, expressão da autodeterminação de que é dotado todo o indivíduo capaz de agir no ordenamento jurídico e que pode estabelecer, pela vontade, efeitos jurídicos reconhecidos pela lei.

O segundo *pilar* está representado pelo *princípio da confiança (Vertrauensgrundsatz)*, reflexo da moral social que, no dizer dos juristas alemães, *irriga* o seu Código Civil¹⁶. Esse princípio da confiança, fonte de vários deveres, dos quais o mais importante é o de agirem as partes, na relação contratual, com lealdade, pode ser desdobrado em dois aspectos distintos:

Em primeiro lugar, esse princípio, como antes referido, reflete a *moral social*, e, assim como a autonomia de vontade, tem aplicação quando os indivíduos participam, voluntariamente, no tráfico jurídico; em segundo lugar, o mesmo princípio da confiança pode ter como fundamento a necessidade de *segurança do tráfico jurídico*, tão cara ao legislador alemão, imbuído da preocupação de dotar o sistema de direito privado germânico de elementos atrativos ao comércio, destacando-se dentre estes, como lógico, a segurança. Nesse sentido, utilizam alguns autores a expressão *Vertrauens – und – Verkehrsschutz* (confiança e proteção do tráfico)¹⁷. Nessa perspectiva, o princípio da confiança vem sendo invocado com o objetivo de *neutralizar* certas cláusulas contratuais, bem como o exercício de direitos subjetivos de forma abusiva. Destarte, o princípio da confiança se vincula à idéia de responsabilidade pessoal, a *Selbstverantwortung*.

¹⁶ São relacionados ao *Vertrauensgrundsatz*, algumas das mais importantes regras do Direito privado alemão, v.g., o *princípio da boa-fé objetiva*, previsto no parágrafo 242, a obrigação de interpretar-se as declarações de vontade de acordo com o *horizonte do destinatário*, a obrigação de ser reparado o *interesse negativo*, quando se constata uma declaração de vontade fundada em erro (sit. prevista no parágrafo 122 do BGB)... e muitas outras. V. a respeito, LARENZ, K. *Allgemeiner Teil*, paragraph 2 IV; WITZ, Claude. *Droit Privé Allemand*. LITEC, 1992, p. 109 e segs., PÉDAMON, Michel. *Le Droit allemand*. PUF, 1985.

¹⁷ V. WITZ, op. cit., p. 110, e nota 17.

Ainda com relação aos princípios derivados do *Vertrauensgrund*, jurisprudência e doutrina alemãs têm *alargado o âmbito de aplicação do princípio da boa-fé*¹⁸ em sentido objetivo, de modo que esse tenha aplicação em todo o direito, não apenas no direito das obrigações. De acordo com essa interpretação extensiva, os direitos subjetivos em geral devem ser exercidos dentro dos limites do princípio da boa-fé, o que torna o parágrafo 242 um excelente instrumento também na luta contra o abuso de direito.

Inúmeras são, no Direito privado alemão, as manifestações da *tutela da confiança* no Direito dos contratos. Dadas as características deste trabalho, nos deteremos em apenas duas dessas manifestações: a *culpa in contrahendo* e a proibição de *venire contra factum proprium* que podem servir de fundamento para a responsabilização daquele que violou a confiança da contraparte ainda na fase pré-contratual.

2.2.1. UMA DESCOBERTA DE VON IHERING:

A NOÇÃO DE CULPA IN CONTRAHENDO

Deve-se a von Ihering, no ano de 1861, a formulação da teoria da *culpa in contrahendo*, inspirado no espírito que norteou o *Corpus Juris* de Justiniano, cuja análise permitiu-lhe encontrar o fio condutor que reúne hipóteses como a do contrato inválido ou aquele cujo objeto é impossível, o erro unilateral, a *revogação da proposta antes da aceitação*, e, ainda, a incapacidade superveniente do proponente. O aparente âmbito restrito em que a teoria foi concebida por von Ihering não obistou que fosse qualificada como uma *notável descoberta*, pois abriu caminho para a solução de problemas outros, antes nunca analisados¹⁹. Destarte, a *culpa in contrahendo* passou a ser admitida como uma figura geral e em termos

¹⁸ De acordo com o parágrafo 242 do BGB, *o devedor deve executar a prestação como o exige a boa-fé, levando em consideração os usos de tráfico*, e, no original, *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erfordern*.

¹⁹ O jurista brasileiro Couto e Silva considerava a *culpa in contrahendo* uma *notável descoberta* no campo da dogmática jurídica, pois graças à pesquisa de von Ihering, novos e modernos conceitos foram trazidos ao Direito das obrigações, como por exemplo, o de *Quebra Positiva do contrato*, resultado da pesquisa de Staub, inspirado de conceitos semelhantes, originários da tradição jurídica da *Common Law*.

amplos, no sistema do BGB, graças aos esforços da doutrina e jurisprudência germânicas.

A descoberta de von Ihering sobreviveu à Codificação de 1900, e a Doutrina interpretou a *culpa in contrahendo* à luz do BGB, fornecendo, logo após à publicação do Código Civil, elementos para a imposição de uma obrigação geral de correção nas tratativas²⁰.

Como se percebe, é possível aplicarem-se deveres decorrentes do princípio da confiança que preside o direito dos contratos, a uma situação não contratual, como, por exemplo, em relação à fase das tratativas, *pourparlers* ou *punctuações...etc.*, e a responsabilidade decorrente é extracontratual, mesmo que se admita que a *culpa in contrahendo* derive de uma espécie peculiar de contacto social, o que precede a fase contratual. Ainda assim, certos autores afirmam ser esta responsabilidade contratual, mesmo não existindo, todavia, contrato, pois ela acarreta conseqüências distintas das que defluem da responsabilidade delitual. Somente para exemplificar, citaremos Wolfgang Fikentscher²¹, para quem existe um *direito costumeiro* determinando a aplicação da responsabilidade contratual às hipóteses da *culpa in contrahendo*. Segundo Couto e Silva, esta é uma construção artificial, reafirmando a natureza da responsabilidade pré-contratual como delitual²².

A doutrina alemã vem, há longo tempo, *detectando* casos que configuram exercício de direito em desacordo com a boa-fé (*treuwidrige Rechtsausübung*), mas reconhece que é impossível resumir, de maneira sintética, todas as hipóteses. Assim sendo, o exame da jurisprudência permitiu agrupá-los em categorias, os denominados *Fallgruppen*, e, entre eles, vamos destacar apenas um, o do *venire contra factum proprium*, igualmente suscetível de desdobramentos vários. Trata-se de *um agir do titular de um direito, que se põe em contradição com a conduta anteriormente adotada e na*

²⁰ O autor em questão era Franz Leonhard, cujo artigo intitulava-se *Verschulden beim Vertragschlusse*, 1910; a decisão da Reichsgericht, inspirada de Leonhard, data de 7 de dezembro de 1911, 78 ERGZ 239. Cit. por CARUSO, Daniela. *La culpa in contrahendo* : l'esperienza statunitense e quella italiana. Giuffrè, 1993. p. 8 e segs.

²¹ *Shuldrecht*. Berlin, 1985. parágrafo 20, II, 4, p. 66.

²² V. *Principes fondamentaux de la responsabilité civile en Droit Comparé brésilien et comparé*. Paris, 1988. Inéd.

*qual a contraparte havia confiado*²³. De acordo com esse entendimento, o fato de alguém portar-se dando a impressão de que agiria no sentido de contratar e bruscamente, sem motivo real, pusesse um ponto final nas negociações, estaria configurada uma situação de *venire contra factum proprium*, violação do princípio da boa-fé em sentido objetivo.

Prosseguindo nesta nossa análise comparatista, deslocaremos nosso foco de atenção para o sistema da *Common Law*.

2.3. Uma esperança frustrada: fundamento da responsabilidade pré-contratual no sistema da *Common Law*

Os tribunais norte-americanos e ingleses admitem, tradicionalmente, que as partes entrem em negociação (*freedom of negotiation*), sem o risco da responsabilidade pré-contratual, pois, de acordo com as regras da oferta e da procura, não existe responsabilidade enquanto o contrato está em formação, ou seja, antes que a oferta receba uma aceitação.

Vigorou, até poucos anos, entre os norte-americanos concepção segundo a qual o período pré-contratual é de natureza aleatória, podendo ser interrompido a toda hora, por vários motivos: mudança de opinião, alteração das circunstâncias, percepção de que não é um bom negócio, ou mesmo *sem nenhuma razão*. O único custo desse comportamento seria a perda que a parte teria em seu próprio investimento nas negociações em termos de *tempo, esforço e dinheiro*²⁴.

A natureza *aleatória* da fase pré-negocial seria um limite para a liberdade de negociar, desencorajando as partes a fazê-lo. Mas a maioria das decisões, a partir do período após a Segunda Guerra Mundial, admite a existência de uma promessa implícita de negociar de boa-fé, não exatamente uma promessa de contratar²⁵.

²³ O comportamento vedado na regra do *venire*, é de origem romana, e semelhante vedação pode ser encontrada em quase todos os sistemas jurídicos, até mesmo nos da *Common Law*, que o recebeu com a denominação de *estoppel*. A respeito, consultar, entre muitos outros, WITZ, Claude, op. cit., p. 525, WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fé*. Cuadernos Civitas, 1982. p. 60 e segs.

²⁴ Sob este aspecto, é importante a leitura de HOLMES, Wendell H. *The freedom not to contract*. *Tulane Law Review*, v. 60, p. 751 e segs. 1986.

²⁵ V. caso *Hoffmann v. Red Owl Stores*, 26 Wis. 2 d 683, 133, W. 2 d 267(1965), em que nenhuma oferta concreta fora feita por *Red Owl*, de modo que

Outras bases têm sido aventadas e utilizadas como fundamento para demandas por responsabilidade pré-contratual: a *misrepresentation*, o *unjust enrichment* e a *general obligation of fair dealing*. Essa última base para ação em responsabilidade pré-contratual não tem sido bem aceita, porquanto as Cortes americanas invocam o *Uniform Commercial Code* (§ 1-203 *obligation in good faith in...performance or enforcement*) e o *Restatement (Second) of Contracts* (§ 205 *duty of good faith and fair dealing in...performance and enforcement*), nos quais a obrigação geral de negociar com correção, *fair dealing*, e *good faith* não é estendida à fase pré-contratual.

Outras observações podem ser feitas sobre essa temática, como por exemplo, as formas encontradas pela doutrina e pela prática para superarem-se tais problemas, os denominados *regimes intermediários*, pelos quais são estabelecidos acordos preliminares, entre os quais, *agreements in principle*, *agreements to negotiate*, *heads of agreements*, *agreements of open terms*, *agreement to negotiate*...

Além dessas, outra possibilidade existe no Direito norte-americano de regular, juridicamente o período que antecede o contrato, a Teoria dos jogos, a seguir examinada, ainda que de passagem.

2.4. A formação do contrato e a teoria dos jogos, uma técnica das ciências exatas

A teoria dos jogos constitui uma contribuição do mundo das ciências exatas, ao mundo do Direito, sendo seu criador o matemático von Neumann²⁶. O extraordinário desenvolvimento da teoria dos jogos deve-se, sem dúvida, à variedade dos setores nos quais pode ser aplicada, por exemplo, à economia, aos tributos, à sociologia e à análise estatística.

De acordo com o pensamento de Neumann, as relações sociais nada mais são do que

foi impossível avaliar a *expectativa* perdida de Hoffmann, e o que ele recobrou foi medido em razão de sua *reliance*, houve um direito a mensurar uma oportunidade perdida, porque o autor agiu em função da confiança advinda da promessa. A decisão baseou-se, pois, na consideração a uma promessa que não se concretizou, mas que havia gerado uma confiança. Esta é uma decisão bastante interessante, mas que tem sido lembrada inúmeras vezes nos manuais sobre contratos, mas pouco na Jurisprudência.

²⁶ Autor da *Zur Theorie des Gesellschaftsspiele*, in *Math. Annales*, 1928.

espécies de *jogos*, de sorte que a maioria dos problemas resultantes do contacto social pode ter solução pela aplicação de fórmulas matemáticas, porquanto as regras do relacionamento social são semelhantes a regras de jogos. É evidente que a teoria refere-se ao jogo como uma *estratégia*, e não como atividade regida pelo acaso, ou pelo azar. No jogo entendido como estratégia, o resultado depende das decisões que os jogadores deverão tomar durante o seu desenrolar, isto é, durante a fase preparatória do contrato. A teoria procura explicar de que maneira é possível estabelecer a melhor estratégia para cada um dos jogadores: o ofertante e o provável comprador. Nesse sentido, os jogos praticados em sociedade constituem um bom exemplo de jogos de estratégia, mas as aplicações vão muito mais longe no que concerne ao problema do *programa contratual*; a teoria admite uma visão mais realística dos problemas econômicos que não são percebidos na concorrência perfeita. Assim, é possível detectarem-se certas semelhanças, na relação negocial, com o comportamento de jogadores.

Essa teoria é hoje um dos vários métodos sofisticados com os quais os norte-americanos vêm estudando as relações econômicas, bi ou plurilaterais, ainda não reguladas por mecanismos jurídicos, nem relacionadas a um sistema de promessas legalmente coercíveis. A teoria dos jogos traz um novo alento à análise econômica do direito dos contratos, pois enfatiza o comportamento estratégico das partes em uma negociação, entrando no jogo idiosincrasias individuais, elementos de causalidade, aspectos temporais, e até mesmo imprevistos, como a morte. A análise feita à luz dessa teoria utiliza técnicas sofisticadas, como incorporar em estudos formais um número impensável de variáveis e tentar aproximar sensivelmente os modelos abstratos à realidade²⁷.

O jogo da aprovação do programa contratual, iniciado na fase das negociações pré-contratuais, consiste em uma *proposta*, que deverá ser aceita pela outra parte; o destinatário da proposta pode inverter as posições, fazendo outra proposta; nesse caso, o jogo recomeça. A decisão do proponente exprime o ponto de vista desse jogador em relação às circunstâncias nas quais ele se encontra e o fato de que o aceitante

²⁷ Sobre uma visão resumida da teoria, consultar COSTANTINO, Michele. Regole di Gioco e tutela del piu' debole nell' approvazione del programma contrattuale. *Riv. Dir. Civ.*, v. 1, p. 68 e segs. 1972.

deva informar-se, demonstra que, na hipótese em que a aprovação do programa contratual seja precedida de tratativas, vencerá o jogador que fizer a primeira jogada ou movimento. O conceito de *circunstâncias em que se toma uma decisão* é muito utilizado pelos adeptos da teoria dos jogos, identificando-o com a *totalidade das informações sobre o andamento precedente do jogo que, naquilo que se refere às regras, é utilizável pelo jogador no momento em que deve tomar uma decisão*. Assim sendo, na fase das tratativas, deve-se necessariamente presumir que cada um dos contratantes esteja plenamente informado do real conteúdo do contrato, de sorte que é possível avaliar a estratégia seguida pelo jogador/perdedor, ou o que não obteve vantagens; deve igualmente ser examinada a possibilidade de valorar-se o plano completo do comportamento que caracteriza a conduta do predisponente, pois as circunstâncias de que dependem a aprovação podem ser previstas.

Na verdade, a função precípua do teórico da teoria dos jogos é a de tentar *antecipar* as manobras dos jogadores, empregando, para tanto, as informações iniciais, mesmo que elas sejam, às vezes, reduzidas. Um importante instrumento de trabalho é o conceito de *densidade das probabilidades*, pois ele permite extrapolar a *communis opinio* e traduzir em cifras as informações relativas à distribuição de preços, ou prever a frequência com que clientes de alto poder aquisitivo (e não apenas modestos consumidores) responderão aos seus reclamos comerciais.

Enfim, para um melhor entendimento desta técnica aparentemente tão sofisticada, sintetizá-la-emos nos seguintes termos: ela serve para que o operador jurídico possa ser guiado ou conduzido, por meio de uma *tipificação da esperteza ou da astúcia*, obtida pelo emprego de termos matemáticos-formais. Essa teoria, cujos contornos vimos apresentar, oferece uma série de modelos de negociações, pautados por estratégias, cuja utilização deve permitir atingir-se o objetivo colimado, o de êxito nas tratativas. É evidente que em espaço tão reduzido, não é possível examinar a matéria com o merecido aprofundamento.

Da extensa bibliografia sobre o tema, selecionamos algumas obras de leitura obrigatória, para quantos quiserem penetrar nos meandros dessa fascinante teoria dos jogos²⁸.

²⁸ Ver, por exemplo: KATZ, Avery. The Strategic Structure of offer and acceptance : game theory and the law of contract formation. *Michigan Law Review*,

Visto como é tratada a questão da responsabilidade pré-contratual em dois grandes sistemas jurídicos, o romano-germânico e o da *Common Law*, passaremos ao exame do tema no âmbito latino-americano, restringindo nossa análise a três ordenamentos, a *Argentina, o Brasil e o Paraguai*.

Nessa análise serão levados em conta os aspectos definidores da família romano-germânica, antes referidos, e que se ajustam aos sistemas latino-americanos, membros dessa família por causa da colonização européia no Cone Sul.

Dispõe o artigo 1.198 do CCA, *los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*.

De acordo com o disposto no texto do art. 1.198, podemos depreender que o dever de boa-fé estende-se à fase da negociação pré-contratual. Mas boa-fé em que sentido? Se o texto refere-se ao sentido objetivo, então a responsabilidade pré-contratual, no sistema argentino, teria como base a violação do princípio da confiança legítima, base de todas as negociações, e alicerce da segurança jurídica, cuja expressão maior é o *princípio da boa-fé, redigido no parágrafo 242 do BGB, nos seguintes termos: o devedor é obrigado a cumprir a obrigação segundo exige a boa-fé, levando em conta os usos de tráfico*. São justamente os usos de tráfico que determinam certos comportamentos, exigíveis já na fase pré-contratual²⁹.

Com relação ao Brasil, embora o princípio da boa-fé não tenha tido acolhida expressa, em artigo do Ccb de 1916, é pacificamente aceito como categoria de *princípio pré-positivo*, isto é, existente antes de sua adoção por uma regra de direito. A aplicação desse princípio flexibiliza certas soluções, reputadas demasiado rigorosas.

v. 89, p. 215 e segs. 1990; COSTANTINO, Michele. Regole di Gioco e tutela del piu' debole nell' approvazione del programma contrattuale. *Riv. Dir. Civ.*, v. 1, p. 68 e segs. 1972; FERRI, G.B. Considerazioni sul problema della formazione del contratto. *Riv. Dir. Civ.*, v. 1, p. 187 e segs. 1969; CARUSO, Daniela. *La culpa in contrahendo, l'esperienza statunitense e quella italiana*. Giuffrè, 1993.

²⁹ De acordo com a lição de Brebbia, deveria ocorrer uma aberta consagração do instituto da responsabilidade pré-contratual na Argentina. V. BREBBIA, Roberto H. *Responsabilidad precontractual*. Rosario, 1957.

A doutrina³⁰ e a jurisprudência³¹ brasileiras estão abertas, em geral, à responsabilização pela ruptura das negociações, com base na aplicação do PBF objetiva, se a ruptura ocorreu após ter-se gerado uma certa confiança.

No âmbito do Direito paraguaio, não há menção, no CC de 1987, de regulamentação da fase pré-contratual e a referência ao PBF limita-se a sua função de interpretação dos contratos. Ainda assim, acreditamos que é possível estender a exigência de comportamento leal, de acordo com os usos de tráfico, no âmbito do ordenamento privado paraguaio.

Como se vê, a regra sobre a qual repousa a regulação da fase pré-contratual é a do princípio da confiança, ao qual se relacionam outros princípios incidentes nas fases pré-contratual e contratual, como o da boa-fé em sentido objetivo, e o da proibição de *venire contra factum proprium*.

Quais seriam, na prática, os deveres pré-contratuais de boa-fé, decorrentes dos usos de tráfico?

Estabelecer um elenco seria bastante difícil, pois ainda que o tráfico jurídico seja semelhante em todas as partes, não é fácil elencar parâmetros de comportamento de acordo com o tráfico jurídico. Tendo em vista essa circunstância, um renomado autor alemão, Hildebrandt³², sistematizou uma série de

deveres pré-contratuais, entre os quais: os *deveres de declaração* (dever de informar exatamente sobre os fatos essenciais para a formação da vontade contratual da outra parte) e o *dever de verdade*, isto é, abstenção de proposições ou declarações inexatas sobre fatos essenciais.

3. Conclusão

Em todos os sistemas analisados, deparamo-nos com uma zona de *non-droit*, ou do *contato social* mais remoto, e cada um deles reage distintamente e segundo suas características às violações da confiança geradas na fase das tratativas; é interessante lembrar que a confiança, neste caso específico, não é aquela tomada como expressão ou reflexo da moral social, mas sim a *confiança reflexo da segurança do tráfico jurídico* (*Vertrauens und Verkehrsschutz*).

Outra importante observação a ser feita é que a autonomia privada, visualizada como expressão da autodeterminação dos indivíduos, é utilizada *voluntariamente* nas relações, enquanto a *confiança*, elemento relevante na *segurança do tráfico jurídico*, carrega, inserida em seu bojo, uma idéia de *responsabilidade pessoal*, cujas *conseqüências jurídicas* decorrem *ex lege* e não *ex voluntate*.

Ao chegarmos ao final deste breve estudo de Direito Comparado, analisadas as razões das diferenças entre os sistemas aqui examinados, verificamos que o resultado é semelhante em toda a parte, pois todos acabam por atribuir uma *reparação pelo rompimento injustificado das negociações*. Ao fazê-lo, os meios são distintos porque os sistemas e as influências sofridas pelo legislador não são idênticos.

A regra geral que comanda todas as soluções encontradas é a da boa-fé em sentido objetivo, tal como é percebida nos contratos de comércio em geral e no âmbito da *lex mercatoria*³³.

Erklärungshaftung : Ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes. Berlin ; Leipzig. O Professor português, Mário Júlio de Almeida Costa, em sua excelente monografia sobre *Direito das obrigações*. 6. ed. Almedina, 1994, oferece um resumo da obra de Hildebrandt, no que se relaciona aos deveres dos negociadores, à p. 246, nota 2.

³³ A respeito da exigência de *bona fides* e *confiança* no tráfico jurídico, desde tempos bastante remotos, a partir dos Romanos, e antes da elaboração do BGB, v. a excelente monografia da autoria de MEYER, Rudolf. *Bona Fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*. Wallstein Verlag : Göttingen, 1994; e nosso comentário a respeito, em *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 1, p. 277, 1995.

³⁰ Entre os autores que se detiveram no tema da responsabilidade pré-contratual, no Brasil, podemos lembrar, MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado : parte especial*. Rio de Janeiro, 1972. v. 38; GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. 1991. Mais recentemente, COSTA, Judith Martins. A incidência do princípio da boa-fé no período pré-negocial. *Revista Direito do Consumidor*, v. 4, 1992; GONÇALVES, Corálio C. *Obrigação e adimplemento*. 1996. Inédito, datilografado, acervo da bib. da Faculdade de Direito da UFRGS.

³¹ V. *Revista dos Tribunais*, v. 289, acórdão proferido em recurso de apelação, pelo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, p. 630 e segs., decisão bastante citada, por ter como protagonista conhecida atriz do cinema brasileiro. Outros exemplos: 5ª Câmara Cível. Apelação cível nº 591 028 295. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Revista de Jurisprudência do TJERGS*, n. 154, p. 379-380, 1992; apelação cível nº 591 028 295. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Rev. do TJERGS*, nº 154, p. 379, 1992; 5ª Câmara Cível. Apelação cível nº 591 045 737. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Revista de Jurisprudência do TJERGS*, nº 154, p. 471, 1992; 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 591 017 058. Relator: Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. *Rev. do TJERGS*, n. 152, p. 605; apelação Cível nº 592 044 101. Relator: Des. Araken de Assis. *Rev. do TJERGS*, n. 157, p. 298, 1993.

³² Em 1931, publicou a obra, intitulado

