

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FELIPE RAGGI ABIKAIKIR

**MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS E A
RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: EFEITOS
JURÍDICOS DO INSTRUMENTO**

VITÓRIA
2022

FELIPE RAGGI ABIKAIR

**MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS E A
RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL: EFEITOS
JURÍDICOS DO INSTRUMENTO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Direito de Vitória, como requisito
parcial para a obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Neves Soto.

VITÓRIA

2022

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1 O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS E SUA NATUREZA JURÍDICA	08
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL	14
2.1 PRINCÍPIOS BASILARES DA FASE PRÉ-CONTRATUAL	15
2.1.1 Princípio da boa-fé objetiva.....	15
2.1.2 Princípio da autonomia da vontade.....	20
2.2 FASE PRÉ-CONTRATUAL E CONTRATO PRELIMINAR.....	23
3 A VINCULATIVIDADE OBRIGACIONAL DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS	26
3.1 O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS E AS VIOLAÇÕES À BOA-FÉ OBJETIVA.....	26
3.2 O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS COMO CONTRATO PRELIMINAR.....	34
3.3 O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS COMO PROPOSTA.....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	44

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, aos meus pais, Jorge e Claudia, por incentivar e propiciar todas as condições para a minha formação pessoal, acadêmica e profissional, além de todo o amor e atenção dados ao longo da minha vida e durante esta trajetória.

À minha irmã, Giovana, que, mesmo de longe, sempre esteve comigo, auxiliando-me e apoiando em todas as etapas da minha vida.

À minha namorada, Letícia, que sempre esteve ao meu lado, com amor, preocupação e suporte.

À Faculdade de Direito de Vitória, pela disposição de toda a estrutura educacional e institucional de qualidade, com papel fundamental no meu crescimento intelectual e pessoal.

Ao Professor Doutor Paulo Neves Soto, pelas orientações firmes e seguras durante a elaboração deste trabalho, assim como pelas provocações que deram ensejo ao aprofundamento do presente trabalho.

Enfim, a todos que, de alguma forma, contribuíram para a elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo busca elucidar se existem efeitos jurídicos no Memorando de Entendimentos, instrumento utilizado nas relações negociais, aptos a propiciarem à parte lesada direitos pela súbita e inesperada quebra do instrumento. Construindo-se uma lógica a partir de normas, princípios e doutrina, o trabalho buscará alinhar e aplicar estes dentro dos possíveis casos concretos da celebração e ruptura do Memorando de Entendimentos, observando-se eventuais hipóteses de vínculo obrigacional entre as partes. Destarte, os principais pontos a serem analisados pelo trabalho são 1) a natureza jurídica do Memorando de Entendimentos; 2) a responsabilidade civil pré-contratual, seus princípios e sua diferenciação de um contrato preliminar; e 3) a análise das possíveis hipóteses de vínculo obrigacional do instrumento.

Palavras-chave: Memorando de entendimentos. Responsabilidade pré-contratual. Efeitos jurídicos.

INTRODUÇÃO

Na economia moderna, empresas e pessoas se relacionam e negociam a todo o momento, acontecendo simultaneamente uma grande gama de negociações. Essas tratativas, por muitas vezes, têm por objeto a celebração de um contrato complexo, repleto de peculiaridades e pontos a serem analisados na negociação.

Nessa toada, em virtude da complexidade dessas tratativas, essas negociações acabam levando um tempo significativo para o seu término, dispendendo atenção, debates e recursos. Durante esse percurso das negociações complexas, as partes geralmente utilizam instrumentos auxiliares a fim de possibilitar celeridade às tratativas, bem como assegurar e elencar todas as bases do negócio que foram consentidas e o que será realizado pelas partes daquele momento em diante.

O Memorando de Entendimentos, também conhecido como Memorandum of Understanding (MoU) é um desses instrumentos auxiliares, tendo como precípua função a exteriorização de todos os termos e condições já acordados entre os pactuantes, bem como as futuras atribuições e caminhos para o seguimento das tratativas.

No conteúdo do MoU, encontram-se, geralmente, a identificação e qualificação das partes, o escopo das tratativas, o objeto da operação, a atuação de cada parte, valores, forma de pagamento e outros.

O MoU é muito utilizado para criação de startups, fusões e aquisições, captação de investimentos, entre outros. No âmbito do Direito Internacional, esse instrumento também se encontra presente, como em um acordo de cooperação entre diferentes países.

Contudo, a despeito de sua vasta utilização, o MoU não tem expressa previsão legal específica, permitindo uma maior liberdade de conteúdo ao instrumento e, conseqüentemente, faz com que a determinação de sua natureza jurídica seja dificultada, bem como induz questionamentos se o instrumento poderá produzir efeitos entre as partes ou não, haja vista que, em princípio, o documento não é celebrado com a finalidade de gerar obrigações entre as partes.

Com a assinatura do instrumento por todos os envolvidos, é inegável que o avanço possibilita uma legítima expectativa de contratar, além de todo o esforço e tempo útil que foi dado para as tratativas já realizadas e que irão continuar. Deste modo, claro está que a quebra e a não realização de um contrato posterior ao MoU pode prejudicar e causar danos à parte que tinha a expectativa de contratar, mesmo com a celebração de um documento que, a rigor, não vincula.

Desta forma, o estudo busca analisar se existem hipóteses de vínculo obrigacional a partir da celebração de um Memorando de Entendimentos, sendo de extrema importância no âmbito dos processos empresariais e societários, de modo que procura encontrar se existem soluções para a parte que dedicou tempo, esforço e cabedais nas tratativas longas e complexas, até a formalização de um instrumento, o MoU, e que de certa forma se encontrou em prejuízo pela não celebração de um contrato futuro.

Sendo assim, este trabalho em um primeiro momento discorrerá acerca da natureza jurídica do MoU, para analisar em qual momento da fase de formação dos contratos o instrumento se encontra.

Em um momento posterior, por ser um documento utilizado na fase das tratativas, será debatido sobre a responsabilidade civil pré-contratual, a qual se encaixa nessa fase, observando quais deveres as partes devem observar durante essas tratativas, seus princípios norteadores e, por fim, se poderá surtir essa responsabilidade pelo Memorando de Entendimentos.

Ainda neste momento, analisar-se-á a diferença entre a fase pré-contratual e um pré-contrato, estabelecendo-se as consequências e a responsabilidade que se configuraria na hipótese do contrato preliminar.

Por fim, com a natureza jurídica e a responsabilidade civil pré-contratual já trabalhadas neste estudo, serão esmiuçadas todas as hipóteses do Memorando de Entendimentos em que gerará um vínculo obrigacional, ou seja, surtirão efeitos jurídicos para ambos tratantes, em decorrência da celebração do Memorando de Entendimentos, bem como suas eventuais consequências e direitos às partes.

Para isso, serão utilizadas todas as noções prévias discorridas no presente trabalho,

por meio da natureza jurídica do Memorando de Entendimentos e das possíveis configurações da responsabilidade civil pré-contratual.

Dessa forma, com a busca de jurisprudências, doutrinas, princípios e normas do ordenamento jurídico brasileiro, este trabalho buscará encontrar se existem hipóteses para configuração de vínculo obrigacional ou responsabilidade por eventuais quebras do Memorando de Entendimentos nos casos concretos.

1 O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS E SUA NATUREZA JURÍDICA

O Memorando de Entendimentos, como exposto, é um instrumento muito utilizado em negociações complexas e de alto risco, realizado tanto no âmbito do direito internacional público como também na seara do direito civil e empresarial.

Como tais tratativas prévias ao ato de contratação têm por objeto justamente negociações de alto valor e risco, além de envolverem operações encadeadas de maior complexidade, por muitas vezes essas tratativas perduram por um período de tempo considerável, podendo durar meses ou até mais de ano. As partes envolvidas, a princípio, utilizam o Memorando de Entendimentos como um instrumento auxiliar durante o percurso, para que possibilite uma partição que permite dar maior celeridade às tratativas, conferindo, ao mesmo tempo, segurança e assertividade em relação ao que já fora ultrapassado e acordado entre as partes.

No âmbito do direito societário, Broglia Mendes (2018, p.676) dispõe que os memorandos de entendimento constituem a fase inicial das operações societárias, que seriam seguidas pela *due diligence*, elaboração do contrato definitivo e, por fim, a celebração e consumação da transferência da participação societária. Nesse sentido, Broglia Mendes estabelece que o Memorando de Entendimento serve para alinhar as bases da negociação, para que sejam realizados outros atos necessários até a transferência de fato das operações societárias.

Desta forma a principal função do Memorando de Entendimentos é a exteriorização de termos e condições muitas vezes já acordados entre as partes no curso das tratativas negociais, indicando, literalmente, o que foi entendido entre os pactuantes e, concomitantemente, permitindo o prosseguimento seguro quanto ao que foi ajustado e a delimitação do que ainda será debatido entre os envolvidos, estabelecendo todas as bases passadas e futuras da negociação.

Dentre os termos e condições expressados no mencionado instrumento, constam a identificação das partes, o escopo do compromisso, o objeto da operação, a atuação de cada parte e suas responsabilidades, os valores investidos, forma de pagamento, entre outros, o que são os elementos constitutivos de eventual pacto definitivo.

No entanto, em que pese sua costumeira utilização e função cada vez mais cotidiana

no comércio internacional e nacional, direito imobiliário, direito societário e empresarial, financeiro e no mercado de investimentos de ativos financeiros (MOREIRA, 2022) (LANCE, 2022), o Memorando de Entendimentos não tem previsão legal geral no ordenamento jurídico brasileiro. Em decorrência da inexistência de dispositivo legal apropriado que trate da dinâmica do Memorando de Entendimentos, outros documentos se assemelham com o MoU, como: protocolo de intenções, *letter of agreement*, *heads of agreement* e outros que também possuem a mesma finalidade (MENDES, 2018. p. 677).

Sobre a finalidade destes documentos, Broglia Mendes discorre que:

O conteúdo desses documentos pode ser bem variado, mas costumam registrar as condições pelas quais as partes concordam em continuar as negociações, além de estabelecer os pontos sobre os quais as partes já alcançaram o consenso, o que Engrácia Antunes designa como acordos de base. (2018. p.677)

Como se pode observar, o propósito destes documentos se assemelha com o conceito do Memorando de Entendimentos, haja vista que devido à ausência de previsão legal, surge uma liberdade de conteúdo e denominações para a celebração desses instrumentos preliminares, que se assemelham em sua finalidade.

Para não dizer que há uma absoluta ausência de previsão legal sobre o instrumento, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq publicou uma Portaria dispondo sobre as condições gerais para a pactuação de Memorando de Entendimento e Acordo de Cooperação Internacional. Sobre o MoU, a Portaria 664/2021 (BRASIL, 2021) do CNPq dispõe que:

Memorando de Entendimento (MOU)

Art. 2º Memorando de Entendimento é um instrumento prévio, de cunho político, que demonstra a boa fé das partes em suas aspirações de parceria futura, utilizado para definir linhas de ação e compromissos gerais de cooperação, normalmente destinado a registrar princípios abrangentes que orientarão as relações entre as partes.

Art. 3º Será admitida, excepcionalmente, a adoção de Plano de Trabalho do próprio Memorando de Entendimento, se o CNPq, para se adequar à cultura do parceiro, constituir um instrumento que contenha direitos e obrigações, cronogramas, regras de financiamento, propriedade intelectual, mecanismos de solução de eventuais conflitos, entre outros, assumindo assim a natureza de um Acordo de Cooperação.

Art. 4º Caso o parceiro internacional pretenda garantir prontamente um instrumento com regras específicas, deverá o CNPq, ao invés de firmar Memorando de Entendimento, conforme descrito no Art. 2º, partir direto para a celebração de Acordo de Cooperação Internacional.

Art. 5º Fica estabelecido que em decorrência da assinatura do Memorando de Entendimento, as partes irão firmar um ou vários Acordo(s) de Cooperação

Internacional em PD&I, com respectivos planos de trabalho, no intuito de regulamentar as relações mútuas.

Como o presente estudo é voltado especificamente para as relações regidas pelo direito privado, a importância da supra referida Portaria neste trabalho se remete à possibilidade de auxiliar na definição da natureza jurídica do Memorando de Entendimentos, mesmo considerando que se tratando de acordos internacionais é possível às partes integrantes, revestidas de soberania e jurisdição própria de entes pertencentes à comunidade internacional, prever dispositivos que expressamente afastam os efeitos jurídicos do instrumento.

O art. 2º da portaria (BRASIL, 2021) define o MoU como um instrumento prévio, ou seja, anterior a qualquer concretização de uma relação jurídica entre as partes. Ademais, reitera a função do documento de resumir em termos e condições o que já fora acordado para uma possível avença futura, configurando mera promessa de fato futuro, bem como estabelece a boa-fé e a cooperação como princípios dessa fase negocial, tópico que será detalhado mais à frente, mas que de mesmo modo auxiliam sobremaneira sobre a definição da natureza jurídica do Memorando de Entendimentos.

Ante à ausência de previsão do MoU e sua regulamentação no direito privado brasileiro, cumpre à doutrina estabelecer e determinar sua natureza jurídica civil.

Em uma primeira linha de raciocínio, grande parte da doutrina defende o Memorando de Entendimentos não ser um contrato definitivo, porquanto não obedece todos os elementos constitutivos de um contrato, como a forma e outros mais que determinariam o reconhecimento do instrumento ao menos como um contrato preliminar, ou pré-contrato, conforme o artigo 462 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Sobre esta temática, Waldirio Bulgarelli (2000, p.212) apresenta diferentes conceituações e posições do Memorando de Entendimentos como instrumento utilizado nas negociações empresariais, veja-se:

Trata-se de documento, cuja natureza jurídica a doutrina tem-se esforçado em qualificar, variando as opiniões de autores, sendo, porém, a maioria concorde em que não se trata de um contrato definitivo, pois que depende da aprovação das assembleias gerais das sociedades interessadas. Firmado pelos administradores das sociedades, essa dependência à aprovação no seio de cada sociedade tira-lhe a exigibilidade ampla, dando-lhe um cunho de pré-contrato ou *pacta de contrahenda*, como quer Guirao, na Espanha, ou

de um simples projeto, como querem na França Houpin e Bosvieux, e na Itália, Giuseppe Ferri, ou mesmo um contrato *condictio juris* como qualifica Jesus Rubio, na Espanha. Posição isolada é a de Champaud que o considera um verdadeiro contrato, mas influenciado pela sistemática grupal, antecedida, ao seu ver, a operação pela tomada prévia do controle. Sem amparo, porém, na melhor doutrina, pois se trata de caso eventual, que não enseja por isso a caracterização do contrato pleno, mas condicional, pois depende de aprovação. (BULGARELLI, 2000, p. 212)

De fato, não se pode atribuir, de início, a natureza jurídica de um contrato definitivo ao Memorando de Entendimentos, tendo em vista a expressa contradição com o propósito do MoU de sintetizar todos os termos e condições já avançados na negociação, restando outros detalhes e pormenores a serem convencionados, para que assim se chegue a uma celebração de um documento definitivo ou não, ou mesmo de seu reconhecimento como espécie de contrato preliminar.

Desse modo, entende-se não ser o Memorando de Entendimentos um contrato definitivo, mas sim um documento anterior a ele, podendo sua natureza jurídica ser de contrato preliminar ou mero instrumento auxiliar nas negociações, conforme ausentes ou presentes os elementos que compõem requisitos mínimos da figura do contrato preliminar definida em lei expressa, no artigo 462 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Ultrapassada a tentativa de caracterizar a natureza jurídica do Memorando de Entendimentos como um contrato definitivo, vejamos a seguinte definição de Modesto Carvalhosa (1997, p.106-107):

O protocolo não representa, pura e simplesmente, a intenção das partes manifestada pelos seus administradores, mas um pré-contrato, sujeito à aprovação pela assembleia geral ou mediante contrato. Não se trata, por outro lado, de base preliminar do negócio jurídico. Constitui sua base definitiva, na medida em que qualquer alteração do protocolo pela assembleia geral tem como efeito a celebração de um novo protocolo, que importará em um negócio de fusão, incorporação ou cisão, com características distintas das inicialmente propostas. (CARVALHOSA, 1997, p. 106-107)

Em sentido contrário, Broglia Mendes (2018, p.681) e Tavares Borba (2003, p.486) definem a natureza jurídica do Memorando de Entendimentos como um instrumento auxiliar preparatório:

O conteúdo desses documentos pode ser bem variado, mas costumam registrar as condições pelas quais as partes concordam em continuar as negociações, além de estabelecer os pontos sobre os quais as partes já alcançaram o consenso, o que Engrácia Antunes designa como **acordos de base**

[...]

Assim, esses documentos preliminares, notadamente os memorandos de entendimentos e os protocolos de intenções, normalmente estabelecem as bases segundo as quais as negociações continuarão. (BROGLIA MENDES, 2018, p.681)

Anota-se, portanto, que o protocolo não tem natureza de pré-contrato, posto que não obriga à conclusão do contrato. Trata-se, na verdade, de um acordo preparatório, com a natureza de simples negociação preliminar, como tal destituída de efeito vinculativo. O protocolo funciona como uma espécie de projeto sobre o qual deliberam as assembleias gerais (BORBA, 2003, p.486)

O posicionamento de que o Memorando de Entendimentos se classifica como um pré-contrato, no entendimento desta pesquisa, também se contrapõe à sua finalidade, eis que, se assim fosse, seria dotado de força obrigacional para a celebração do contrato definitivo, na medida em que presentes os requisitos previstos legalmente nos artigos 462 a 465 do CC (BRASIL, 2002).

Portanto, como um levantamento de diversas decisões tomadas durante o decorrer das negociações, o MoU, a princípio, é um documento não vinculante, geralmente realizado sem o condão de se tornar obrigatória a celebração de um contrato posterior, o que, por essa razão, no presente trabalho entende-se ausentes os aspectos de um pré-contrato, embora se possa reconhecer como tal se presentes os elementos caracterizadores do tipo contrato preliminar.

Oportuno citar as palavras de Francisco Cavalcante Pontes de Miranda (1976, p.115) acerca dos efeitos da celebração de um pré-contrato:

[...] a parte que, por pré-contrato, se obriga a celebrar contrato definitivo e acaba por assim não fazer, pode ter contra si prolatada uma sentença que produza o mesmo efeito sonogado pela ausência de sua manifestação de vontade. Percebe-se, portanto, que do pré-contrato surge, então, direito ao contrato definitivo.

Nessa senda, com a obrigação de concluir outro contrato, surge uma obrigação de fazer às partes, com a celebração do contrato preliminar (TEPEDINO, *et al*, 2012, p. 99). Desta forma, em caso de inexecução da obrigação de fazer, poderá o lesado requerer a tutela específica da obrigação, o resultado prático equivalente, ou a conversão em perdas e danos, conforme artigo 497 e seguintes do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Como exposto alhures, parece inadequado colocar, a priori, o Memorando de Entendimentos como um instrumento que obriga as partes a celebrar um contrato

definitivo ou preliminar, em razão de, a princípio, não serem debatidos e acordados todos os pontos da negociação, estando inacabada e propensa a um término sem avença.

Logo, resta a definição da natureza jurídica que mais se assemelha aos aspectos e finalidades do Memorando de Entendimentos, a de um instrumento auxiliar e preparatório das negociações, que serve como base de uma eventual contratação, vez que esta deve observar as cláusulas acordadas e já estabelecidas no Memorando de Entendimentos (NUNES, 2013. p.111).

No entanto, não se pode olvidar que em razão de ser um instrumento sem previsão legal específica, de modo que expande a abrangência e utilização do instrumento, permite-se às partes uma maior liberdade na confecção do conteúdo o MoU.

Sendo assim, a depender do caso concreto e contendo os elementos constitutivos de um contrato preliminar, nos termos do art. 462 do CC (BRASIL, 2002), poderá o MoU ter sua natureza jurídica diversa de um instrumento auxiliar das negociações.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL PRÉ-CONTRATUAL

A fim de buscar e compreender se o MoU poderá gerar efeitos jurídicos, criando-se um vínculo obrigacional entre as partes, é necessário estudar em qual regime de responsabilidade civil está inserido o MoU, de modo que havendo responsabilidade, há, por conseguinte, deveres e obrigações entre as partes.

Partindo-se da premissa de que o MoU é um instrumento auxiliar da fase negocial, como discutido no tópico anterior, tem-se como regime a responsabilidade civil pré-contratual, conforme assinala Karina Nunes Fritz:

A responsabilidade pré-contratual não surge a partir da violação de um contrato preliminar, também conhecido como pré-contrato ou *Vorvertrag*, em alemão, cujo objeto é o dever de celebrar um contrato principal, consagrado no art. 462 do CC/2002, como uma semelhança terminológica poderia surgir. Isso porque o pré-contrato, assim como o contrato principal, é verdadeiro **negócio jurídico**, cujo inadimplemento conduz à **responsabilidade contratual**, campo distinto da responsabilidade pré-contratual.

A responsabilidade pré-contratual é a responsabilidade por dano surgido durante a fase pré-contratual ou negocial, entendida como o **período de preparação do negócio jurídico**, durante a qual as partes discutem a formação de um determinado negócio, tendo como finalidade essencial, ainda que vagamente, sua celebração. (FRITZ, 2009. p.27)

Pelo exposto, claro está acima o regime de responsabilidade civil que o MoU se encontra. Sendo um documento preparatório, sem ainda estabelecer cláusulas obrigacionais, este se insere em uma fase anterior à contratual, denominada fase negocial ou de pontuação.

A fase de pontuação tem como principal característica a não obrigatoriedade de contratar, apesar das partes terem o interesse de celebrar um acordo. Como é cediço, ninguém é obrigado a contratar, a não ser que haja disposição contratual ou legal em contrário que estabeleça essa obrigação, como no caso do contrato preliminar.

Contudo, a despeito da liberdade em contratar, existem deveres que impõem às partes restrições e limitações a esta liberdade, deveres inerentes à fase de pontuação advindos de princípios da fase pré-contratual.

Nesse diapasão, pontua Carlyle Popp (2002. p.230):

A principal característica desta fase de negociações preliminares é a não obrigatoriedade. Isto porque realizar negociações é um direito concedido pelo

ordenamento, de natureza constitucional, que autoriza a livre celebração de negócios jurídicos. Optar pela celebração ou não é um direito que assiste a cada um dos negociantes. Este direito, volta-se a dizer, é cada vez mais limitado, limitação esta diretamente proporcional ao incremento da boa-fé objetiva nas relações jurídicas. Não celebrar o negócio jurídico é um direito que assiste ao tratante, desde que aja dentro dos limites da boa-fé e não viole a confiança alheia.

Estas limitações, para Regis Fichtner (2001. p. 54-55), são advindas de uma relação jurídica existente entre os tratantes, com deveres de comportamento baseados na boa-fé objetiva. Essa relação jurídica, entretanto, não se confunde com a relação jurídica obrigacional, pois inexistente um dever de prestação entre as partes, e sim deveres de conduta ou obrigações laterais.

Ademais, destaca-se que a responsabilidade decorrente da relação jurídica pré-contratual difere da simples responsabilidade extracontratual, posto que nas tratativas, as partes envolvidas agem com a finalidade de eventualmente se estabelecer uma relação jurídica obrigacional, diferenciando-se dos meros atos de conduta em sociedade (FICHTNER, 2001. p. 54-55).

Portanto, com a celebração do Memorando de Entendimentos, os tratantes devem observar todos os deveres decorrentes da fase preparatória, fundada em princípios da boa-fé objetiva e da autonomia privada, estabelecidas no atual Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002) nos artigos 421 e 422.

2.1 PRINCÍPIOS BASILARES DA RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL

2.1.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

A responsabilidade pré-contratual, assim como a responsabilidade contratual, é pautada pelo princípio da boa-fé, o qual se aplica à todas as relações jurídicas da sociedade. Nas relações jurídicas pré-contratuais, entretanto, aplica-se a boa-fé objetiva.

Isso se deve pelo fato de que a boa-fé subjetiva analisa a motivação das partes, ou seja, quais os ensejos das ações de cada pessoa, analisando-se o estado psicológico do agente. Difere-se, portanto, da boa-fé objetiva, a qual analisa as relações jurídicas a partir de um critério de conduta.

Esse critério de conduta é baseado em padrões éticos comportamentais, formando-se um modelo em que as partes, nas relações jurídicas obrigacionais e contratuais, devem observar. Nesse sentido, leciona Regis Fichtner (2001, p.76):

A boa-fé objetiva, que é característica das relações obrigacionais, não se qualifica por um estado de consciência do agente estar se comportando de acordo com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva.

A boa-fé objetiva encontra o seu substrato nas relações jurídicas de cooperação entre as pessoas. Por esse motivo o seu conteúdo consiste em um padrão de conduta: cada pessoa deve agir de acordo com um determinado *standard* jurídico, definido como um modelo de comportamento, em que as atitudes de cada um serão valoradas de acordo com os parâmetros de lealdade, da proibição e da honestidade.

Portanto, sendo a boa-fé nas relações jurídicas obrigacionais e contratuais pautadas nas condutas, e não no estado psicológico dos agentes – característica dos direitos reais, como se observa dos artigos 1201 e 1202 do Código Civil (BRASIL, 2002) -, tem-se a boa-fé objetiva, a qual rege as relações pessoais obrigacionais.

A boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, segue uma concepção do direito alemão, por meio do *Treu und Glauben*, que transmite os valores de lealdade e crença, significando um pressuposto de condutas pautadas na ética, com lealdade e honestidade (MARTINS-COSTA, 2018. p. 88).

Ademais, a boa-fé objetiva tem como fundamento a busca pela dignidade da pessoa humana, fundamento da república do Brasil prevista no artigo 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), exteriorizada, nas relações negociais, na dignidade das partes tratantes (ROSENVALD, 2005. p. 142).

Com a concretização da dignidade da pessoa humana, a boa-fé garante a unidade normativa dos direitos humanos, tendo como uma de suas funções o papel limitador de outros direitos constitucionais (PEDRA, 2017. p. 09), como o da autonomia da vontade, conforme será analisado posteriormente.

Assim, o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), adotando o princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídicas obrigacionais e contratuais, estabelece padrões e regras de condutas às partes, que devem observar deveres de caráter ético moral para com a outra parte.

No artigo 113 do Código Civil (BRASIL, 2002), é disposto que todos os negócios jurídicos devem ser interpretados em consonância com a boa-fé. Desta forma, temos no princípio da boa-fé objetiva um parâmetro hermenêutico geral que determina a forma de interpretar os negócios jurídicos dentro de um padrão que para alguns autores, conjuntamente com a leitura do art. 112 do CC (BRASIL, 2002) que afirma a primazia da realidade, implicaria na admissão da teoria da confiança para toda e qualquer relação negocial (TEPEDINO, *et al*, 2014).

Sendo assim, tratando-se de um instrumento possivelmente presente na fase pré-contratual, o Memorando de Entendimentos, bem como o comportamento das partes no processo de negociação, deve ser pautado pelo princípio da boa-fé.

Nesse sentido, Judith Martins-Costa (2018, p.43) ensina que:

O agir segundo a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional.

Portanto, os atos durante a fase negocial, e durante os momentos posteriores à celebração do MoU, irrompem uma série de deveres das partes provenientes do princípio da boa-fé, sobretudo considerando o tripé que emana da própria ideia da boa-fé: informar, colaborar e proteger (ERHARDT JR., 2014. p. 95-96).

Esses deveres são considerados laterais ou secundários, pois não são decorrentes diretamente da relação jurídica que pretendem celebrar ou estão celebrando, e sim da boa-fé objetiva. Contudo, na fase pré-contratual, por não haver ainda um dever jurídico principal, os deveres provenientes da boa-fé se tornam o papel principal das partes nesta fase (FICHTNER, 2001. p.88-89).

Outra parte da doutrina considera os deveres de conduta provenientes da boa-fé também como deveres gerais (ERHARDT JR., p. 84-85), que estariam acima das relações jurídicas obrigacionais típicas.

Nesta fase, portanto, surgem quatro deveres provenientes da boa-fé objetiva, quais sejam: a) dever de informação; b) dever de proteção; c) dever de lealdade; e d) dever de sigilo.

O dever de informação está intrinsecamente atrelado à fase de negociações preliminares, tendo em vista que para a conclusão do contrato as partes analisam critérios de conveniência e oportunidade (FICHTNER, 2001. p.90).

Sendo assim, o dever de informação influencia diretamente na observação desses critérios, de modo que as partes deverão informar, explicar, clarear a outra parte todas as informações relevantes e necessárias para que se possa decidir sobre a conclusão ou não do contrato, a partir desses critérios (FRITZ, 2009. p. 227).

No âmbito do Memorando de Entendimentos, por se tratar de negociações complexas, um exemplo comum do dever de informação e sua relevância é a utilização da *due diligence*, um processo interno investigatório para saber as informações relevantes sobre o objeto do negócio ou até mesmo das partes (MENDES, 2018. p.678).

O dever de proteção é a vedação à parte de causar dano ao outro tratante, de modo a tomar todos os cuidados e precauções para que o outro tratante não seja prejudicado física ou materialmente (FICHTNER, 2001. p.96).

Karina Nunes Fritz (2009, p.226) também estabelece uma outra vertente do dever de proteção, qual seja, o dever de guarda e restituição dos bens e documentos recebidos durante as tratativas, prática muito comum em negociações complexas.

O dever de lealdade, por sua vez, exige que as partes tenham interesse, condições legais e econômicas para concluir a transação (FICHTNER, 2001. p. 94). Sendo assim, não podem os tratantes, por exemplo, entrarem em uma negociação sem a intenção de concluí-la, ou até mesmo, sem o patrimônio suficiente para a sua conclusão.

Um importante aspecto é sobre a exclusividade no Memorando de Entendimentos. Se não houver cláusula expressa, nada obsta as negociações paralelas. No entanto, havendo pacto de exclusividade, surge o dever de lealdade e de respeito à outra parte.

Por fim, o dever de sigilo impõe às partes o segredo, ou sigilo, das informações trocadas durante a negociação. Desse modo, as informações obtidas pela parte e utilizadas para finalidade outra que não a conclusão do contrato provoca a quebra do dever de sigilo, juntamente com o dever de lealdade, pelo abuso de confiança, como leciona Regis Fichtner (2001. p.97).

Para Anderson Schreiber (2016, p.55), a boa-fé objetiva tem três funções: (i) função interpretativa dos negócios jurídicos; (ii) função criadora de deveres acessórios à prestação principal; e (iii) função restritiva de exercícios de direitos.

Dentre esses, os dois primeiros já foram analisados nesse trabalho, com a função interpretativa sendo positivada no artigo 113 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) e a função criadora analisada sob a ótica dos quatro deveres provenientes da boa-fé nas relações jurídicas pré-contratuais.

Já em relação à última função da boa-fé objetiva, destaca-se a vedação ao comportamento contraditório, ou *nemo potest venire contra factum proprium*. Função esta decorrente dos deveres e do próprio fundamento de cooperação e lealdade da boa-fé objetiva.

Sobre o *venire contra factum proprium*, leciona Karine Nunes Fritz (2009, p.171):

Ambos os comportamentos do agente podem ser, em princípio, legítimos, mas o comportamento posterior passa a ser considerado desleal em função da confiança despertada na contraparte. O *venire contra factum proprium* **não pressupõe culpa**, sendo apurado objetivamente mediante o nexo de causalidade entre a primeira conduta, a confiança surgida e a segunda conduta, violadora da confiança da contraparte.

Portanto, o comportamento contraditório é vedado pela boa-fé objetiva, de modo que as partes, durante as tratativas, não podem abusar do direito e quebrar a confiança da outra parte, em razão de atitudes contrárias àquelas realizadas de início.

Assim, em que pese se tratar de um momento sem vínculo obrigacional entre as partes, estas devem agir observando estes deveres anexos. Portanto, mesmo não havendo uma relação contratual expressa que estabeleça uma parte credora e outra devedora típicas, ou seja, mesmo na fase pré-contratual, sem vínculo obrigacional, surge a obrigação recíproca de agir segundo a boa-fé objetiva, cumprindo deveres laterais e gerais que precedem até mesmo o vínculo contratual em concreto.

Este princípio é de grande valia para o tema do Memorando de Entendimentos, pois determina as situações e comportamentos que podem gerar uma responsabilidade pré-contratual. Desse modo, havendo uma súbita ruptura das tratativas, após a celebração de um MoU que não gere nenhuma obrigação explícita, deve-se observar se a parte que rompeu as tratativas agiu em conformidade com a boa-fé.

Em outras palavras, a boa-fé objetiva, a par do também fundamental princípio da função social do contrato 421 CC (BRASIL, 2002), estipula o marco entre a liberdade de contratar, como se depreende da leitura do 422 do CC (BRASIL, 2002), no sentido de que ninguém é obrigado a contratar, e a responsabilidade pelo rompimento das tratativas, ou seja, havendo um dever a partir da boa-fé objetiva também deverá existir a responsabilidade em caso de seu descumprimento.

2.1.2 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Outro princípio basilar da fase pré-contratual, determinante para a análise da responsabilidade civil pré-contratual por ruptura das negociações, é o princípio da autonomia da vontade que teve recentemente sua importância novamente destacada pela Lei de Liberdade Econômica (Lei 13874/2019) (BRASIL, 2019) que, alterando o texto do art. 421 do Código Civil (BRASIL, 2002), equiparou o destaque de tal princípio como par necessário do também fundamental princípio da função social do contrato originalmente expresso no mesmo dispositivo do art. 421 do Código Civil (BRASIL, 2002).

A autonomia da vontade confere para os negociantes a não obrigatoriedade em contratar, ou seja, a contrário sensu, confere a liberdade de realizar ou não determinado negócio jurídico, bem como a liberdade de qual conteúdo será o objeto do contrato. Portanto, as partes têm a capacidade de se autodeterminarem no plano jurídico, tendo a faculdade de celebrarem negócios com quem, com o que, e com quanto quiser. Nesse diapasão, leciona Karina Nunes Fritz (2009. p. 277):

A autonomia privada compreende a liberdade contratual que, por sua vez, desdobra-se no poder de celebrar ou não, um negócio (liberdade de conclusão) e no de determinar o conteúdo do contrato (liberdade de determinação do conteúdo, também denominada liberdade de contratar). É a liberdade contratual que confere dinamicidade ao mercado, fundamenta outros princípios do direito contratual, como a liberdade formal e a liberdade do tipo contratual, e justifica, por fim, o caráter dispositivo de várias normas contratuais, as quais podem ser afastadas por acordo das partes.

De fato, é imperioso conceder a liberdade de contratar para os partícipes, para que se relacionem e celebrem negócios de acordo com sua vontade, de modo a impulsionar as relações jurídicas da sociedade.

Esse princípio teve como principal fundamento o individualismo, propagado pelo liberalismo, como bem observa Ubirajara Mach De Oliveira:

Será a autonomia da vontade que possibilitará a generalização das trocas, dando nascimento a um novo poder efetivado na liberdade de atuação no mercado. Com o que o sujeito é livre de contratar, escolher com quem contratar e estabelecer o conteúdo do contrato. A rápida circulação de bens estava assegurada mercê da legislação, que dava todo o realce à vontade. Nada, além desta, podia interferir no processo de produção e circulação de bens. As bases da autonomia privada, pois, foram a liberdade e a igualdade formal. Da autonomia da vontade resultou o papel precípua atribuído aos direitos subjetivos, destacando-se os de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica. O liberalismo, que tem a liberdade como o princípio orientador da nomogênese jurídica no âmbito do direito privado, pelo menos no seu campo maior, que é o do direito das obrigações, é o fundamento ideológico da autonomia da vontade. (DE OLIVEIRA, 2011. p. 455-508)

Portanto, a partir do lema do *laissez-faire* que surge a ideia da liberdade de contratar, proporcionando às pessoas celeridade e segurança no âmbito econômico, para realizar diversos negócios, permitindo uma nova dinâmica mercantil, que se diferenciava do feudalismo. Estabelecendo-se uma autonomia privada, as relações privadas ficam em um âmbito fora da abrangência do Estado.

A maior expressão dessa liberdade contratual era justamente a celebração de negócios jurídicos, que, a partir dessa realização, geravam as obrigações. Durante o período do liberalismo, entre os séculos XVIII e XIX, a autonomia da vontade era vista como um dogma, sem limitações (DE OLIVEIRA, 2011. p. 455-508).

Lembra Karina Nunes Fritz que a autonomia da vontade é um desdobramento da personalidade humana, apresentando-se como um direito fundamental:

A autonomia privada celebra e exprime a liberdade de ação como natural desdobramento da personalidade humana, consistindo por isso em um direito fundamental da pessoa decorrente diretamente do princípio da dignidade humana, estampado no art. 1º, III da CF/88 e, a nível ordinário, nos arts. 186, 187 e 421 do CC/2002, os quais regulam o exercício regular das posições jurídicas conferidas à pessoa pelo ordenamento e a liberdade contratual.

Nesse sentido, os direitos fundamentais como o último fundamento de existência do Estado (MOREIRA, 2007. p.179), a autonomia da vontade se torna essencial para assegurar e concretizar os direitos humanos, se manifestando como consectário lógico das liberdades fundamentais que consubstanciam os direitos humanos de primeira dimensão ou geração.

Contudo, em que pese a autonomia da vontade ser um direito fundamental, este princípio encontra limites, não sendo visto mais como um dogma, como era na época do liberalismo, e tendo sofrido temperamentos perante as demais dimensões ou gerações dos direitos humanos.

Isso se deve em razão da ascensão dos pensamentos sociais do século XX, em que se defendia uma maior intervenção estatal nas relações privadas. Esse processo social implica em uma recriação da sociedade (PEDRA, 2021. p.07) e, conseqüentemente, das leis. Assim, a vontade, por si só, não tem o poder absoluto de gerar efeitos jurídicos, sendo necessária a observância de outros aspectos.

Diniz (2008. p.37) acrescenta que a solidariedade social, como um princípio constitucional, prevista atualmente no artigo 3º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), sobretudo em seu inciso I, proveniente da ascensão dos pensamentos sociais, impõe ao Estado o dever de estabelecer pressupostos materiais indispensáveis para o exercício de direitos econômicos, sociais e culturais.

Atualmente, um exemplo dessa limitação é o artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002), o qual restringe a liberdade de contratar em favor da função social do contrato, estabelecendo um equilíbrio entre esses dois princípios. Ademais, na fase pré-contratual, a autonomia da vontade também é limitada e ponderada pelo já analisado princípio da boa-fé objetiva.

Os dois princípios atuam concomitantemente nas negociações preliminares, etapa em que geralmente é celebrado o Memorando de Entendimentos. Assim, ao firmarem um MoU, as partes têm a liberdade de contratar com as ressalvas já estabelecidas no tópico anterior, advindas dos deveres laterais da boa-fé objetiva, baseadas na honestidade e confiança entre as partes.

Sobre essa temática, Karina Nunes Fritz (2009. p.277-278) aduz:

O mandamento da boa-fé objetiva, ou seja, da lealdade e da consideração pelos interesses do parceiro, é, enquanto desdobramento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no plano infraconstitucional, base e sustentáculo de todo o direito, pois não se pode mais admitir uma conduta desleal e antiética no meio jurídico. A ética é a base sobre a qual o arcabouço jurídico se segue, razão pela qual a boa-fé objetiva permeia, como limite natural, toda ação humana sempre que, em decorrência dessa ação, a esfera jurídica de outrem possa ser invadida. Sua incidência durante todas as fases do fenômeno obrigacional é, portanto, inquestionável. Isso inclui obviamente a fase pré-contratual, na qual as partes estão em contato negocial com vistas à eventual celebração de um negócio jurídico, momento em que incidem paralelamente vários princípios, como a liberdade contratual e boa-fé objetiva.

Sendo assim, há uma interessante questão na fase pré-contratual, de como conciliar a aplicação dos princípios. Exige-se, para isso, uma ponderação entre eles, de modo que se houver violação da boa-fé objetiva, a autonomia da vontade será limitada, em decorrência da proteção das condutas éticas nas relações em sociedade, baseada na confiança (FRITZ, 2009. p. 278).

2.2 FASE PRÉ-CONTRATUAL E CONTRATO PRELIMINAR

A natureza jurídica do Memorando de Entendimentos a depender do contexto influenciará diretamente nas consequências de um rompimento das tratativas. Cabe aqui diferenciar, portanto, a fase pré-contratual de um pré-contrato ou contrato preliminar, bem como discorrer sobre suas consequências.

Neste capítulo, foi abordada a fase em que se encontra a responsabilidade civil pré-contratual, qual seja, a fase de pontuação ou de tratativas, aquela que, a princípio, não gera vínculos principais entre as partes, somente os deveres de conduta advindos do princípio da boa-fé.

Essa relação comercial se trata de uma relação jurídica especial, que se difere das relações contratuais e obrigacionais típicas. A natureza da responsabilidade civil também se difere das outras responsabilidades, extracontratual e contratual. Para Regis Fichter (2001. p.247), surge com a fase pré-contratual uma “terceira via” da responsabilidade, ou seja, *sui generis*.

Na responsabilidade *sui generis*, a natureza dela será determinada pelo dever que esta infringe. Portanto, para determinar se a responsabilidade é objetiva ou subjetiva, esta pela análise da culpa, deve-se observar qual o dever que a parte está infringindo. Se o dano decorrer de uma violação da boa-fé objetiva, trata-se de uma responsabilidade objetiva, presente no artigo 187 do Código Civil (BRASIL, 2002). Em caso contrário, trata-se de uma responsabilidade aquiliana, com a observância da culpa, nos termos dos artigos 186, e 927, *caput*, do Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002).

Portanto, uma das consequências entre a fase pré-contratual e o contrato preliminar é o tipo de responsabilidade de eventuais danos ocorridos. O pré-contrato, por ser um contrato propriamente dito, estabelece uma relação jurídica obrigacional com o objeto

de se estabelecer outro contrato, este definitivo. Assim, a natureza jurídica da responsabilidade do contrato preliminar é contratual objetiva e prevista legalmente no artigo 465 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Justamente por se tratar de uma relação jurídica obrigacional, difere-se assim o contrato preliminar da fase pré-contratual. Nesta, como já abordado, há uma inexistência de uma relação obrigacional principal, sendo as partes apenas ligadas pelos deveres laterais ou gerais de conduta advindos da boa-fé objetiva.

No contrato preliminar por sua vez, há a obrigação de celebrar um contrato definitivo posterior, nos termos do artigo 463 do Código Civil (BRASIL, 2002). Havendo inadimplemento, deverá a parte lesada pleitear a execução forçada do contrato definitivo, ou até mesmo, a depender da situação, transformar o contrato preliminar no contrato definitivo, conforme disposto no artigo 464 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Por último, poderá a parte lesada pelo inadimplemento do contrato preliminar pleitear perdas e danos, que permanece como alternativa sempre que inviável a execução forçada do contrato preliminar e sua transformação em sentença, pelo que dispõe o artigo 465 do Código Civil (BRASIL, 2002), atuando a ação de reparação como única via sempre que ausente ou deficiente algum dos elementos da vinculatividade do contrato preliminar previstos nos artigos 462, 463, 464, e até 466 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Apesar de terminologias similares, as consequências de se incluir um instrumento como o Memorando de Entendimentos na fase pré-contratual são relevantes, de modo que não há vínculo obrigacional direto, apenas em decorrência dos deveres laterais da boa-fé. Já identificando-o como contrato preliminar, é necessário observar os artigos 462 a 466 do Código Civil (BRASIL, 2002), onde há uma relação obrigacional de celebração de um posterior contrato definitivo.

O Memorando de Entendimentos é, a princípio, um instrumento auxiliar das negociações, presentes na fase pré-contratual. Contudo, como será analisado, pela ausência de previsão legal, deve-se observar o contexto e todas as características do Memorando de Entendimentos, porquanto se presentes os requisitos de um contrato

preliminar, as consequências serão diferentes, admitindo-se neste caso a execução forçada mediante a comprovação dos requisitos legais de praxe.

3. A VINCULATIVIDADE OBRIGACIONAL DO MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS

3.1. O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS E AS VIOLAÇÕES À BOA-FÉ OBJETIVA

O memorando de entendimentos é, *a priori*, um instrumento auxiliar das negociações, que geralmente não contém uma obrigação principal ou vínculo negocial definitivo entre as partes, porquanto ainda não acordados todos os elementos essenciais do negócio.

Contudo, durante as tratativas, deve-se observar a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, sobretudo reconhecendo que a partir dele podemos admitir relações e vínculos pré-contratuais que dizem respeito aos deveres laterais. A inobservância ou descumprimento dos deveres laterais pré-contratuais podem acarretar na responsabilidade civil pré-contratual. Sendo assim, o Memorando de Entendimentos tem, na responsabilidade civil pré-contratual, sua primeira hipótese de vínculo obrigacional entre as partes. Nesse sentido, estabelece Karina Nunes Fritz (2009. p. 288):

Inicialmente, deve-se observar que esses acordos parciais ou punctuações foram tradicionalmente entendidos como destituídos de qualquer consequência jurídica, isto é, de qualquer força vinculante posto que celebrados na fase de formação do contrato, vale dizer, no suposto período da “não obrigatoriedade”. Hoje, contudo, face à concepção das negociações como uma situação jurídica dotada de normatividade, na medida em que nela incide o princípio da boa-fé objetiva, gerando para as partes um complexo de deveres de consideração, entende-se que os acordos parciais são aptos a gerar efeitos jurídicos.

Os instrumentos auxiliares da negociação, nos quais se encontra o memorando de entendimentos, portanto, são aptos a gerar efeitos na fase pré-contratual, quando há a existência de responsabilidade civil pré-contratual por descumprimento da boa-fé objetiva nas tratativas.

Havendo ruptura nas negociações após o memorando de entendimentos, mesmo que injustificadamente, não necessariamente ocorrerá a obrigação de reparar a parte que se viu lesada. À parte que se sentiu lesada, cumpre demonstrar alguns requisitos para que possa ser reparada, levando-se em consideração a real expectativa e a devida tutela da confiança que é essencial para um ambiente de negócios salutar e que

atenda ao sentido da boa-fé objetiva como princípio jurídico dotado de conteúdo axiológico, e como sempre se compreende como pressuposto de qualquer ação de reparar: a prova concreta de eventuais danos sofridos.

Para Karina Nunes Fritz (2009. p.285-319), a culpa *in contrahendo* por ruptura das negociações preliminares tem quatro requisitos que devem ser preenchidos para justificar um pedido de reparação, quais sejam, i) a existência de negociações preliminares; ii) a legítima expectativa em contratar; iii) a ruptura das negociações com a quebra da boa-fé objetiva; e iv) o dano.

Quanto ao primeiro requisito, é inegável que com a celebração do memorando de entendimentos há a prova cabal da existência das negociações, pois há um instrumento escrito devidamente assinado entre as partes no qual dispõe sobre todos os pontos acordados e quais eventualmente serão debatidos para uma futura conclusão ou não de um negócio jurídico.

O memorando de entendimentos além de provar a existência das negociações, também poderá servir como prova da confiança na celebração do contrato, ou ao menos contribuir significativamente para sua comprovação. Nesse diapasão, Karina Nunes Fritz (2009. p. 288) leciona que:

Os instrumentos utilizados pelas partes para documentar as negociações e fixar os pontos já acordados ganham, por outro lado, significativa importância, na medida em que contribuem para a formação da confiança legítima na celebração.

Assim, por meio de dados objetivos, observa-se a confiança em uma futura contratação para uma eventual responsabilização. O intérprete, portanto, ao analisar o caso, deve observar o substrato fático e objetivo acostado aos autos, julgando-se procedente ou não a partir dessas provas considerando o elemento da base objetiva do negócio que se estabelece a partir de uma expectativa não leviana e sim concretizada por elementos objetivos.

É desse modo, a propósito, que os tribunais brasileiros analisam essas situações, no que tange à responsabilização civil pré-contratual:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. LOCAÇÃO DE SALA COMERCIAL EM SHOPPING CENTER. OFERTA PROPOSTA, ACEITA E PREÇO, DESTINADO À GARANTIA DA COISA, PAGO - RES PERATA. PROJETO

ARQUITETÔNICO PARA VIABILIDADE DE USO DA SALA APROVADO PELO COMITÊ DO CENTRO COMERCIAL. OBRAS INICIADAS. LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO CONTRATANTE PARA A SUBSCRIÇÃO DO PACTO, NO MUNDO DOS FATOS JÁ EM IMPLEMENTADO. ALTERAÇÃO UNILATERAL DA SALA COMERCIAL. CIRCUNSTÂNCIA, NÃO OBSTANTE, ACEITA PELO CONTRATANTE. PROJETOS NOVAMENTE APROVADOS. OBRAS REINICIADAS. NOVA ALTERAÇÃO DA SALA DESTINADA À AUTORA. RESOLUÇÃO DA AVENÇA OPERADA INTER PARTES. INDENIZAÇÃO. RESSARCIMENTO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONCESSÃO DAQUELES. RECURSO DA DEMANDADA. DANOS MATERIAIS DEVIDO. DEVER DE LEALDADE E BOA-FÉ, NA FASE PRÉ-CONTRATUAL, POR ELA NÃO OBSERVADO. Consabido que a formação dos contratos envolve diversas etapas. Na denominada fase pré-contratual, onde nascem todas as obrigações recíprocas, há a oferta, a negociação e a decisão de efetivamente materializar a convergência de vontades em um instrumento formal, maioria das vezes solene. As situações inequívocas de contratar se manifestam em propostas. Uma parte promete à outra, por meio de algum documento, a execução de atos precisos com vistas à contratação. **Então, em tal fase preliminar, os interessados realizam não só uma aproximação como, também, ajustam todas as nuances da relação que logo se estabelecerá formal e oficialmente. As negociações e tratativas iniciais, a despeito de assegurarem o arrependimento legítimo, criam uma legítima expectativa acerca da contratação, que já dá alguns passos à sua consecução. Tais atos natural e evidentemente geram responsabilidades pré-contratuais para ambos os envolvidos no negócio jurídico. Haverá o dever de indenizar, por exemplo, se na fase pré-contratual ocorre uma ruptura arbitrária e intempestiva das negociações de tal modo que, se a outra parte soubesse de tal empecilho, não teria tomado as medidas que adotou.** Há quebra do dever de lealdade, confiança e informação (art. 422 do CC). Trata-se de evidente abuso de direito (art. 187 do CC), ato maculado pela má-fé, o qual é passível de responsabilização civil, já que vige em nosso ordenamento, tanto na esfera contratual (culpa in contrahendo) como extracontratual (art. 186 do CC), o princípio de reparação integral dos danos causados. **A res sperata paga pelo lojista destina-se à reserva e à garantia da locação de determinado espaço em shopping center. Pago tal valor, aprovados os projetos arquitetônicos para uso da sala pelo centro comercial e permitido, por ele, ao lojista iniciar as alterações necessárias e úteis ao desenvolvimento do seu mister, ainda que pendente a subscrição oficial do pacto, no mundo dos fatos já implementado, não pode a empresa que administra tal espaço alterar unilateralmente a contratação e impor ao contratante a alteração da sala aceita por outra, por mais de duas vezes, sem ressarcir-lo dos valores gastos com a contratação de pessoal e realização de tais reformas, pois tal agir revela deslealdade na fase pré-contratual e, por conseguinte, má-fé.** RESSARCIMENTO POR ABALO À MORAL. IMBRÓGLIO, DE FATO, SUSCETÍVEL DE CAUSAR ABORRECIMENTOS. AUTORES, PORÉM, EMPRESÁRIOS E, PORTANTO, CIENTES DO RISCO DOS NEGÓCIOS QUE SE ENVOLVEM. SITUAÇÃO QUE, PORTANTO, NÃO GERA DOR OU AFLIÇÃO PSICOLÓGICA EXTREMA. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA QUE NÃO SE FAZ DEVIDA. A verificação do dano à moral do ser humano não reside exatamente na simples ocorrência do ato ilícito, pois nem todo ato em desconformidade com o ordenamento jurídico é capaz de irradiar efeitos nefastos na personalidade da pessoa. O ser humano deve se ofender de modo relevante. Excepcionando-se casos extremados, a mera discussão contratual, com seu desfazimento, não possui força necessária para abalar a psique do contratante se este é empresário e ciente dos riscos do seu negócio. APELOS NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

(TJ-SC - AC: 20110988636 Capital 2011.098863-6, Relator: Gilberto Gomes de Oliveira, Data de Julgamento: 11/06/2015, Segunda Câmara de Direito Civil)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0025574-38.2011.8.08.0035 (035110255748)
APELANTE: NISIBRA CIA BRASILEIRA DE SUPPLY BASE e outra
APELADOS: JOSÉ CLERES CARVALHO GOMES e outros RELATOR:
DES. CARLOS SIMÕES FONSECA EMENTA APELAÇÃO CÍVEL – CIVIL
E PROCESSUAL CIVIL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO
AGRAVO RETIDO REJEITADA – AUSÊNCIA DE INTERESSE DO
AGRAVANTE EM ARGUI-LA – MÉRITO – CONTRATO PRELIMINAR A
QUE SE PRETENDE DAR CUMPRIMENTO – PEDIDO ALTERNATIVO DE
CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS – NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES
NÃO OBRIGAM À CONTRATAÇÃO – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DE
VONTADE DE TODOS OS CONTRATANTES – IMPOSSIBILIDADE DE
SUPRIMENTO DA VONTADE DE UM DELES – NECESSIDADE DE
SUBSCRIÇÃO POR TODOS OS ENVOLVIDOS – AUSÊNCIA DE
OUTORGA DE PROCURAÇÃO PARA ASSINATURA DO CONTRATO –
RATIFICAÇÃO DE EVENTUAL MANDATO INEXISTENTE - VIOLAÇÃO AO
PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA OU AO VENIRE CONTRA FACTUM
PROPRIUM NÃO CARACTERIZADA – RECURSO IMPROVIDO. 1.Rejeita-
se preliminar de não conhecimento de recurso de agravo retido arguida
pelos próprios agravantes, por ausência de interesse em sua arguição.
2.Segundo as disposições normativas e doutrinárias a respeito, o contrato
preliminar tem por objeto a obrigatória formação de um contrato futuro, cujas
especificações já estão delineadas nesta contratação acessória que, se for
bilateral, obriga ambas as partes à contratação futura. 3.As chamadas
negociações preliminares, que antecedem a formalização do contrato
preliminar, não obrigam as partes à concretização do negócio, mas indicam
para onde se direciona a vontade dos futuros contraentes, motivo pelo qual
devem ser levadas em consideração para fins de interpretação do futuro
contrato a ser firmado, por aplicação lógica do princípio da boa fé objetiva.
4.**Mesmo que exista prova de que as partes tinham a intenção de firmar
o contrato preliminar, este somente pode ser considerado válido se
houver a subscrição por todos os envolvidos e, na hipótese em apreço,
as partes travaram negociações preliminares que, entretanto, não
culminaram na assinatura, por todos os envolvidos, do contrato
preliminar redigido.** 5.Ademais, no caso concreto, a vontade faltante
não poderia sequer ser suprida pela confissão do pretense
contratante, porque a prova dos autos indica que ele queria fechar o
negócio, mas não nos termos em que redigido o documento a ele
apresentado para assinatura. 6.Descaracterizado, ainda, o suprimento da
vontade faltante pela assinatura, por procuração, do seu consorte, já que
os fatos narrados nos autos indicam que não houve a posterior aceitação
ou ratificação do mandato (arts. 659 e 662 do CC/02). 7. Tratando-se de um
contrato em que são previstas múltiplas obrigações para ambas as partes,
não pode prevalecer qualquer interpretação que considere cada obrigação
como isolada, motivo pelo qual não há como considerar como perfeita e
acabada, tão somente, a venda da cotas sociais de propriedade da segunda
apelada, que assinou a contratação, vez que o objeto da contratação não
eram as obrigações individualmente consideradas, mas, sim, o conjunto das
obrigações devidas por cada parte e, nesse contexto, não há como cindil-
las, para fazer prevalecer, tão somente, aquelas relativas às partes que
assinaram a pactuação: ou valem todas ou nenhuma. 8.Não concretizadas
as negociações preliminares e inexistente o contrato preliminar
apresentado, não há o que se executado, motivo pelo qual afastam-se,
ainda, as alegações de que deve-se proporcionar a conservação do
contrato 9.**Por fim, como bem ressaltado na sentença recorrida, se não
houve a formal assunção de obrigações por nenhuma das partes, não
houve formalização de contrato preliminar, não se verifica nos autos**

comprovação da assunção de despesas decorrentes das negociações, nem se faz comprovada a injustificada quebra da expectativa legitimamente gerada em uma parte pela outra, estando a situação narrada e delineada nos presentes autos dentro da perfeita normalidade pré-contratual, que culminou, simplesmente, na não formalização do negócio jurídico, o que afasta as alegações de violação ao princípio da boa fé objetiva e de caracterização do venire contra factum proprium. 10. Recurso improvido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDA a Segunda Câmara Cível, na conformidade das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar e, no mérito, por igual votação, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto do relator. Vitória (ES), 16 de setembro de 2014. DES. PRESIDENTE DES.RELATOR

(TJ-ES - APL: 00255743820118080035, Relator: CARLOS SIMÕES FONSECA, Data de Julgamento: 16/09/2014, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/10/2014)

Analisando-se os julgados, temos duas situações em que os julgadores, pela prova dos autos, verificam ou não a existência da legítima expectativa. No caso em que houve o reconhecimento da expectativa, o julgador observou, entre outros aspectos, o pagamento do lojista ao empreendedor acerca do negócio de verba prévia na forma de res sperata que no caso dado atuou como sinal inequívoco de pactuação, bem como arcou com a contratação de projetos arquitetônicos, até mesmo aprovados pelo empreendedor, para a habitação da locação.

De outro lado, no caso em que não se reconheceu a expectativa de contratar, o julgador ponderou que não houve a subscrição do instrumento pela totalidade das partes. Ademais, não havia concordância entre todos os pontos do negócio, o que impossibilitava a legítima expectativa em contratar, na análise do intérprete, posto que não se cumpriu como requisito mínimo o acordo dos elementos essenciais de existência do negócio jurídico: vontade, partes, objeto e forma.

Destarte, claro está que a legítima expectativa em contratar irá depender da análise do intérprete em cada caso concreto, observando-se todos os aspectos da situação e levando em consideração, sobretudo, a presença de uma expectativa real merecedora de tutela jurídica e o efetivo prejuízo que exija reparação civil.

O Memorando de Entendimentos, nessas situações, surge como auxiliar ou como prova principal para a comprovação da legítima expectativa em contratar. Ademais, o MoU comprova toda a atual conjuntura do negócio, indicando todas as suas bases e consensos essenciais para a verificação da legítima expectativa em contratar.

Imagine-se uma certa situação em que, após a assinatura do memorando de entendimentos para alteração do contrato social para inclusão e cessão de cotas, as partes iniciam uma situação fática em que atuam conjuntamente, em que a parte que será incluída no contrato social começa a realizar atos dentro da empresa próprios de um sócio, sem ainda formalizar a alteração no contrato social. Evidencia-se, por óbvio, que essa parte tem uma legítima expectativa na contratação, mesmo sem ter sido formalizado nenhum instrumento ou contrato vinculante, neste sentido é possível evocar a boa-fé objetiva em caso de ruptura injustificada, haja vista a tutela da confiança nas negociações advindas da boa-fé objetiva, podendo esta se configurar como despesa efetiva já realizada ou mesmo como perda de uma chance por oportunidades perdidas que foram desconsideradas, justamente, pelo compromisso já assumido na forma de uma expectativa justa e formalizada em um MoU.

Nessa situação hipotética, em caso de recusa de alteração do contrato social, claro está que a parte adotaria comportamento contraditório, pois admitiu faticamente a entrada da outra parte na sociedade, após a celebração do memorando de entendimentos, entretanto, não formalizou a alteração do contrato social. Assim, pela vedação ao comportamento contraditório e a tutela da confiança, os quais impõe um dever de não realizar condutas que afetariam os interesses e a legítima expectativa da outra parte (SCHREIBER, 2016. p.61-62), a parte lesada teria o direito de ser ressarcida.

O memorando de entendimentos, nessa situação, atua como um auxiliar direto para comprovar eventuais danos na não formalização do contrato social, de modo que institui o progresso das negociações, dispondo sobre quais termos estão acordados, que ainda serão debatidos, evitando constantes retrocessos e garantindo a continuidade das tratativas que busquem um resultado útil para as partes como consectário do dever geral de mútua colaboração que se depreende da boa-fé objetiva.

Portanto, analisando-se objetivamente alguns aspectos deverão ser ponderados para a avaliação da certeza ou não da contratação do memorando de entendimentos, como por exemplo as condutas de cada parte, e se estas estão de acordo com os padrões de conduta exigidos pela boa-fé objetiva, a duração das negociações, a qualidade das

partes, o progresso, o objeto do negócio e sua natureza, valor, entre outros (FRITZ, 2009. p. 293-297).

Assim, havendo existência de tratativas e a certeza na celebração do contrato, a responsabilidade civil pré-contratual se dá com o rompimento injustificado das negociações, violando a boa-fé objetiva, pela quebra da confiança, sobretudo quando causem prejuízo efetivo por despesas comprovadas ou mesmo perdas de chance efetivas.

Ressalta-se, porém, que nem todo rompimento injustificado ensejará em responsabilização. A regra geral é que as partes são livres para contratar, pelo princípio da autonomia da vontade, como estabelecido no artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002), contudo, havendo a certeza na celebração, há, por conseguinte, quebra da boa-fé objetiva, princípio limitador, ou temperamento necessário, da autonomia da vontade quando há uma conduta desleal ou contraditória. Neste sentido é importante frisar que a autonomia privada deve ser lida de forma conjunta com os princípios da função social, tutela da confiança do mercado, e da boa-fé objetiva.

Para configurar motivo justo para rompimento, entende-se apta aquela conduta que está de acordo com os padrões exigidos pela boa-fé, condutas leais e honestas, aptas a justificar o abandono das negociações, mesmo em estágio avançado e já com a certeza na celebração do contrato, o que implicaria em uma quebra da negociação sem dever de reparar, posto que neste caso estaríamos diante de uma conduta conforme a boa-fé objetiva. (FRITZ, 2009. p.298-299)

Sendo assim, a parte que obtiver uma melhor proposta oferecida por terceiro, a título de exemplo, para que se torne um motivo justo, deve observar com cautela seus deveres da boa-fé, como o da informação e lealdade, transmitindo à outra parte conhecimento sobre essa proposta, bem como se for o caso oportunizar à outra parte equiparar a proposta, nos mesmos termos.

No memorando de entendimentos, ademais poderá ter a cláusula de exclusividade, impondo às partes a vedação de negociações paralelas sobre o mesmo objeto. Assim, mesmo com motivo justo da melhor proposta de terceiro, havendo o pacto de exclusividade, poderá a parte lesada requerer perdas e danos, que em alguns casos pode se estender até mesmo em face do terceiro aliciador ou que interfira no correto

curso da negociação, como na hipótese do art. 608 do Código Civil (BRASIL, 2002). O que permite reconhecer que não há apenas uma única dinâmica nas relações pré-contratuais e em suas consequências, com a determinação destas de acordo com a forma que se desenvolvem as negociações e são definidas as cláusulas do memorando de entendimentos.

A existência dessas cláusulas no MoU já estabelece um vínculo obrigacional entre as partes, na forma do que foi pactuado, como a cláusula de confidencialidade, exclusividade, entre outros. Apesar da existência dessas cláusulas, entretanto, não obsta a atuação da boa-fé objetiva, de modo que as partes deverão continuar a adotar comportamentos com base na boa-fé objetiva

A quebra dos deveres laterais da boa-fé objetiva, como o dever de informação, no qual a parte omite ou altera dados e informações essenciais para a conclusão do contrato, possibilita à outra parte o rompimento justificado das negociações, bem como pleitear pela reparação por eventuais danos causados, na forma dos arts. 186 e 927 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Por fim, para caracterizar a responsabilidade civil pré-contratual e gerar vínculo obrigacional pelo MoU, deve existir o dano, como em toda responsabilidade civil, pois sem o dano, não há falar em indenização e tampouco ressarcimento, pois não há responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2019. p. 103)

Em sede da responsabilidade pré-contratual, a doutrina majoritária entende que a indenização dos danos decorrentes do rompimento injustificado das tratativas só será abrangida pelo interesse negativo. O interesse negativo se refere ao interesse da parte em ser ressarcida pela negociação e tempos despendidos que não resultaram em seu benefício ou contratação, o contrário do interesse positivo, o qual seria a reparação equivalente ao que seria auferido com a celebração do contrato definitivo.

Nesse sentido, dispõe Regis Fichtner Pereira (2001. p.377-378):

O que pode ser violado pela ruptura injustificada das negociações contratuais é a confiança que o contraente depositou na estipulação do contrato e a não obrigação em si de estipulá-lo. A responsabilidade pela ruptura das tratativas somente pode compreender os prejuízos que o contraente sofreu em razão de ter, de boa-fé, confiado na conclusão do contrato. Esses prejuízos se limitam, em princípio, portanto, às despesas em que incorreu durante o desenrolar das tratativas e eventualmente os prejuízos decorrentes da perda

de algum outro negócio de que tenha desistido, em virtude de estar negociando o contrato que posteriormente não veio a se estabelecer.

Assim, na reparação do interesse negativo, pode o lesado pleitear danos morais, se caracterizado, danos emergentes e lucros cessantes, além da eventual perda de uma chance pela frustração de oportunidades que são desconsideradas dado o compromisso prévio representado pela MoU, nos termos do art. 402 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002).

Os danos emergentes se caracterizam pelo que a parte gastou durante as tratativas, enquanto os lucros cessantes são entendidos como a perda concreta da oportunidade negocial (FRITZ, 2009. p.310). No caso do memorando de entendimentos, os danos emergentes geralmente são gastos com consultoria, *due diligence*, advogados, entre outros. Quanto aos lucros cessantes, podem se dar com a perda de realocação do capital, ou seja, perda de investimentos, como também com a perda de celebração de contrato com terceiros na forma de perda de uma chance, haja vista que o ato ilícito tirou a oportunidade de uma situação futura melhor para a parte lesada (CAVALIERI FILHO, 2019. p. 109), em razão de ter a certeza de celebração do contrato com a parte que rompeu injustificadamente.

Assim, conclui-se que a partir da assinatura do Memorando de Entendimentos, como instrumento auxiliar das negociações, poderá gerar responsabilidade civil pré-contratual, cabendo ao intérprete analisar a situação concreta e suas circunstâncias, para avaliar objetivamente se ocorreu a quebra da boa-fé objetiva, bem como se houve o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil pré-contratual.

Preenchidos os seguintes requisitos: i) a existência de negociações preliminares; ii) a legítima expectativa em contratar; iii) a ruptura das negociações com a quebra da boa-fé objetiva; e iv) o dano, a parte lesada poderá demandar judicialmente a reparação pelo interesse negativo, pleiteando indenização por eventuais danos morais e danos materiais, pelos danos emergentes e lucros cessantes, na forma dos arts. 402 e 403 do Código Civil (BRASIL, 2002).

3.2 O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS COMO CONTRATO PRELIMINAR

No primeiro capítulo deste trabalho, fora abordada a dificuldade da doutrina em estabelecer uma natureza jurídica para o Memorando de Entendimentos. Em razão

dessa imprecisão e da ausência de previsão legal, o Memorando de Entendimentos poderá ser entendido em certas circunstâncias como um contrato preliminar.

Ademais, como trabalhado no capítulo 2.2, as consequências de se enquadrar o Memorando de Entendimentos como contrato preliminar se diferenciam sobremaneira de enquadrá-lo como mero instrumento das negociações preliminares, eis que como contrato preliminar, a parte lesada poderá exigir a celebração do contrato definitivo.

Não restam dúvidas, portanto, que se qualificando o MoU como contrato preliminar, as partes estão juridicamente vinculadas à celebração do contrato definitivo, ou em caso de inexecução, a outra parte terá a faculdade de pleitear perdas e danos, na forma do art. 465, CC (BRASIL, 2002).

Destarte, aduz Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Com o fito, então, de assegurar essa certeza jurídica, não se ficando, portanto, ao alvedrio dos contratantes, o *contrato preliminar* tem o condão de criar um *vínculo jurídico* entre as partes contratantes, donde exsurge a *obrigação* de celebrar o *segundo contrato* [= *contrato definitivo*], fazendo nascer, pois, o *direito à conclusão* do negócio jurídico entabulado preliminarmente entre as partes (e conseqüente *dever* da outra parte de concluí-lo tal qual pactuado entre elas). A obrigação assumida pelas partes do contrato preliminar, de celebrar o definitivo, é de *fazer*: manifestação de declaração de vontade. (2016. p. 81-82)

O art. 462 do Código Civil (BRASIL, 2002) preceitua que o contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais do contrato a ser celebrado. Além disso, como todo negócio jurídico, deve o contrato preliminar se atentar aos requisitos dos artigos 104, 166 e 171 do Código Civil (BRASIL, 2002).

O Memorando de Entendimentos pode ter um conteúdo bem variado, pois ausente a sua previsão legal, ampliando a abrangência de suas matérias. Desta forma, o Memorando de Entendimentos que contém todos os pontos essenciais sobre a operação que estão negociando, pode se qualificar como contrato preliminar.

Se todos os pontos essenciais foram consentidos entre as partes no Memorando de Entendimentos, não há falar em mero instrumento auxiliar das negociações, eis que há as declarações de vontade de ambos os tratantes, restando apenas a celebração do contrato definitivo.

Ainda é mais evidente a obrigação de celebração do contrato definitivo se estiver estabelecido nas cláusulas do MoU a obrigação de celebrar o contrato definitivo, com adoção ou não de forma pública artigo 109 do Código Civil (BRASIL, 2002) que não é essencial à sua vinculatividade imediata como contrato preliminar, no artigo 462 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Em sentido contrário, no entanto, a cláusula que declara a não intenção em celebrar o contrato definitivo, ou que preveja uma cláusula de recesso ou arrependimento, ou que expressamente não reconhece a existência de efeitos jurídicos ao memorando, na leitura do artigo 463 do Código Civil (BRASIL, 2002), não obrigaria as partes à celebração do contrato definitivo (BROGLIA MENDES, 2018. p. 686).

Imperiosa, portanto, a análise a partir de cada caso, para analisar se o Memorando de Entendimentos tem a natureza jurídica de um contrato preliminar. Para isso, necessário observar primeiro, os requisitos dos arts. 104, 166 e 171 do Código Civil (BRASIL, 2002), e após, todos os elementos essenciais do negócio estão devidamente acordados entre as partes, bem como se há cláusula que estabelece a obrigatoriedade da celebração do contrato definitivo.

Por fim, analisar-se-á a existência de cláusulas que exprimem o direito de arrependimento ou a inexistência de vínculo obrigacional no instrumento, consoante artigo 463 do Código Civil (BRASIL, 2002).

A propósito, confirmam-se alguns julgados que classificam a partir dessa análise o memorando de entendimentos como contrato preliminar:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - "MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS PARA LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA DESENVOLVIMENTO DE ATIVIDADES PORTUÁRIAS ASSINADO ENTRE AS PARTES" - NATUREZA DE CONTRATO PRELIMINAR - EFEITOS CONDICIONADOS A ASSINATURA DO CONTRATO PRINCIPAL, O QUAL NÃO FOI FIRMADO - IMPOSSIBILIDADE DE EXIGIR O CUMPRIMENTO DAS DIRETRIZES PRELIMINARES - PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR - 12ª C. Cível - AC - 1602842-9 - Paranaguá - Rel.: Desembargador Marques Cury - Unânime - J. 28.06.2017)

(TJ-PR - APL: 16028429 PR 1602842-9 (Acórdão), Relator: Desembargador Marques Cury, Data de Julgamento: 28/06/2017, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 2064 07/07/2017)

ACÓRDÃO EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA INTIMAÇÃO DO AUTOR PARA ESPECIFICAR PROVAS INÉRCIA PRECLUSÃO DO DIREITO DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA JULGAMENTO ANTECIPADO DO PEDIDO CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURAÇÃO - MÉRITO MEMORANDO DE ENTENDIMENTO PREVISÃO EXPRESSA DE QUE AS PARTES ATRIBUÍRAM EFEITOS CONTRATUAIS AO PACTO OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DEMONSTRADA PAGAMENTO PARCIAL CONFESSADO PELA APELANTE SENTENÇA MANTIDA RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Preliminar de cerceamento de defesa A parte, intimada a especificar as provas que pretendia produzir, omitiu-se em fazê-lo, operando-se a preclusão de seu direito à produção probatória no processo, mesmo que haja protesto genérico de provas na contestação. Preliminar rejeitada. **2. Mérito No item do 1 (um) do pacto, consta que as partes resolvem, de comum acordo, como resultado de negociação e entendimento, estabelecer parceria técnico-comercial, com efeitos contratuais, regida pelos parâmetros e descrições estabelecidas no presente MDE. Embora as partes tenham nominado o instrumento como Memorando de Entendimentos, por meio de manifestação expressa de vontade, decidiram conceder ao instrumento, efeitos de contrato. Verifica-se, assim, que há uma relação obrigacional entre a apelante e a apelada por manifestação expressa da autonomia da vontade de ambas, o que garante a estabilidade dos contratos.** 3. A cláusula 3, do contrato celebrado entre os litigantes, previu que a apelante elegia a apelada como sua representante comercial e interlocutora exclusiva junto ao Governo do Estado do Espírito Santo, devendo essa última ser comissionada em 15% do valor bruto de todos os contratos firmados entre o Governo do Estado do Espírito Santo e a PROJETA. 4 . A comunicação entre as partes demonstra a interlocução da apelada para as tratativas entre o IEMA e a apelante e, ainda, a proposta comercial de implantação do sistema de gestão de licenciamento ambiental apresentada ao IEMA, consta como equipe técnica, o representante da apelada sendo forçoso concluir que a prestação dos serviços por parte da recorrida restou suficientemente demonstrada. O nexos de causalidade, por sua vez, não foi ilidido, já que o contrato celebrado entre apelante e IEMA se deu exatamente para fornecimento de um sistema de gestão ambiental. 5. A apelante procedeu ao pagamento, de maneira espontânea, ou seja, antes do ajuizamento da ação de R\$ 520.000,00 (quinhentos e vinte mil reais) à apelada e, embora afirme a ausência de prova desse adimplemento, é fato incontroverso nos autos a quitação da quantia mencionada, já que a própria demandada/apelante afirma em contestação que o fez. 6. Mantida a sentença de singela instância que reconheceu a obrigação da recorrente em efetuar o pagamento, à recorrida, do valor remanescente devido a título de comissão pelos serviços prestados de interlocução e representação da ré perante o órgão estadual. 7. Recurso conhecido e improvido. Fixados honorários advocatícios sucumbenciais recursais.

(TJ-ES - APL: 00035856720158080024, Relator: FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY, Data de Julgamento: 15/10/2019, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/10/2019)

Destaca-se o segundo julgado, em que as partes expressamente dispõem sobre os efeitos contratuais do Memorando de Entendimentos, no sentido de celebrar o contrato definitivo. De certo que, nessa hipótese, as partes se obrigaram, formando assim uma relação jurídica obrigacional.

Nessa toada, preenchendo-se em todos os requisitos de um contrato preliminar, obrigam-se as partes à celebração do contrato definitivo, surgindo o direito de postular a execução específica do contrato judicialmente.

Em determinados casos, poderá ser conferido ao Memorando de Entendimentos a conversão em contrato definitivo, a depender da natureza do negócio, como preceitua o artigo 464 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Surge às partes, da mesma forma, a faculdade de considerar desfeito o contrato e pleitear perdas e danos, se for de sua vontade conforme a alternativa do 465 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Assim, sendo uma obrigação de fazer, cabe à parte lesada pleitear a tutela específica ou a conversão em perdas e danos, nos termos dos artigos 497 e 499 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

3.3 O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS COMO PROPOSTA

Ainda que não tenha as características de um contrato preliminar, o MoU poderá vincular uma das partes a celebrar o contrato nos termos estabelecidos no instrumento, na forma de proposta.

A proposta é a declaração unilateral de uma das partes, consistente na oferta de contratar. A obrigatoriedade da proposta tem como fundamento o ônus do proponente em sustentá-la e arcar com suas consequências, de modo que cria no oblato uma expectativa na contratação, e sua ruptura injustificada, por certo, poderá gerar danos (GUILHERME, 2017. p.276). O Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002), nos artigos 427 e seguintes, dispõe sobre o efeito vinculante da proposta.

Em decorrência do Memorando de Entendimentos ser assinado pelos próprios tratantes, não há falar em proposta feita à pessoa ausente, de modo que necessariamente eventual proposta presente no MoU será feita a pessoa presente física ou virtualmente, eis que esta assinará o MoU.

A proposta no MoU, assim como no contrato preliminar, deverá abranger todos os conteúdos essenciais do negócio a ser celebrado. Nesse sentido, estabelecem os artigos 427 e 428 do Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I - se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante;

II - se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente;

III - se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.

A proposta, nesse diapasão, para vincular a parte proponente, deve estabelecer todos os pontos essenciais do negócio a ser celebrado pelo MoU. Ademais, a proposta deverá ser feita a prazo, de modo que, em caso contrário, a aceitação deveria ser imediata e, havendo consentimento entre todos os pontos essenciais, não configuraria proposta, e sim contrato preliminar, haja vista que a proposta é a declaração unilateral de vontade, feita somente pela parte proponente.

Nas declarações de vontade que se encontra o ponto de distinção entre o MoU como proposta ou como contrato preliminar, verifica-se que para constituir proposta, deverá conter apenas a oferta, sem a sua aceitação. Havendo aceitação, há o acordo das declarações de vontade, constituindo consentimento, apto a configurar um contrato preliminar.

Destaca-se, ainda, que a aceitação fora do prazo pela outra parte, ou com alterações, adições ou restrições à proposta originária é configurada como nova proposta, nos termos do artigo 431 do Código Civil (BRASIL, 2002).

De outra forma, com fulcro no artigo 433, do CC (BRASIL, 2002), a proposta também deixa de ser obrigatória se antes da aceitação houver a retratação do proponente.

Portanto, no MoU, para a proposta ter efeito vinculante, deve-se preencher alguns requisitos: (1) declaração de vontade realizada unilateralmente; (2) abarcar todos os pontos do negócio a ser celebrado; (3) prazo para manifestar acerca de sua aceitação ou não; e (4) não houver retratação do proponente antes da aceitação.

Imaginemos uma hipótese em que uma das partes tratantes, a empresa X, após o consentimento de todos os detalhes sobre a negociação, com exceção do preço, apresenta o valor que estaria disposto a realizar a negociação, oferecendo à outra parte, a empresa K, um prazo de 5 (cinco) dias para se manifestar. A empresa K, satisfeita com o preço ofertado, manifesta a sua concordância, sem qualquer revogação ou retratação da empresa X.

Assim, portanto, a empresa X está vinculada à sua proposta e seus termos, de modo que não poderá mais se retratar quanto às alterações em relação ao preço, ou em relação aos termos acordados no MoU. Desse modo, deverão as empresas X e K celebrarem o negócio nos termos propostos pela empresa X no MoU.

Em caso de descumprimento da proposta pela empresa X, à empresa K surge o direito de execução específica nos termos da proposta, ou indenização por perdas e danos (Martins-Costa, 2000. p. 511-512).

Preenchidos esses requisitos, portanto, a proposta estabelecida no MoU terá força vinculante, gerando efeitos jurídicos para as partes tratantes, constituindo o MoU mais uma hipótese de vínculo obrigacional entre as partes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante toda a exposição acima realizada, é possível construir um raciocínio lógico que permite aplicar ao Memorando de Entendimentos possíveis efeitos jurídicos, elencando algumas hipóteses e requisitos para essa configuração.

Nessa senda, buscou-se encontrar na doutrina, pela ausência de previsão legal, a natureza jurídica do Memorando de Entendimentos. Contudo, diante da imprecisão doutrinária, partiu-se da premissa de que o MoU é um instrumento auxiliar das negociações, em virtude de sua função e do momento em que é utilizada.

A depender do contexto, entretanto, poderá ser o MoU considerado como contrato preliminar, eis que presentes os requisitos dos artigos 462 a 466 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Os instrumentos auxiliares das negociações são pactuados na fase pré-contratual, a qual não estabelece, a princípio, obrigações às partes. Na fase pré-contratual há dois princípios norteadores dessa etapa, o princípio da boa-fé objetiva e da autonomia da vontade.

Esses princípios atuam conjuntamente, sendo que pelo princípio da autonomia da vontade, as partes têm a liberdade de contratar. Pelo princípio da boa-fé objetiva, por sua vez, entende-se como um princípio pautado na solidariedade, limitadora da autonomia da vontade.

A boa-fé objetiva tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, tutelando a confiança nas relações interpessoais, de maneira a estabelecer três funções, a função interpretativa, a criadora de deveres laterais e a restritiva de direitos, com ênfase na vedação ao comportamento contraditório.

De forma a tutelar a confiança, portanto, a boa-fé objetiva impõe às partes o dever de agir com lealdade e cooperação, pautadas em um padrão comportamental ético. Destarte, a boa-fé objetiva funciona como limitadora da autonomia da vontade na fase pré-negocial e, em caso de quebra desses deveres, poderá surtir efeitos.

Ademais, observou-se as dissimilaridades e conseqüências da fase pré-contratual para um pré-contrato, de maneira que no pré-contrato já existe uma relação

obligacional principal, a qual dispõe sobre a obrigação de celebrar o contrato definitivo.

No último capítulo, por fim, analisou-se hipóteses de quebra da boa-fé pela celebração do memorando de entendimentos, bem como os requisitos para a configuração da responsabilidade civil pré-contratual com a celebração do memorando de entendimentos. Esses requisitos são: 1) a existência das negociações; 2) a certeza na celebração do contrato; 3) a ruptura injustificada com a inobservância da boa-fé objetiva; e 4) o dano.

Preenchidos esses requisitos, a parte lesada poderá pleitear por danos morais e materiais, estes pelos danos emergentes e também lucros cessantes, na forma da perda de uma chance.

O trabalho também buscou analisar o Memorando de Entendimentos configurando como contrato preliminar, ou até mesmo como proposta. Assim, o MoU com todos os pontos essenciais do negócio a ser celebrado consentidos entre as partes, e preenchidos os requisitos dos artigos 166 e 462 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002), às partes surge a obrigação de celebrar o contrato definitivo, com a ressalva de eventuais cláusulas expressas presentes no instrumento que afastam os efeitos jurídicos ou estabelecem o direito ao arrependimento.

Em caso de descumprimento do contrato preliminar, surge à parte lesada o direito da tutela específica ou a sua conversão em perdas e danos.

Na proposta, por sua vez, nos termos dos artigos 427 e seguintes, para que essa seja vinculante no MoU, deve observar certas condições: (1) ter declaração de vontade realizada unilateralmente no instrumento; (2) abarcar todos os pontos do negócio a ser celebrado; (3) prazo para manifestar acerca de sua aceitação ou não; e (4) não houver retratação do proponente antes da aceitação.

O descumprimento da proposta gerará ao oblato o direito de execução específica da proposta ou indenização por perdas e danos.

Nessa seara, conclui-se que o Memorando de Entendimentos é, a princípio, não vinculante, eis que instrumento auxiliar das negociações. Mesmo não vinculante, entretanto, deverão as partes observar a boa-fé objetiva, de modo que sua

inobservância poderá gerar responsabilidade, e, por conseguinte, vínculo obrigacional.

Pela liberdade de conteúdo no Memorando de Entendimento também terão mais duas hipóteses de vínculo obrigacional, seja o instrumento como contrato preliminar ou proposta, devendo o intérprete observar caso a caso atentamente se o Memorando de Entendimentos preenche os requisitos de contrato preliminar ou proposta. Se não for possível, o MoU será um instrumento auxiliar, retornando à ideia da observância das condutas pautadas na boa-fé objetiva, princípio norteador das relações negociais.

REFERÊNCIAS

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. **Código Civil**. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União. Brasília. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05/10/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 05/10/2022.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Diário Oficial da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institui%C3%ADa%20a%20Declara%C3%A7%C3%A3o,IV%20do%20caput%20do%20art. Acesso em: 05/10/2022.

BRASIL, 2021. **PORTARIA CNPq Nº 664**. Disponível em: <https://www.gov.br/cnpq/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/parcerias/cooperacao-internacional/PO6642021.pdf>. Acesso: 30/09/2022.

BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva. 1997. V. 2.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Estado social e princípio da solidariedade.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, n. 3, p. 31-48, 26 jun. 2008.

ERHARDT JR., Marcos. **Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual.** 1ª ed., 1ª reimpr.. Curitiba: Juruá, 2009.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Código civil comentado e anotado.** 2.ed. Barueri: Editora Manole, 2017.

JUNIOR, Nelson Nery, *et al.* **Instituições de Direito Civil: contratos.** São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais, Vol. III. 2016.

JUSBRASIL, **TJ-PR - APL: 16028429.** PR 1602842-9 (Acórdão), Relator: Desembargador Marques Cury, Data de Julgamento: 28/06/2017, 12ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 2064 07/07/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-es/815413956>. Acesso em 20/09/2022.

JUSBRASIL, **TJ-ES - APL: 00035856720158080024,** Relator: FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY, Data de Julgamento: 15/10/2019, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/10/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-es/815413956>. Acesso em 20/09/2022.

JUSBRASIL, **TJ-ES - APL: 00255743820118080035,** Relator: CARLOS SIMÕES FONSECA, Data de Julgamento: 16/09/2014, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/10/2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-es/374942378>. Acesso em 20/09/2022.

JUSBRASIL, **TJ-SC - AC: 20110988636.** Capital 2011.098863-6, Relator: Gilberto Gomes de Oliveira, Data de Julgamento: 11/06/2015, Segunda Câmara de Direito Civil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/943936835>. Acesso em 20/09/2022.

LANCE. **Vasco e 777 Partners assinam memorando de entendimento da SAF: 'O marco zero de um novo futuro.** 2022. Disponível em:

<https://www.lance.com.br/vasco/vasco-e-777-partners-assinam-memorando-de-entendimento-da-saf-o-marco-zero-de-um-novo-futuro.html>. Acesso em 10/09/2022.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Rodrigo Octavio Broglia. **Os Efeitos Jurídicos do Memorando de Entendimentos, os achados da *Due Diligence* e a Responsabilidade pela Ruptura das negociações**. In: PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. YARSHELL, Flávio Luiz. *Processo Societário – Volume III*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. (p. 673-698)

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1976.

MOREIRA, Felipe. **Petrório (PRIO3) firma contrato para combinação de negócios com Dommo (DMMO3)**. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/petrorio-prio3-combinacao-negocios-dommo-dmmo3/>. Acesso em 10/09/2022.

MOREIRA, Nelson Camatta. **A função simbólica dos direitos fundamentais**. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 2, p. 163-192, 13 ago. 2007.

NUNES, Claudia Ribeiro Pereira. **Memorando de Entendimento visando à transferência tecnológica entre sociedades empresárias: análise jurídica**. *Revista da SJRJ*, v.20, nº 38, p.107-132. Rio de Janeiro: dez. 2013. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/461-2043-1-pb.pdf>> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. **Revista de Direito do Consumidor. Princípios Formadores do Sistema de Direito Privado: A Autonomia da Vontade e Boa-fé Objetiva**. Vol. 24. 1997. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001845f46db5454263836&docguid=l3054d760f25611dfab6f010000000000&hitguid=l3054d760f25611dfab6f010000000000&spos=5&ep>

os=5&td=44&context=52&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em 10/09/2022.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **As diversas perspectivas dos direitos fundamentais**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 18, n. 2, p. 9-12, 9 fev. 2018.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Respostas do Direito para uma sociedade hipercomplexa**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 22, n. 1, p. 7-9, 28 dez. 2021.

PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual** (teoria geral e responsabilidade pela ruptura das negociações contratuais). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

POPP, Carlyle. **Responsabilidade Civil Pré-Negocial: O Rompimento das Tratativas**. Curitiba: Juruá, 2002.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

TEPEDINO, Gustavo, *et al.* **Opiniões Doutrinárias, Volume III: novos problemas de direito privado: Repercussões do dever de exclusividade em negócios preparatórios e o princípio da boa-fé objetiva**. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2021.

TEPEDINO, Gustavo, *et al.* **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2 ed. vol. II. Rio de Janeiro. Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo, *et al.* **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 3 ed. vol. 1. Rio de Janeiro. Renovar, 2014.