

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Rodrigo Ustárroz Cantali

A responsabilidade civil pré-contratual e a proteção da confiança: estudo comparado entre o
direito brasileiro e o norte-americano

Porto Alegre

2013

RODRIGO USTÁRROZ CANTALI

A responsabilidade civil pré-contratual e a proteção da confiança: estudo comparado
entre o direito brasileiro e o norte-americano

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Profa. Dra. Lisiane Feiten Wingert
Ody

Porto Alegre

2013

RODRIGO USTÁRROZ CANTALI

A responsabilidade civil pré-contratual e a proteção da confiança: estudo comparado
entre o direito brasileiro e o norte-americano

Monografia de conclusão de curso apresentada na
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 16 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Lisiane Feiten Wingert Ody
Orientadora

Professor Doutor Fabiano Menke

Professor Doutor Luis Renato Ferreira da Silva

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente, e como não poderia ser diferente, à minha família. Aos meus pais, Paulo e Cristina, pelos ensinamentos, pelos conselhos, pelo apoio, pela paciência e, principalmente, pela liberdade para escolher os caminhos a serem percorridos. Por estarem presentes quando precisei, e mesmo quando não precisei. Por acreditarem no meu potencial. Agradeço aos meus irmãos, Diego e Fernanda, pelo companheirismo e pelo constante apoio.

Agradeço à minha orientadora, Profa. Lisiane Feiten Wingert Ody, pela confiança, pelo estímulo, pelos valiosos conselhos e observações e, principalmente, pela liberdade no desenvolvimento do presente trabalho.

Agradeço aos meus colegas e bons amigos Ana Paula Lopes, Bruno Bitencourt, Diego Marset, Emília Cabreira, Fernando Eick, Luciana Ruttscheid, Maraya Marques, Marcio Furtado, Maria Elisa Marcolin, Paula Leal, Rodrigo Oliveira, Sheila Assmann e William Soto, pelo constante apoio, pelas discussões (não somente jurídicas) e pelas experiências compartilhadas.

Agradeço aos amigos de longa data Henrique Zettler, Guilherme Schneider, Lucas Zanenga, Tomás Paganin, Arthur Zettler e Fernanda Zanenga. Também, aos amigos de “curta data” Diego Varela, Israel Steinmetz, Leonardo Krause, Matheus Enninger, Maurício Salomon e Natanael Rey. Pelo constante apoio, pelas conversas, pelos conselhos e pelas risadas.

Agradeço à Manoela pela paciência e pela compreensão, pelo companheirismo e pelo apoio, pela constante presença reconfortante, por acreditar e por me fazer acreditar mesmo nos momentos mais difíceis.

RESUMO

O presente trabalho estuda o problema da proteção da confiança legítima das partes em negociações pré-contratuais como fundamento para a imposição da responsabilidade civil pré-contratual na hipótese de haver prejuízos decorrentes de ruptura injustificada, a partir de uma perspectiva comparatista entre o direito brasileiro e o direito norte-americano. O ponto de partida da pesquisa é a análise do caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, julgado pela Suprema Corte de Wisconsin (EUA), em 1965, em que o autor buscou reparação de danos configurados em decorrência de fatos verificados no âmbito das negociações entre as partes, anteriores à conclusão do contrato, e no qual foi aplicado o instituto da *promissory estoppel* como mecanismo de proteção da confiança depositada pelo autor na concretização do negócio frustrado. A partir desse importante precedente, apresenta-se subsídios teóricos para compreender a motivação da corte norte-americana e verificar quais seriam as possíveis soluções na hipótese de situação análoga ser submetida a tribunal brasileiro. Assim, é analisado o conceito de contrato na perspectiva do direito brasileiro e do direito norte-americano, bem como os elementos necessários para a sua formação em cada um destes ordenamentos. É feito um exame a respeito do período das negociações pré-contratuais no direito brasileiro e no direito norte-americano. Examina-se quais seriam os possíveis tratamentos jurídicos dados ao referido caso pelo direito brasileiro, a fim de examinar *se e por qual fundamento jurídico*, seja responsabilidade contratual, seja por responsabilidade pré-contratual, haveria dever de indenizar se situação análoga se apresentasse às cortes brasileiras. Conclui-se pela aplicação da responsabilidade pré-contratual com fundamento na proteção da confiança, expressada pela cláusula geral da boa-fé ou pela teoria do abuso do direito, a partir da proibição de *venire contra factum proprium*.

Palavras-chave: responsabilidade civil pré-contratual – proteção da confiança – boa-fé objetiva – *promissory estoppel* – *venire contra factum proprium*

ABSTRACT

The present study addresses the issue of protection of legitimate expectations of the involved parties in pre-contractual negotiations as basis for the imposition of pre-contractual liability in the hypothesis of damages originated from unjustified breach, from a comparative perspective between the Brazilian law and the North-American law. The starting point of this research is the analysis of *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, tried by the Supreme Court of Wisconsin (EUA), in 1965, in which the plaintiff sought compensation for damages resulting from facts verified within the negotiations between the parties, prior to the conclusion of the contract, and in which promissory estoppels was applied as an instrument of protection of legitimate expectations of the plaintiff in the failed materialization of the contract. From this key precedent, theoretical subsidies are exposed for the understanding of the ruling of the North-American court, and the possible solutions in case a similar situation is to be tried by a Brazilian court are verified. Thus, the concept of contract is analyzed from the perspective of the Brazilian law and the North-American law, as well as the necessary elements to its formation in each of these legal systems. A study is made about the pre-contractual stage in the Brazilian law and in the North-American law. The possible legal treatments by the Brazilian law to the above mentioned case are examined in order to verify if and by which legal support, may it be contractual liability or pre-contractual liability, there would be grounds for the imposition of the duty to indemnify if a similar situation is to be tried by a Brazilian court. This study indicates the imposition of pre-contractual liability on the grounds for the protection of legitimate expectations stated by good faith or by the theory of abuse of rights based on the prohibition of *venire contra factum proprium*.

Key-words: precontractual liability – protection of legitimate expectations – good faith – *promissory estoppel* – *venire contra factum proprium*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO NORTE-AMERICANO	13
2.1 BARGAIN THEORY OF CONSIDERATION	16
2.2 PROMISSORY ESTOPPEL OU RELIANCE ON A PROMISE.....	21
2.3 AS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS E A PROMISSORY ESTOPPEL: O CASO HOFFMAN V. RED OWL STORES, INC.....	28
3 IMPLICAÇÕES DO CASO <i>HOFFMAN V. RED OWL STORES, INC.</i> NO DIREITO BRASILEIRO	34
3.1 BOA-FÉ.....	44
3.2 TEORIA DO ABUSO DE DIREITO	53
4 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	62
BIBLIOGRAFIA	64
ANEXO A.....	68

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil pré-contratual com fundamento no princípio da proteção da confiança não é apenas um tema das ciências jurídicas que vem sendo debatido, criticado e desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência; é, antes de tudo, uma necessidade para que se garanta a vida harmônica em comunidade.

Os indivíduos de uma sociedade, em suas relações jurídicas privadas, buscam alcançar o máximo de segurança jurídica possível. Não é à toa que, através do contrato, as partes procuram prever quais serão os efeitos da relação jurídica da forma que melhor lhes aproveita, a partir do exercício da autonomia privada. Pautam-se, pois, pela busca da satisfação dos interesses envolvidos no negócio.

Contudo, vivemos na época da informação, na qual a evolução técnica e tecnológica é constante e os meios de comunicação divulgam fatos velozmente. Tal contexto contribuiu para o aumento significativo da complexidade dos negócios jurídicos hoje concretizados, bem como elevou o grau de recursos transferidos nas mais diversas transações econômicas, ao mesmo tempo em que aumentou a sensação de insegurança jurídica. Explica Ávila que “quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior é a possibilidade de se prever o futuro; contudo, quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior também é aquilo que precisa ser previamente considerado e avaliado.”¹ E arremata: “informação demais causa desinformação.”²

Ou seja, dificilmente se verifica, na atualidade, contratos que não envolvam um extenso período de negociação para a sua concretização. Diante de informações “excessivas” à disposição das partes, estas procuram delimitar por completo a eficácia do contrato, de forma que inexistam (ou, caso existam, em mínima quantidade) lacunas no negócio jurídico. É por isso que, como afirma Mehren, “*in real life, the contracting process is frequently more disorderly than the neat categories of negotiation, offer and acceptance suggest.*”³

¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 40.

² ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 40.

³ MEHREN, Arthur Taylor von (ed). *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*. Volume VII, Part I, Ch. 9. 1992, p. 63. Tradução livre do autor: “Na vida real, o processo de formação do contrato é frequentemente mais desordenado do que as categorias da negociação, da oferta e da aceitação, isoladamente, sugerem.”

Ao período pré-contratual é igualmente extensível a tutela jurídica garantida pelo artigo 422⁴ do Código Civil Brasileiro vigente (Lei n.º 10.406/2002). E isso não se deve somente à incidência, nessa fase, do princípio da segurança jurídica, mas também de outro que dele decorre: o princípio da proteção da confiança, justamente com a finalidade de proteger as expectativas legítimas geradas nas partes negociantes. Quer dizer,

Se as partes, já na fase pré-negocial, manifestam preocupações e imaginam meios para alcançar segurança, é natural que o direito também chame a si a responsabilidade em ofertar um mínimo de previsibilidade aos interessados, apontando as bases em que poderá desenvolver-se a relação, sem ocasionar danos a qualquer dos sujeitos.⁵

A confiança desempenha um importante papel de viabilizar o desenvolvimento social e econômico da própria sociedade, uma vez que, onde há desconfiança, dificilmente há integração. “A confiança é um facto omnipresente na vida social”⁶, necessária para o surgimento de relações jurídicas entre os indivíduos, sendo merecedora de tutela jurídica. Por isso, na linha do entendimento de Carneiro da Frada, “cabe a qualquer ordem jurídica a missão indeclinável de garantir a confiança dos sujeitos, porque ela constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência ou cooperação pacífica, isto é, da paz jurídica.”⁷

É que não se pode analisar a relação obrigacional simplesmente como uma relação estática; ela é, na verdade, um verdadeiro sistema de processos dinâmicos que se interligam, englobando desde o primeiro contato entre os negociantes (fase pré-contratual), a conclusão e a execução do contrato (fase contratual) e até mesmo o momento posterior à extinção do contrato (fase pós-contratual). A obrigação, portanto, deve ser vista como um processo, de modo que todo ele carece de tutela jurídica.⁸

O princípio da confiança impõe certos deveres a serem observados pelas partes inseridas em negociações pré-contratuais, bem como certas limitações ao exercício de direitos, uma vez que a liberdade de cada parte “vai até o ponto em que, justificadamente, a

⁴ Artigo 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

⁵ USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Contratual*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 138.

⁶ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 77.

⁷ CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19.

⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

esfera do outro é atingida.”⁹ Isso porque, nessa fase, as partes modificam suas posições jurídicas e/ou econômicas diante da confiança que depositam na concretização do negócio. Em não sendo observados esses limites, resta ofendida essa confiança, e os gastos despendidos tornam-se prejuízos em desfavor daquele que confiou naquela relação em formação.

É por isso que, conforme explica Judith Martins-Costa, a responsabilidade que surge pela ocorrência de danos pré-contratuais deve abranger

(...) os danos decorrentes do processo formativo por infringência aos deveres instrumentais de comunicação ou informação, de custódia, de segredo e os de conservação do negócio, e ainda as situações em que não se tenha celebrado nenhum negócio por ruptura injustificada da fase negociatória ou decisória, desde que se tenha agido de modo a criar, na contraparte, a fundada expectativa de que o negócio seria realizado.¹⁰

Diante do contexto de falta de segurança jurídica e de necessidade de proteção da confiança das partes tanto negociantes quanto contratuais, bem como tendo em vista a noção de obrigação como processo, propõe-se uma análise de direito comparado a partir da experiência norte-americana, mais especificamente a partir do caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, julgado pela *Supreme Court of Wisconsin*, Estados Unidos da América, em 1965, no qual o autor buscou a reparação de danos configurados em decorrência de fatos verificados no âmbito das negociações entre as partes, anteriores à conclusão do contrato de *franchising*.

Ao longo de ditas negociações, sempre em consideração às promessas feitas pela ré, o autor tomou importantes decisões quanto à sua vida financeira e profissional. Ao final, entretanto, a ré falhou em cumprir tais promessas, induzindo, portanto, o autor a agir em prejuízo próprio. Ao apreciar o caso, a corte julgadora aplicou o instituto da *promissory estoppel*, decidindo que seria injusto negar reparação ao autor uma vez que foi a ré quem falhou em dar cumprimento às promessas feitas, de modo que não poderia restar frustrada a confiança legítima que o autor tinha de que o contrato seria concluído.

A escolha pela comparação com o direito norte-americano não foi por acaso. Trata-se de um sistema de direito inserido na família¹¹ da *common law* diante da predominância do

⁹ USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Contratual*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 139.

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 493.

¹¹ A expressão “famílias de direito” é de autoria de René David, que, através da análise dos diferentes ordenamentos jurídicos existentes no mundo, procurou agrupá-los com base nas semelhanças existentes entre eles. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

direito jurisprudencial (*judge made law*), devido à importação do sistema do direito inglês quando da colonização. A independência dos Estados Unidos da América, obtida em 1776, no entanto, foi o que possibilitou o desenvolvimento de um direito com identidade própria e muitas diferenças com relação ao tradicional modelo jurídico inglês.

As diferenças entre o modelo jurídico norte-americano e o inglês muito se devem a dois principais fatores. Primeiramente, os Estados Unidos da América formam uma federação, sendo que cada ente federativo é dotado de autonomia para desenvolver o seu próprio ordenamento jurídico, respeitada a Constituição Federal. Ou seja, completamente diferente da concentração absoluta de poder existente no Estado inglês. Em segundo lugar, e como consequência do primeiro aspecto, a possibilidade de decisões contraditórias entre os diferentes entes federativos fez com que a doutrina assumisse uma posição mais relevante, pois utiliza de seu poder persuasivo para aprovar ou desaprovar as decisões judiciais. Como explica o jurista italiano Rodolfo Sacco, “a diferença de peso conferida à atividade doutral é talvez o traço que melhor diferencia o direito americano do inglês.”¹² A existência desses traços, típicos da família da *civil law*, faz com que seja afirmado pela doutrina que o direito norte-americano é um direito misto.¹³

Por ser um sistema jurídico que mescla características da tradição romano-germânica e da tradição inglesa, a análise poderá se mostrar altamente enriquecedora, principalmente a partir de uma abordagem comparatista, que permite “medir as diferenças que existem entre uma multiplicidade de modelos jurídicos.”¹⁴

Portanto, busca-se com isso não apenas analisar as circunstâncias e os fundamentos da decisão proferida em *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, mas verificar em que medida ela se mostraria semelhante ou diferente a uma eventual decisão proferida por tribunal brasileiro na hipótese de uma situação análoga ser a ele submetida, com foco nas negociações preliminares e na necessidade de proteção da confiança das partes negociantes. Para tanto, o trabalho foi dividido em duas partes.

Na primeira parte (Seção 2), é delineada a disciplina contratual norte-americana a partir do conceito de contrato e das duas principais teorias que fundamentam a sua obrigatoriedade, quais sejam: a *bargain theory of consideration* e a *promissory estoppel* (ou *reliance on a promise*), com base na doutrina e na jurisprudência dos Estados Unidos da

¹² SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução: Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 102.

¹³ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 15.

¹⁴ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução: Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 34.

América, bem como do *Restatement (Second) of Contracts*.¹⁵ O objetivo foi o de, a partir de uma base teórica a respeito do tema, realizar um estudo sobre o emblemático caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, por tratar da aplicação do instituto da *promissory estoppel* como mecanismo de proteção da confiança legítima de partes em período pré-contratual.

Na segunda parte (Seção 3), verifica-se quais seriam as possíveis implicações, no direito brasileiro, na hipótese de uma situação análoga ao referido caso fosse submetida à análise de um tribunal nacional. A abordagem foi no sentido de verificar sobre se e por qual fundamento (seja por responsabilidade contratual, seja por responsabilidade pré-contratual, esta fundamentada na proteção da confiança legítimas partes) haveria dever de indenizar segundo as normas do direito brasileiro. Para tanto, são analisadas questões referentes à liberdade de forma dos negócios jurídicos, aos contratos de franquia e à prova dos negócios jurídicos. No que diz respeito à análise da responsabilidade pré-contratual, são estudadas as suas origens, a partir da *culpa in contrahendo* de Rudolf Von Jhering, a sua natureza jurídica e a sua relação com o princípio da proteção da confiança, que por sua vez pode se manifestar através da cláusula geral da boa-fé ou da teoria do abuso do direito.

Não serão abordadas, no presente trabalho, as questões referentes ao *Uniform Commercial Code* norte-americano¹⁶, pois não abordado na decisão do caso a ser analisado, e aos contratos internacionais. O objetivo do trabalho é o da análise de direito comparado a respeito da disciplina contratual brasileira e da norte-americana, bem como os mecanismos que existem em cada ordenamento jurídico que tenham por finalidade a proteção da confiança das partes em negociações pré-contratuais.

Será utilizada a metodologia comparativa funcional, através da análise da função ou funções desenvolvidas por um instituto jurídico (no caso, a *promissory estoppel* norte-americana) conjuntamente com a busca por um instituto equivalente no direito brasileiro; e também a metodologia comparativa factual, através da comparação de situações jurídicas e de como elas seriam reguladas pelos diferentes ordenamentos em exame.

¹⁵ Os *Restatements of the Law* são obras privadas publicadas *American Law Institute*, composta por professores universitários, advogados e juízes, com o objetivo de prover as cortes jurisdicionais uma base doutrinária e jurisprudencial a respeito das diversas áreas do direito, bem como proporcionar o desenvolvimento dessas áreas. Conforme o *Black's Law Dictionary*, as áreas contempladas foram: “Agency, Conflict of Laws, Contracts, Employment Law, Foreign Relations Law of the United States, Judgments, Law Governing Lawyers, Property, Restitution, Security, Suretyship and Guaranty, Torts, Trusts, and Unfair Competition.” GARNER, Brian A. *Black's Law Dictionary*. 4th Pocket Edition. West Group, 2011, p. 653. Com relação à área contratual, foi publicado o *Restatement of the Law of Contracts* no ano de 1932, sendo posteriormente atualizado, em 1979, para o *Restatement (Second) of Contracts*. SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 2.

¹⁶ O *Uniform Commercial Code (UCC)* foi uma das tentativas de codificação do direito norte-americano. A sua primeira versão foi elaborada na década de 1940. SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 2.

Importante ressaltar que, para o desenvolvimento do presente trabalho, evitou-se utilizar traduções de termos jurídicos específicos do sistema de direito norte-americano, a não ser que existisse um específico conceito correlato em português e já consagrado na doutrina. Explica Rodolfo Sacco que a tradução dos termos jurídicos é um dos maiores problemas da comparação, diante da grande possibilidade de descaracterização do real significado das expressões, seja pela maior ou pela menor abrangência do termo em sistemas estrangeiros.¹⁷ Dessa forma, mantém-se a terminologia adotada pelo sistema norte-americano, sem prejuízo de traduções livres ao longo do trabalho com a finalidade de melhor esclarecer as questões postas pelo ordenamento jurídico estrangeiro.

¹⁷ SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução: Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 51-67.

2 A FORMAÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Segundo Pontes de Miranda, obrigação é toda "relação jurídica entre duas (ou mais) pessoas, de que decorre a uma delas, ao *debitor*, ou a algumas, poder ser exigida, pela outra, *creditor*, ou outras, a prestação. Do lado do credor, há a pretensão; do lado do devedor, a obrigação."¹⁸ Disso conclui-se pela natureza transitória da relação obrigacional, uma vez que nasce para se extinguir. Em outras palavras, a obrigação é um processo, pois se origina, desenvolve-se e, então, dirige-se ao adimplemento. Nas palavras de Couto e Silva, "o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim."¹⁹

O contrato, por sua vez, nada mais é do que uma relação obrigacional, e por isso comporta, também, diferentes fases, assim distinguidas: fase pré-contratual, ou de negociações preliminares; fase contratual, que comporta não somente o momento de formação do contrato, mas também o momento de sua execução, de seu cumprimento; e fase pós-contratual. E o direito deve regular cada uma delas, conforme explica Daniel Ustárroz:

Admitida a ideia de que a relação obrigacional não é estática e que abriga uma série de etapas, é natural que o direito se preocupe em estender a tutela aos participantes a todo o *iter* obrigacional, ou seja, desde a aproximação negocial até mesmo após a extinção do vínculo. A satisfação deve ser garantida dentro de uma visão globalizada que já não se limita exclusivamente ao tempo da execução do contrato.²⁰

No direito brasileiro, "o negócio jurídico bilateral, notadamente o contrato, resulta da entrada no mundo jurídico da vontade acorde dos figurantes com a irradiação dos efeitos próprios."²¹ Ou seja, o contrato é um negócio jurídico bilateral²², caracterizado por ser "um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar,

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 12.

¹⁹ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

²⁰ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos Contratos: temas atuais*. 2ª Edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 44-45.

²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 6-7.

²² Na classificação dos atos jurídicos, Marcos Bernardes de Mello afirma que "nos contratos - que são a mais importante espécie de negócio jurídico - em geral os figurantes podem ter a liberdade de estruturar o conteúdo de eficácia da relação jurídica resultante, aumentando ou diminuindo-lhe a intensidade, criando condições e termos, pactuando estipulações diversas que dão, ao negócio, o sentido próprio que pretendem". Por isso, conclui que "O negócio jurídico bilateral constitui a categoria mais importante de fato jurídico, precisamente porque dentre as suas espécies estão os contratos, inegavelmente os instrumentos de maior relevância por sua utilidade para a satisfação dos interesses humanos no tráfico social." MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 202 e 240.

transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos"; em outras palavras, trata-se de um "acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos".²³

Esse conceito de contrato, contudo, foi desenvolvido a partir das condições particulares pelas quais se caracteriza o direito brasileiro. Não se pode utilizar esta mesma definição ao *contrat* do direito francês, ao *contract* do direito da *common law*, ou mesmo ao *Vertrag* do direito alemão, pois, apesar de todos eles sugerirem a ideia de "*drawing together, agreeing upon, and entering into*"²⁴, não necessariamente apresentam a mesma justificativa para conferir o caráter obrigatório a um contrato, ou os mesmos elementos essenciais para tanto.

Na verdade, Mehren explica que a justificativa do motivo pelo qual um contrato é dotado de obrigatoriedade pode se dar através de duas perspectivas diferentes, uma tomando em consideração o indivíduo e outra, o contexto sócio-econômico:

*In discussions of contract formation, the first perspective leads to an emphasis on party intention and choice while the second directs attention as well to socio-economic considerations as to the particular factual context in which conduct occurs. In many contemporary legal orders, complementary theories of contract formation are accordingly encountered, some rooted in the first perspective, others in the second.*²⁵

Nos países de *civil law*, dos quais o Brasil é um exemplo, a teoria contratual desenvolvida tem por base a intenção das partes. Ou seja: o consentimento é o elemento que confere o caráter obrigatório a esta categoria de negócio jurídico. O contrato, pois, constitui-se de duas vontades, não tomadas isoladamente, mas em conjunto²⁶ e que normalmente vêm revestidas pelas formas de oferta e aceitação, reguladas pelo Código Civil Brasileiro vigente (Lei n.º 10.406/2002) em seus artigos 427 a 435.

Não se pode afirmar o mesmo, contudo, na disciplina contratual da *common law* e, especificamente, na do direito norte-americano. Na verdade, essa família de direitos não desenvolveu suficientemente uma teoria geral dos contratos, motivo pelo qual autores

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, volume III, 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 7.

²⁴ MEHREN, Arthur Taylor von (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*. Volume VII, Part I, Ch. 1. 1992, p. 5. Tradução livre do autor: "união, anuência, ingresso."

²⁵ MEHREN, Arthur Taylor von (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*. Volume VII, Part I, Ch. 9. 1992, p. 5. Tradução livre do autor: "Em discussões a respeito da formação do contrato, a primeira perspectiva leva a uma ênfase na intenção e escolha das partes enquanto que a segunda direciona a atenção também para considerações sócio-econômicas sobre o contexto factual-particular no qual ocorre a conduta. Em muitos ordenamentos jurídicos contemporâneos, são encontradas teorias complementares sobre a formação dos contratos, algumas enraizadas na primeira perspectiva, outra na segunda."

²⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 35.

afirmam que "*contract law has neither a complete descriptive theory, explaining what the law is, nor a complete normative theory, explaining what the law should be.*"²⁷

O *Restatement (Second) of Contracts* procurou, em seu § 1º, trazer uma definição de contrato que contivesse as particularidades por meio das quais se desenvolveu a disciplina contratual na jurisprudência e na doutrina norte-americana, chegando à seguinte definição: "*a contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.*"²⁸

Por *promise* entende-se a manifestação por parte do promitente de que ele irá agir de determinada maneira no futuro, de forma a induzir o promissário a confiar neste agir²⁹; ou, como especifica o *Restatement* em seu § 2º (1), "*a promise is a manifestation of intention to act or refrain from acting in a specified way, so made as to justify a promisee in understanding that a commitment has been made.*"³⁰

Cabe à disciplina contratual norte-americana, portanto, o exame do *legal enforcement of promises*³¹, ou seja, de quais são as promessas juridicamente executáveis, e o motivo para tanto. Isso porque, certamente, não poderia o direito impor tal característica a toda e qualquer promessa; isso, na verdade, seria prejudicial ao próprio desenvolvimento econômico da sociedade, uma vez que causaria um estado de temor aos negociantes/contratantes, que, a qualquer momento, poderiam ter suas manifestações tidas como obrigatórias pelo ordenamento, mesmo sem a intenção dos mesmos.

Apesar de se referir à sociedade de 1930, a caracterização feita por Morris Cohen ainda é fiel aos dias de hoje, afirmando que o mundo em que vivemos:

*(...) is not one in which all promises are kept, and there are many people – not necessarily diplomats – who prefer a world in which they and others occasionally depart from the truth and go back on some promise (...) Certainly, some freedom to change one's mind is necessary for free intercourse between those who lack omniscience.*³²

²⁷ SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. *Contract Theory and the Limits of Contract Law*. 113 Yale Law Journal, 541, 2003. Tradução livre do autor: "o direito contratual não possui nem uma teoria descritiva completa, de forma a explicar o que o direito é, nem uma teoria normativa completa, de forma a explicar o que o direito deveria ser."

²⁸ *Restatement (Second) of Contracts* § 1º (1981). Tradução livre do autor: "contrato é uma promessa ou um conjunto de promessas para cuja violação o direito prevê um mecanismo de reparação, ou uma conduta de alguma forma reconhecida pelo direito como um dever."

²⁹ CORBIN, Arthur. *Offer and Acceptance, and some of the Resulting Legal Relations*. 26 Yale Law Journal, 169 1917.

³⁰ *Restatement (Second) of Contracts* § 2º (1) (1981). Tradução livre do autor: "promessa é uma manifestação da intenção de agir de determinado modo ou de se abster, assim feita de maneira que o promissário entenda que um compromisso foi assumido."

³¹ SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 1.

³² COHEN, Morris R. *The Basis of Contract*. 46 Harv. L. Rev. 573, 592 (1933), p. 573. Tradução livre do autor: "não é um mundo no qual todas as promessas são cumpridas, e há muitas pessoas - não necessariamente

E arremata: "*men do not want to be bound until the final stage, when some formality like the signing of papers gives one the feeling of security, of having taken proper precautions.*"³³

Por isso, foram desenvolvidas diferentes teorias que justificassem a intervenção da ordem legal nas relações entre privados, impondo, em certos momentos, o cumprimento de uma promessa, e não conferindo, em outros, o caráter obrigacional a outra promessa. Dentre tais teorias, o presente trabalho se propõe a analisar brevemente a *bargain theory of consideration*, teoria preponderante desde o século XIX e considerada como "*the oldest doctrine used to distinguish between promises that are legally enforceable and those that are not*"³⁴; e, após, o instituto da *promissory estoppel*, no que diz respeito à sua aplicação às situações de negociações preliminares e incompletas e à proteção da confiança legítima das partes.

2.1 BARGAIN THEORY OF CONSIDERATION

A *bargain theory of consideration* é considerada como doutrina majoritária no que diz respeito à formação dos contratos no direito norte-americano desde o século XIX.³⁵ Segundo esta teoria, os elementos essenciais para a formação do contrato seriam três, e eles vêm definidos no § 17 (1) do *Restatement*: "*a formation of a contract requires a bargain in which there has been a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration.*"³⁶

Podemos, portanto, delimitar o nosso estudo a esses três elementos: a) *mutual assent* ou *agreement* (acordo de vontades); b) *consideration* (contraprestação, contrapartida); e c) *bargained-for context* (contexto de negociação ou de barganha).

diplomatas - que preferem um mundo no qual elas e outras ocasionalmente se afastam da verdade e recuam diante de alguma promessa feita (...) Certamente, alguma liberdade para mudar de opinião é necessária para um livre desenvolvimento de relações entre aqueles destituídos de onisciência."

³³ COHEN, Morris R. *The Basis of Contract*. 46 Harv. L. Rev. 573, 592 (1933), p. 574. Tradução livre do autor: "os homens não querem se vincular até a etapa final, quando um certo grau de formalidade, como a assinatura de documentos, dá a eles a sensação de segurança, de terem tomado as devidas precauções."

³⁴ SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 132. Tradução livre do autor: "a mais antiga doutrina utilizada para distinguir entre as promessas juridicamente executáveis e as que não o são."

³⁵ SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 131.

³⁶ *Restatement (Second) of Contracts* § 17 (1) (1981). Tradução livre do autor: "a formação de um contrato requer uma negociação na qual haja a manifestação de consentimento entre as partes e uma contraprestação."

Antes de ser estabelecida uma obrigação contratual, é necessário que as partes manifestem concordância quanto aos termos do negócio jurídico a ser concretizado. E essa concordância, no direito norte-americano, é conhecida como *mutual assent* ou *agreement*³⁷; é este o primeiro elemento essencial para a formação do contrato.³⁸ Por este motivo, Solan afirma que "*Courts will not enforce a statement to which neither party subscribed (...) promises are enforced when parties have reached an agreement, and are not enforced when the parties have not actually reached an agreement.*"³⁹

A intenção das partes ocupa, naturalmente, uma posição central no que diz respeito à criação de obrigação contratual. Para tanto, deve ser considerada somente aquela vontade manifestada, exteriorizada conscientemente, seja por palavras ou por ações, por atitudes. Não existe motivo plausível para que os ordenamentos jurídicos tenham de desenvolver especulações a respeito de intenções que nunca foram expressadas, seja de forma direta ou de forma indireta.⁴⁰

No caso *Lucy v. Zehmer*, julgado em 1954 pela *Supreme Court of Appeals of Virginia*, a corte chegou à conclusão de que "*the mental assent of the parties is not requisite for the formation of a contract.*"⁴¹ Em mesmo sentido foi o entendimento da *United States District Court, Southern District of New York*, ao julgar o caso *Leonard v. Pepsico, Inc.* em 1997: "*we are not concerned with what was going through the heads of the parties at the time.*"⁴² Tais conclusões evidenciam uma semelhança ao direito brasileiro, uma vez que o artigo 110 do Código Civil Brasileiro vigente (Lei n.º 10.406/2002) estipula que "a manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tiver conhecimento".

Outra semelhança existente entre os dois ordenamentos jurídicos é a forma pela qual normalmente o acordo de vontades se dá: por meio de uma proposta e por meio de uma aceitação. O § 22 (1) do *Restatement* dispõe que "*the manifestation of mutual assent to an exchange ordinarily takes the form of an offer or proposal by one party followed by an*

³⁷ SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 238.

³⁸ COHEN, Morris R. *The Basis of Contract*. 46 Harv. L. Rev. 573, 592 (1933), p. 575.

³⁹ SOLAN, Lawrence M. *Contract as Agreement*. 83 Notre Dame L. Rev. 353 (2007). Tradução livre do autor: "Os tribunais não irão tornar executar uma proposta a qual nenhuma das partes anuiu (...) promessas são juridicamente executáveis quando as partes entram em acordo, e não são juridicamente executáveis quando as partes não entram em acordo."

⁴⁰ MEHREN, Arthur Taylor von (ed). *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*. Volume VII, Part I, Ch. 9. 1992, p. 25.

⁴¹ 196 Va 493, 84 S.E.2d 516 (1954). Tradução livre do autor: "a vontade interna das partes não é requisito para a formação do contrato."

⁴² 88 F Supp. 2d 116 (1999). Tradução livre do autor: "nós [os tribunais, os julgadores] não estamos preocupados com a vontade interna das partes [para a formação do vínculo contratual]."

acceptance by the other party or parties"⁴³, no mesmo sentido dos arts. 427 a 435 do Código Civil Brasileiro vigente (Lei n.º 10.406/2002).⁴⁴

A questão central, contudo, do direito contratual norte-americano diz respeito a como justificar que algumas promessas são obrigatórias e outras não o são. No caso da *bargain theory*, o elemento que confere esse caráter às promessas é a *consideration*, instituto de noção bastante antiga. Segundo Scott e Kraus, "*consideration is often thought to be a device that distinguishes between enforceable and nonenforceable promises on the basis of form. An exchange between parties to a contract must take place in order to satisfy the requirement of consideration.*"⁴⁵

Uma das primeiras tentativas de conceituação pode ser encontrada no caso *Currie v. Misa*, julgado em 1875 na Inglaterra: "*a valuable consideration, in the sense of the law, may consist either in some right, interest, profit, or benefit accruing to the one party, or some forbearance, detriment, loss, or responsibility given, suffered or undertaken by the other.*"⁴⁶ Dados históricos confirmam, contudo, que o termo *consideration* já teria sido utilizado no século XV, em legislação editada por Henrique IV, e também no século XVI, no *The Duke of Buckingham's Case*, sendo equiparado à noção de causa.⁴⁷ Atualmente, ela vem definida no § 71 do *Restatement*:

(1) *To constitute consideration, a performance or a return promise must be bargained for. (2) A performance or return promise is bargained for if it is sought*

⁴³ *Restatement (Second) of Contracts* § 22 (1) (1981). Tradução livre do autor: "a manifestação de anuência mútua a uma negociação normalmente adquire a forma de uma oferta ou proposta por uma das partes seguida de uma aceitação pela outra ou outras partes."

⁴⁴ A respeito das diversas questões envolvendo a manifestação da vontade do proponente e do aceitante, das quais podemos citar o silêncio como manifestação e a possibilidade de revogação da proposta, no direito brasileiro, veja-se: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 33-41; GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 73-82; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 26 e seguintes; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 481 e seguintes. No direito norte-americano: SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 241-267; CORBIN, Arthur. *Offer and Acceptance, and some of the Resulting Legal Relations*. 26 Yale Law Journal, 169 1917. No direito comparado: MEHREN, Arthur Taylor von (ed). *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*. Volume VII, Part I, Ch. 9. 1992, p. 77-119.

⁴⁵ SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 137. Tradução livre do autor: "a contraprestação normalmente é tida como um instrumento que distingue as promessas juridicamente executáveis das que não o são com base na forma. Uma negociação entre as partes contratantes deve ocorrer com vistas a satisfazer o requerimento da contraprestação."

⁴⁶ *Exchequer Chamber*. [L R] 10 Exch 153. *Currie v. Misa*. Julgado em 11 de Fevereiro de 1875. Tradução livre do autor: "Uma contraprestação válida, em sentido jurídico, pode consistir tanto em algum direito, interesse, lucro ou benefício auferido por uma das partes, quanto em alguma restrição, prejuízo, perda ou responsabilidade dada, sofrida ou suportada pela outra parte."

⁴⁷ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e Contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 53-55.

*by the promisor in exchange for this promise and is given by the promisee in exchange for that promise. (3) The performance may consist of (a) an act other than a promise, or (b) a forbearance, or (c) the creation, modification, or destruction of a legal relation. (4) The performance or return promise may be given to the promisor or some other person. It may be given by the promisee or by some other person.*⁴⁸

A *consideration* pode ser conceituada como "*something (such as an act, a forbearance, or a return promise) bargained for and received by a promisor from a promisee.*"⁴⁹ Diante disso, podemos afirmar que a *consideration* poder ser traduzida como sendo uma contraprestação, ou uma "contra-partida sem a qual o contrato não se pode formar"⁵⁰, bem como que esta é a principal diferença entre a disciplina contratual norte-americana e a brasileira, uma vez que esta não requer, para a formação do contrato, qualquer contrapartida por parte do aceitante.

A *bargain theory of consideration* tornou-se teoria predominante no século XIX, substituindo a *benefit-detriment theory* sobre a formação do contrato. Para esta, a relação contratual estaria estabelecida a partir da existência de algum benefício percebido pelo promitente ou de algum prejuízo suportado pelo promissário, caso tenha confiado que a promessa seria cumprida, mas que não o foi.⁵¹ Credita-se a Oliver Wendell Holmes a substituição, ao incluir o requisito da *consideration* como algo a ser perseguido pelo promitente em troca de sua promessa. Essa negociação, então, tornou-se o elemento essencial, de modo que não era mais o benefício auferido pelo promitente ou o prejuízo suportado pelo promissário, com base na confiança que depositara no cumprimento da promessa, que iria formar um contrato.⁵² Nesse sentido, veja-se o disposto no § 79, (a), do *Restatement*: "*if the*

⁴⁸ *Restatement (Second) of Contracts* § 71 (1981). Tradução livre do autor: "(1) Para constituir uma contraprestação, uma conduta ou uma contra promessa deve ser negociada. (2) A conduta ou contra promessa é negociada se é perseguida pelo promitente e é dada pelo promissário em troca da promessa. (3) A conduta pode consistir em (a) um ato que não uma promessa, ou (b) uma restrição, ou (c) a criação, modificação ou extinção de uma relação jurídica. (4) A conduta ou contra promessa pode ser dada ao promitente ou a um terceiro. Pode ser dada pelo promissário ou por um terceiro."

⁴⁹ GARNER, Brian A. *Black's Law Dictionary*. 4th Pocket Edition. West Group, 2011, p. 150. Tradução livre do autor: "algo (como um ato, uma restrição, ou uma contra promessa) negociada e recebida pelo promitente vinda do promissário."

⁵⁰ FRADERA, Vera Jacob de. *A Vedação de Venire Contra Factum Proprium e sua Relação com os Princípios da Confiança e da Coerência*. In: *Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas da ULBRA*. V. 9, n.1.. Canoas: Editora ULBRA, jan./jun. 2008, p. 133.

⁵¹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e Contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 57.

⁵² SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 137-141.

requirement of consideration is met, there is no additional requirement of (a) a gain, advantage, or benefit to the promisor or a loss, disadvantage, or detriment to the promisee."⁵³

Para que seja considerada válida a *consideration*, alguns aspectos devem ser observados. Primeiramente, o promissário, ou seja, aquele que recebe a promessa não pode estar previamente adstrito por lei para adquirir a obrigação.

O promitente deve fazer a promessa, também, em troca de uma conduta futura do promissário, devendo este conhecer da promessa e manifestar sua aceitação. Disso decorre duas observações necessárias: primeiramente, a promessa deve ser feita em troca de uma conduta, ou seja, deve existir o contexto de negociação (*bargained-for context*). O termo *bargain* pode ser definido como "*an agreement between parties for the exchange of promises or performances.*"⁵⁴ Nesse sentido, o § 18 do *Restatement* estipula que a *bargain* "*requires that each party either make a promise or begin or render a performance.*"⁵⁵

Em segundo lugar, uma vez que a promessa é feita em troca de uma conduta futura do promissário, não é válida a chamada *past consideration*. Isso quer dizer que não se pode levar em conta "um fato que foi executado antes da promessa como ensejador desta. Isto porque, se é da essência da teoria a presença da *bargain*, em relação a algo já executado, não há mais *bargain*."⁵⁶

Discute-se, na doutrina e jurisprudência norte-americana, a questão da adequação da *consideration*, ou seja, se deveria existir uma relação de equivalência entre a prestação do promissário e a do promitente. Conforme o § 79, (b), do *Restatement*, "*if the requirement of consideration is met, there is no additional requirement of (b) equivalence in the values exchanged.*"⁵⁷ Disso surgiu a *peppercorn theory*, metáfora da ideia de *nominal consideration*, segundo a qual "*a cent or a peppercorn, in legal estimation, would constitute consideration*"⁵⁸, ou seja, a negociação se daria em torno de um valor simbólico. Isso,

⁵³ *Restatement (Second) of Contracts* §79 (a) (1981). Tradução livre do autor: "se o requerimento da contraprestação é cumprido, não há requerimento adicional de (a) um ganho, vantagem ou benefício ao promitente ou uma perda, desvantagem ou detrimento ao promissário."

⁵⁴ GARNER, Brian A. *Black's Law Dictionary*. 4th Pocket Edition. West Group, 2011, p. 68. Tradução livre do autor: "um acordo entre as partes contratantes para a troca de promessas ou de condutas." A *bargain* vem sendo traduzida para o português como teoria da negociação ou teoria da barganha. COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sandes e Francisco Araújo da Costa. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 201-208.

⁵⁵ *Restatement (Second) of Contracts* § 18 (1981). Tradução livre do autor: "requer que cada parte contratante faça uma promessa ou realize uma conduta."

⁵⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e Contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 58.

⁵⁷ *Restatement (Second) of Contracts* § 79 (b) (1981). Tradução livre do autor: "se o requerimento da contraprestação é cumprido, não há requerimento adicional de (b) equivalência dos valores negociados."

⁵⁸ *Whitney v. Stearns*, 16 Me. 394,397 (1839). Tradução livre do autor: "um centavo ou um grão de pimenta, em uma estimativa jurídica, constituiria uma contraprestação."

contudo, seria contraditório com a própria ideia de *consideration*, de modo que não há unanimidade na aplicação da *peppercorn theory*.⁵⁹

A *bargain theory of consideration* não é a única teoria adotada para se considerar formado o vínculo contratual. Dentre as outras doutrinas norte-americanas, ganhou destaque a partir da segunda metade do século XX a *promissory estoppel*, que atua como substituta da *consideration*, de modo a considerar juridicamente executáveis algumas promessas quando tal medida for necessária para evitar a injustiça no caso concreto.

2.2 PROMISSORY ESTOPPEL OU RELIANCE ON A PROMISE

Conforme o Black's Law Dictionary, o instituto da *estoppel* pode ser definido como "*an affirmative defense alleging good-faith reliance on a misleading representation and an injury or detrimental change in position resulting from that reliance.*"⁶⁰ Ainda, a jurisprudência deu a seguinte definição para a *estoppel*: "*a right arising from acts, admissions, or conduct which have induced a change of position in accordance with the real or apparent intention of the party against whom they are alleged.*"⁶¹

O instituto da *estoppel* encontra seu equivalente, no direito brasileiro, na máxima *tu quoque*, que veda que uma pessoa desrespeite um comando e, depois, venha a exigir de outrem o seu cumprimento. Portanto, o que se veda é "o aproveitamento da própria torpeza ou ilicitude."⁶² No campo do direito contratual, o *tu quoque* tem a sua essência na noção de sinalagma, que traduz a configuração de "deveres contrapostos, que devem manter posição de relativo equilíbrio entre si", pois "a violação de uma das prestações nele implicadas caracteriza justamente uma violação ao sinalagma que está na estrutura essencial dos

⁵⁹ SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 144-149; ⁵⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e Contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 58-59.

⁶⁰ GARNER, Brian A. *Black's Law Dictionary*. 4th Pocket Edition. West Group, 2011, p. 277. Tradução livre do autor: "uma defesa com base na boa-fé diante de uma representação enganosa e um dano ou uma mudança prejudicial de posição [jurídica e/ou econômica] que resulta da confiança."

⁶¹ *Ricketts v. Scothorn*. 57 Neb. 51 (1898). Tradução livre do autor: "um direito que surge de atos, afirmações ou condutas que induziram uma mudança de posição [jurídica e/ou econômica] em conformidade com a intenção real ou aparente da parte contra quem eles são alegados [os atos, afirmações ou condutas]."

⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 464.

contratos bilaterais."⁶³ Ou seja: a máxima *tu quoque* faz com que a violação da sinalagma seja um ilícito.

Relacionado o instituto da *estoppel* com o *tu quoque*, é esclarecedora a explicação de Judith Martins-Costa:

"Assim ocorre no direito da *common law*, no qual a mesma tutela é assegurada pelo instituto da *estoppel*, cujo campo de aplicação primordial é o processo e cuja função é a de flexibilizar o formalismo processual vedando à parte, que, por suas declarações, atitudes, atos, enfim, conduziu a outra parte a modificar a sua posição em seu próprio detrimento, respondendo à ideia de inadmissibilidade, de, no processo, alegar e provar fatos contraditórios com a aparência que a mesma parte que produz tais alegações e provas havia criado."⁶⁴

Aplicando-se tal conceito ao direito contratual, podemos definir a *promissory estoppel* como a vedação da conduta contraditória à promessa feita quando tal implica dano àquele que, em virtude da confiança depositada na promessa, modificou sua posição jurídica e/ou econômica. Trata-se, portanto, de um instituto de defesa, de proteção da confiança legítima que veda a modificação de posição do promitente, em detrimento do promissário.⁶⁵ É conferida à relação o *status* de contrato apenas para justificar o dever de indenizar, com vistas a evitar a injustiça no caso concreto. No direito brasileiro, teria equivalência à proibição de *venire contra factum proprium*, ao qual se é feito exame mais aprofundado na próxima seção do presente trabalho.

Em relação à nomenclatura do instituto da *promissory estoppel*, deve ser feita uma ressalva: a expressão não é completamente aceita na doutrina norte-americana. Conforme anota Mehren, Arthur Corbin considerava impugnável a referida expressão, por ser o termo *estoppel* muito amplo e utilizado em diferentes contextos, de modo a desafiar a existência de uma única definição. Além disso, o contexto no qual ela seria mais utilizada dizia respeito a falsas representações de fatos, e não de promessas. Por isso, Mehren utiliza, em sua obra, a expressão *reliance on a promise*, e não *promissory estoppel*.⁶⁶

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 465.

⁶⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 462-463.

⁶⁵ BIANCHI, Leonardo. *Da Cláusula de Estoppel e sua Dinâmica na Esfera dos Negócios Jurídicos Privados*. In: Revista de Direito Privado, vol. 24, p. 54, outubro-2005.

⁶⁶ MEHREN, Arthur Taylor von (ed). *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*. Volume VII, Part I, Ch. 9. 1992, p. 11. Contudo, a *Supreme Court of Wisconsin*, no julgamento do caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, (26 Wis 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965), também abordando a questão da nomenclatura, afirma que a expressão "*promissory estoppel*" é quase que universalmente utilizada no direito norte-americano devido à falta de uma expressão melhor para o tema.

Apesar disso, há quem entenda que essa diferenciação é desnecessária. Jay Feinman, por exemplo, explica que tanto a expressão *promissory estoppel* quanto o termo *reliance* vêm sendo utilizados ampla e indiscriminadamente para as mesmas situações de proteção da confiança das partes, motivo pelo qual não haveria qualquer problema em utilizar uma ou outra. Acompanha-se esta posição.⁶⁷

Sob o título "*promise reasonably inducing action or forbearance*"⁶⁸, a *promissory estoppel* ou *reliance on a promise*, no direito norte-americano, vem definida pelo § 90 do *Restatement*:

*"A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise."*⁶⁹

Considere-se a seguinte situação: um promitente se compromete a realizar um ato no futuro e, com base unicamente na confiança depositada em tal promessa, o promissário reage de forma a modificar sua posição jurídica e/ou econômica. Caso esta reação devesse ter sido prevista pelo promitente, ao fazer a promessa, e caso este falhe em cumpri-la, o promissário terá agido em detrimento próprio. Dessa forma, se não fosse imposta ao promitente a obrigação contratual e, conseqüentemente, o dever de indenizar, recolocando o promissário ao *status quo ante*, estaríamos diante de uma situação de manifesta injustiça.⁷⁰

Por esse motivo, a "*promissory estoppel extends the contractual baseline of mutual promises or a promise plus a performance to cases in which there is no contract to enforce*"⁷¹, justamente porque a "*promissory estoppel (...) is an attempt by the courts to keep remedies abreast of increased moral consciousness of honesty and fair representations in all business dealings.*"⁷² Quer dizer, a *promissory estoppel* faz com que exista o vínculo contratual, ou ao menos obrigacional, mesmo quando não há qualquer contrato formado. E a sua aplicação está sujeita à observância de três requisitos, em conformidade com o § 90 do *Restatement*:

⁶⁷ FEINMAN, Jay M. *Promissory Estoppel and Judicial Method*. 97 Harv. L. Rev. 678. (1984)

⁶⁸ Tradução livre do autor: "promessa que razoavelmente induz ação ou omissão."

⁶⁹ *Restatement (Second) of Contracts* § 90 (1981). Tradução livre do autor: "uma promessa a qual o promitente deveria razoavelmente esperar induzir ação ou omissão por parte do promissário ou de terceiro e que induz tal ação ou omissão é vinculante se injustiça pode ser evitada apenas com a execução jurídica da promessa."

⁷⁰ FEINMAN, Jay M. *Promissory Estoppel and Judicial Method*. 97 Harv. L. Rev. 678. (1984)

⁷¹ DUHL, Gregory M. *Red Owl's Legacy*. 87 Marq. L. Rev. 297 (2003). Tradução livre do autor: "*promissory estoppel* estende a base contratual de promessas mutuas ou de promessa e conduta a casos nos quais não há contrato para executar."

⁷² *People's National Bank of Little Rock v. Linebarger Construction Company*, julgado pela *Supreme Court of Arkansas*, em 1951. 219 Ark. 11; 240 S.W.2d 12. Tradução livre do autor: "*promissory estoppel* (...) é uma tentativa dos tribunais de manter os mecanismos de reparação legal acompanhados de uma consciência moral elevada de representações justas e honestas em todas as transações comerciais."

primeiramente, o promitente deve razoavelmente esperar que sua promessa interfira na ação do promissário; em segundo lugar, o promissário deve, de fato, pautar o seu agir a partir da confiança (*reliance*) no cumprimento da promessa, modificando a sua posição jurídica e/ou econômica; e, por fim, tal deve caracterizar uma manifesta situação de injustiça no caso concreto.⁷³

No que diz respeito à sua expansão, faz-se necessária uma breve análise histórica. Segundo Mehren, os ordenamentos jurídicos nos quais o consentimento é o único elemento essencial para a formação contratual (refere-se, portanto, à tradição de *civil law*) praticamente não necessitaram, quando do seu desenvolvimento, de teorias que protegessem a confiança dos negociantes ou contratantes.⁷⁴

O direito norte-americano, por sua vez, ao considerar que apenas um "*agreement supported by consideration*"⁷⁵ teria a capacidade de impor a relação contratual e, portanto, a obrigação, acabou enfrentando problemas de ordem prática. Isso porque, em diversos casos submetidos aos seus tribunais, existia um dano a ser reparado, mas inexistiam os elementos necessários para se considerar formado o contrato e, igualmente, os requisitos para a imposição da responsabilidade extracontratual.⁷⁶

Por não abranger tais casos, a *bargain theory of consideration* passou a ser criticada pela doutrina norte-americana pela sua restritividade e, portanto, por não conseguir regular toda a gama de casos que a disciplina contratual envolve.⁷⁷ Ou seja, as imperfeições da *bargain theory* revelaram aos operadores do direito que ela não seria suficiente para regular o direito contratual norte-americano, sendo necessário o desenvolvimento de teorias alternativas para tanto.

Foi realizada, por causa disso, uma reestruturação da teoria da formação contratual norte-americana, de modo a expandir as possibilidades nas quais uma promessa adquiriria força de lei entre as partes negociantes/contratantes. E, com isso, ganhou destaque a ideia de proteção da confiança legítima destas partes, através do instituto da *promissory estoppel* ou *reliance*.⁷⁸

⁷³ É o que se definiu, por exemplo, no caso *Wheeler v. White*. 398 S.W.2d 93 (1966).

⁷⁴ MEHREN, Arthur Taylor von (ed). *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*. Volume VII, Part I, Ch. 9. 1992, p. 11. Como tentaremos demonstrar adiante, o direito brasileiro, de nítida tradição romano-germânica, admite (ou deveria admitir) a proteção da confiança legítima das partes como fundamento do dever de indenizar danos ocasionados na fase pré-contratual.

⁷⁵ Tradução livre do autor: "um acordo que contenha uma contraprestação."

⁷⁶ FEINMAN, Jay M. *Promissory Estoppel and Judicial Method*. 97 Harv. L. Rev. 678. (1984).

⁷⁷ FEINMAN, Jay M. *The Meaning of Reliance: a historical perspective*. 1984 Wis. L. Rev. 1373. (1984).

⁷⁸ FEINMAN, Jay M. *The Meaning of Reliance: a historical perspective*. 1984 Wis. L. Rev. 1373. (1984). Ressalte-se que a *promissory estoppel* não foi completamente aceita na teoria contratual inglesa. Conforme *Lord Justice Denning*, ao julgar o caso *Combe v. Combe* [1951] 2 K.B. 215, o princípio da confiança (*reliance*) nunca

Em outras palavras, Scott e Kraus explicam que os tribunais:

(...) have expanded the set of enforceable promises to include those that are based on reliance – that is, they have ruled that promises may be enforced if the promisee has incurred costs, or conferred benefits, on the reasonable expectation that the promise would be fulfilled. This "reliance principle" has the advantage of eliminating the need for identifying a bargained-for exchange, and thus has been a convenient doctrinal tool for expanding the scope of enforcement beyond the narrow confines of the common law consideration model.⁷⁹

Por esse motivo, a doutrina norte-americana considera que a ascensão da *promissory estoppel* ou da *reliance*, como instrumento para considerar juridicamente executável uma promessa mesmo que inexistente o contexto de negociação, mas que induza confiança entre as partes, é uma das ideias mais significativas e revolucionárias do direito contratual do último século.⁸⁰ A expansão dessa doutrina seria "*an attempt to order a disorderly world (...) reliance doctrine is a means of affirming the existence of trust and co-operation among the members of that community.*"⁸¹

Na verdade, a ascensão desse instituto nada mais é do que o ressurgimento da antiga *benefit-detriment theory* para a formação dos contratos. A *bargain theory* passou a ser utilizada predominantemente a partir do século XIX; contudo, antes disso, e como analisado acima, esse papel era desenvolvido pela *benefit-detriment theory*. A ideia seria a seguinte: uma relação contratual seria considerada existente quando o promitente auferisse um benefício (*benefit*) por causa de uma promessa que não cumpriu, ou quando o promissário sofresse algum prejuízo (*detriment*) por ter pautado o seu agir em confiança à promessa não cumprida. De certa forma, portanto, esta teoria de formação contratual, assim como a *promissory estoppel* ou *reliance*, preconizava a questão da confiança para considerar como estabelecida a relação contratual.

pode ser utilizado unicamente para garantir o interesse de agir, ou seja, será sempre necessária a existência do requisito da *consideration*. Ainda, o Lord Justice Roskill, ao julgar o caso *Brikom Investments Ltd. v. Carr* [1979] Q.B. 467, 485 at 486, considera que seria um erro estender a doutrina da *promissory estoppel*, quaisquer que sejam seus limites, de modo a extinguir a doutrina da *consideration*. MEHREN, Arthur Taylor von (ed). *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*. Volume VII, Part I, Ch. 9. 1992, p. 11-12.

⁷⁹ SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 157. Tradução livre do autor: "expandiram o conjunto de promessas juridicamente executáveis para incluir aquelas baseadas na confiança - ou seja, os tribunais decidiram que as promessas podem ser juridicamente executáveis se o promissário incorreu em gastos ou conferiu benefícios [ao promitente] com a expectativa razoável de que a promessa seria cumprida. Este princípio da confiança tem a vantagem de eliminar a necessidade de se identificar uma contexto de negociação, e portanto tem sido um instrumento doutrinário conveniente para a expansão da finalidade de conferir execução jurídica às promessas para além dos estreitos limites do modelo da *consideration* da *common law*."

⁸⁰ FEINMAN, Jay M. *Promissory Estoppel and Judicial Method*. 97 Harv. L. Rev. 678. (1984)

⁸¹ FEINMAN, Jay M. *The Meaning of Reliance: a historical perspective*. 1984 Wis. L. Rev. 1373. (1984) Tradução livre do autor: "uma tentativa de ordenar um mundo desordenado (...) Tal doutrina é um meio de afirmar a existência de confiança e cooperação entre os mesmos dessa comunidade."

Nesse sentido, esclarecedora a explicação de Feinman:

*The dominance of the bargain principle in contract law in the nineteenth century has obscured what historical scholarship has only recently revealed – that in the eighteenth century promises were often enforced primarily because the promisee had relied on the promise to her detriment or to the promisor's benefit. In the nineteenth century, the rise of the bargain principle pushed benefit-based recovery to the peripheral field of quasi-contract and drove reliance-based recovery underground.*⁸²

A ascensão da *promissory estoppel* ou da *reliance* como fonte criadora de obrigações contratuais gerou discussões no ambiente doutrinário norte-americano. Na verdade, quando do desenvolvimento do *Restatement of the Law of Contracts* (1932), o atual § 90 não seria incluído, deixando a *bargain theory of consideration* como única teoria que justifique quando uma promessa é juridicamente executável. No entanto, e inconformado com tal ideia, o jurista Arthur Corbin reuniu uma grande quantidade de casos solucionados pelas cortes norte-americanas nos quais foram consideradas existentes relações contratuais mesmo diante da inexistência de uma *consideration* ou um contexto de negociação. Dessa forma, os demais operadores do direito que organizavam a obra tiveram de ceder à pressão de Corbin e incluir uma seção específica para a confiança como elemento de formação do contrato. Mesmo assim, mantiveram uma seção específica para a *consideration*.⁸³ Consequentemente, a *promissory estoppel* teria por objetivo principal atuar como substituta da *consideration* em determinados casos nos quais não houvesse uma *bargained-for promise*.⁸⁴

A coexistência dessas duas cláusulas sempre foi tormentosa e contraditória. Afinal, de que adiantaria uma teoria que tinha como objetivo definir quais promessas deveriam ser obrigatórias e quais não deveriam, mas que poderia ser superada por outro instituto? Diante disso, os defensores da *bargain theory* argumentavam que

As a logical matter, reliance on a promise in a bargain context could never be reasonable – and therefore could never be actionable – unless the promisee had actually concluded a bargain with the promisor by giving or promising something in

⁸² FEINMAN, Jay M. *Promissory Estoppel and Judicial Method*. 97 Harv. L. Rev. 678. (1984) Tradução livre do autor: "a predominância do princípio da negociação no direito contratual no século XIX ocultou o que os acadêmicos apenas recentemente revelaram - que no século XVIII as promessas eram frequentemente executáveis juridicamente primariamente porque o promissário confiou na promessa para o seu prejuízo ou para o benefício do promitente. No século XIX, a ascensão do princípio da negociação relegou a segundo plano a reparação com base na confiança."

⁸³ Nesse sentido: SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002, p. 160-161; e FEINMAN, Jay M. *Promissory Estoppel and Judicial Method*. 97 Harv. L. Rev. 678. (1984)

⁸⁴ FEINMAN, Jay M. *The Last Promissory Estoppel Article*. 61 Fordham L. Rev. 303 (1992).

*exchange for the promise. If such an exchange had occurred, the parties had formed a contract with consideration, and reliance was unnecessary.*⁸⁵

Essa disputa, contudo, estava longe de ser resolvida. No início, a grande maioria dos operadores do direito relutavam em aplicar a *promissory estoppel*. Por exemplo: no caso *James Baird Co. v. Gimbel Bros., Inc.*⁸⁶, julgado em 1933 pela *United States Court of Appeals, 2nd Circuit*, o *Judge L. Hand* entendeu que o referido instituto não poderia ser utilizado para obrigar o ofertante a manter sua proposta, uma vez que isso somente seria possível diante da existência de uma *consideration*. Veja-se, portanto, que mesmo após a publicação do *Restatement of the Law of Contracts*, em 1932, o qual continha uma cláusula específica a respeito da utilização da *promissory estoppel*, esta ainda era preterida frente a *bargain theory of consideration*.

A partir da segunda metade do século XX, contudo, a situação se inverteu. Neste momento, o que se verificou foi a expansão da utilização da *promissory estoppel* na função de considerar algumas promessas como juridicamente executáveis e, conseqüentemente, a estabelecer vínculos obrigacionais, justamente com vistas à promoção da proteção da confiança legítima das partes negociantes ou contratantes. Se em 1933, ao julgar o caso *James Baird Co. v. Gimbel Bros., Inc.*, a corte norte-americana entendeu que a *promissory estoppel* não poderia ser utilizada como elemento a proteger a confiança de uma das partes, estendendo os efeitos de uma relação contratual para evitar a injustiça no caso, foi alcançada decisão no sentido diametralmente oposto em 1958. No julgamento do caso *Drennan v. Star Paving Co.*, o *Justice Traynor*, da *Supreme Court of California*, chegou à seguinte conclusão:

*The absence of consideration is not fatal to the enforcement of such a promise. It is true that in the case of unilateral contracts the Restatement finds consideration for the implied subsidiary promise in the part performance of the bargained-for exchange, but its reference to section 90 makes clear that consideration for such a promise is not always necessary. The very purpose of section 90 is to make a promise binding even though there was no consideration in the sense of something that is bargained for and given in exchange.*⁸⁷

⁸⁵ FEINMAN, Jay M. *Promissory Estoppel and Judicial Method*. 97 Harv. L. Rev. 678. (1984) Tradução livre do autor: "Logicamente, a confiança em uma promessa num contexto de negociação nunca seria razoável - e portanto nunca seria executável juridicamente - a menos que o promissário tenha de fato concluído a negociação com o promitente ao dar ou prometer algo em troca da promessa. Se tal negociação ocorreu, as partes formaram um contrato com *consideration*, e a confiança seria desnecessária."

⁸⁶ 64 F.2d 344 (2d Cir. 1933).

⁸⁷ 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958). Tradução livre do autor: "A ausência de contraprestação não é fatal para que uma promessa seja juridicamente executável. É verdade que no caso de contratos unilaterais o *Restatement* encontra contraprestação para promessas implícitas dentro da conduta ou do contexto de negociação, mas sua referência à seção 90 deixa claro que a contraprestação por tal promessa não é sempre necessária. O propósito da seção 90 é tornar uma promessa vinculante mesmo que não haja contraprestação no sentido de algo que é negociado e dado em troca." Nesse sentido: MEHREN, Arthur Taylor von (ed). *International Encyclopedia of*

Por questões históricas, contudo, a *bargain theory of consideration* continua sendo tratada como questão central da disciplina contratual norte-americana, apesar de vir, gradualmente, perdendo força; a *promissory estoppel*, por sua vez, apesar de ascender como elemento de formação contratual baseado na proteção da confiança, continua sendo considerada como uma exceção à teoria tradicional.⁸⁸ Seria mais prudente considerar como complementares as teorias da *consideration* e da *promissory estoppel*: quando há uma *bargain* (acordo entre as partes para a troca de promessas ou de performances), deve ser considerado formado o contrato, conforme preconiza a teoria da *consideration*; por outro lado, em outras transações, é necessário garantir ao promissário uma compensação caso tenha sofrido algum prejuízo diante da confiança depositada na promessa (*reliance on the promise*).⁸⁹

Apesar disso, não se pode negar a importância que a *promissory estoppel* desempenhou, e ainda desempenha, no direito contratual norte-americano, principalmente no que se refere a casos envolvendo negociações preliminares à formação contratual e à proteção da confiança legítima das partes.

2.3 AS NEGOCIAÇÕES PRÉ-CONTRATUAIS E A PROMISSORY ESTOPPEL: O CASO HOFFMAN V. RED OWL STORES, INC.

Como visto, o contrato se forma, no direito brasileiro, a partir do consentimento entre as partes; no direito norte-americano, por sua vez, a partir do consentimento entre as partes em um contexto de negociação no qual se faz presente uma *consideration*, uma contraprestação. Nos dois sistemas jurídicos, o consentimento é, normalmente, alcançado pelas vontades exteriorizadas conscientemente, opostas e convergentes, revestidas nas formas de proposta (oferta) e aceitação. São, portanto, consideradas como declarações de vontades aptas a formar o vínculo contratual.

Contudo, o processo obrigacional é dotado de alta complexidade. Conforme explica Clóvis do Couto e Silva, "com a expressão 'obrigação como processo', tenciona-se sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação

Comparative Law: Contracts in general. Volume VII, Part I, Ch. 9. 1992, p. 13; e FEINMAN, Jay M. Promissory Estoppel and Judicial Method. 97 Harv. L. Rev. 678. (1984)

⁸⁸ FEINMAN, Jay M. *Promissory Estoppel and Judicial Method. 97 Harv. L. Rev. 678. (1984)*

⁸⁹ GORDLEY, James. *Enforcing Promises. 83 Calif. L. Rev. 547 (1995).*

obrigacional e que entre si se ligam com interdependência."⁹⁰ O termo "processo", por sua vez, indica uma concatenação de atos, relacionados entre si e, ao mesmo tempo em que condicionados um ao outro, interdependentes.

Por esse motivo, o ordenamento jurídico não deve regular somente as etapas de conclusão e de execução do contrato, conforme tenta fazer crer o art. 422 do Código Civil Brasileiro vigente (Lei n.º 10.406/2002).⁹¹ Estas são apenas duas facetas que envolvem, mas não encerram, a proteção contratual. Igualmente importantes as fases ditas pré e pós-contratuais. Alerta Ustárroz que "com efeito, tão importante quanto a tutela da fase específica da execução do pactuado, é a proteção dos contraentes nos períodos que antecedem o negócio e o sucedem, pois as expectativas e os danos não se restringem a um momento específico da relação."⁹²

Certamente existem casos nos quais a aceitação da proposta é imediata, com a consequente formação do contrato. Contudo, não é sempre instantânea a formação dos negócios jurídicos.⁹³ Muitas vezes, principalmente diante da extensão e da complexidade do objeto do negócio jurídico, tornam-se necessárias "conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro."⁹⁴

Tal reflete o momento imediatamente anterior à conclusão do contrato, denominado fase pré-contratual, negociações preliminares ou, ainda, tratativas. Será nele que as partes buscarão harmonizar os seus interesses em busca do consentimento desejado e necessário para a formação do contrato da forma mais equilibrada possível. Nesse período, "*there is often no offer or counter-offer for either party to accept, but rather a gradual process in which agreements are reached piecemeal in several 'rounds' with a succession of drafts.*"⁹⁵

Mas, engana-se quem pensa que tal está livre de dificuldades. Cada parte negociante procurará fazer prevalecer os seus próprios interesses, visando maximizar os efeitos do futuro negócio jurídico por si considerados benéficos. Sem que se tenha certo grau de flexibilização das posturas dos negociantes, seria impossível alcançar o consentimento. Neste período, o que

⁹⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20.

⁹¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁹² USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos Contratos: temas atuais*. 2ª Edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 44-45.

⁹³ CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959, p. 58-59.

⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 32.

⁹⁵ FARNSWORTH, E. Allan. *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: fair dealing and failed negotiations*. 87 Colum. L. Rev. 217 (1987). Tradução livre do autor: "normalmente, não há proposta ou contraproposta para cada parte aceitar, mas sim um processo gradual no qual pouco a pouco termos são alcançados em diversas rodadas de negociação com uma sucessão de minutas."

se verifica é uma disputa de interesses, de modo que devem ser harmonizadas a liberdade negocial e a proteção da confiança.⁹⁶

Apesar de faltar à fase pré-contratual o vínculo contratual, dela pode surgir um vínculo obrigacional⁹⁷, decorrente da responsabilidade por danos causados a uma das partes. Como explica Caio Mário, "no caso de um deles [dos negociantes] induzir no outro a crença de que o contrato será celebrado, levando-o a despesas ou a não contratar com terceiro etc. e depois recuar, causando-lhe dano"⁹⁸, poderá ser imposto àquele que recuou o dever de reparar esses danos, o que pode ser explicado através da teoria do contato social. Tal justifica "o nascimento de direitos e obrigações, quando não existe o contrato. Abrange, através de nova formulação, as hipóteses que comumente se classificam como de *culpa in contrahendo*."⁹⁹ Isso porque, a interação social comporta graus de proximidade: a máxima é refletida no negócio jurídico, enquanto que a mínima, no âmbito da responsabilidade delitual, e na zona intermediária podem ser incluídas as negociações preliminares; como explica Judith Martins-Costa, trata-se de uma zona "de ações intercomunicativas que são menos do que um contrato (contato qualificado como ato voluntário), porém já são mais do que a rarefeita relação social derivada de uma relação nascida de um delito civil."¹⁰⁰

No direito contratual norte-americano, por sua vez, vige o princípio da *freedom of negotiation*. Segundo Farnsworth, "*courts have traditionally accorded parties the freedom to negotiate without risk of precontractual liability*"¹⁰¹. E segue:

(...) as a general rule, a party to precontractual negotiations may break them off without liability at any time and for any reason – a change of heart, a change of circumstances, a better deal – or for no reason at all. The only cost of doing so is the loss of that party's own investment in the negotiations in terms of time, effort, and expense.¹⁰²

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 483.

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 481.

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 32.

⁹⁹ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 75.

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Um Aspecto da Obrigação de Indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*. In: Revista dos Tribunais, vol. 867, p. 11, jan/2008.

¹⁰¹ FARNSWORTH, E. Allan. *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: fair dealing and failed negotiations*. 87 Colum. L. Rev. 217 (1987). Tradução livre do autor: "os tribunais tradicionalmente garantiram às partes a liberdade de negociar sem o risco de responsabilidade pré-contratual."

¹⁰² FARNSWORTH, E. Allan. *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: fair dealing and failed negotiations*. 87 Colum. L. Rev. 217 (1987). Tradução livre do autor: "como regra geral, uma parte em negociações pré-contratuais pode rompê-las a qualquer momento e por qualquer razão sem nela incidir qualquer responsabilidade - uma mudança de opinião, uma mudança de circunstâncias, o surgimento de uma proposta melhor - ou sem motivo algum. Agindo assim, a única consequência será a perda do seu próprio investimento

Ocorre que, apesar dessa regra, os tribunais norte-americanos passaram a utilizar, para o bem ou para o mal, o instituto da *promissory estoppel* com fins de proteger a confiança da parte que modificou substancialmente sua posição jurídica e/ou econômica em consideração a uma promessa que, ao final, não foi cumprida pelo promitente. Dessa forma, estendendo os limites para os quais existiria ou não um vínculo contratual, passaram a impor, em alguns casos, a responsabilidade no contexto de negociações preliminares.

O caso mais emblemático a respeito desse tema foi *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*¹⁰³, julgado em 1965 pela *Supreme Court of Wisconsin*. Joseph Hoffman, dono de uma padaria na cidade de Wautoma, desejava expandir seus negócios e, por isso, em novembro de 1959, contactou representantes da rede de supermercados *Red Owl Stores, Inc.*, para verificar a possibilidade de abrir uma franquia. A eles, Hoffman informou que disporia de apenas US\$ 18.000,00 para investir no negócio, e foi constante e repetidamente assegurado pelos representantes da referida empresa de que tal quantia seria o suficiente para a concretização do negócio.

Contudo, no decorrer das negociações, a *Red Owl Stores, Inc.* exigiu novos e dispendiosos requisitos para a concretização do negócio, todos eles cumpridos por Hoffman, em confiança à promessa de que em breve estaria operando a sua franquia. Especificamente: a) com vistas a adquirir experiência no ramo, comprou um pequeno mercado. Contudo, após três meses operando com lucro, Hoffman foi aconselhado pelos representantes da *Red Owl* a vendê-lo; b) como parte do investimento, foi imposto pelos representantes da *Red Owl* que Hoffman vendesse sua padaria, que era sua única fonte de sustento; c) Hoffman teve de comprar um terreno na cidade de Chilton, local no qual a *Red Owl* decidiu construir a nova

nas negociações, em termos de tempo, esforço e despesas." Nesse mesmo sentido, FRADERA, Vera Jacob de. *A Vedação de Venire Contra Factum Proprium e sua Relação com os Princípios da Confiança e da Coerência*. In: *Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas da ULBRA*. V. 9, n.1.. Canoas: Editora ULBRA, jan./jun. 2008, p. 133. É que a concepção de contrato, no direito norte-americano, é bastante peculiar, conforme exposto anteriormente, uma vez que fundada em aspectos econômicos. Explica Fradera, com relação à família da *Common Law*, que "além da troca de consentimentos, é acrescido da *consideration*, a contrapartida, sem a qual o contrato não se pode formar. Por não existir uma *consideration* no período que antecede a relação contratual, não admitem os juristas ingleses, na fase do *pourparlers*, um esboço de contrato e, em consequência, responsabilidade civil em caso de ruptura abusiva da negociação; outro elemento valioso para identificar os contornos tão peculiares do sistema contratual da *Common Law* é o liberalismo econômico, expresso na máxima latina *caveat emptor*, que representou, até pouco tempo, um obstáculo à adaptação do direito inglês a muitas das diretivas da União Européia, mormente as referentes à proteção dos consumidores." FRADERA, Vera Jacob de. *Dano Pré-Contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte*. In: *Revista de Informação Legislativa*, n.º 136, ano 34, outubro/dezembro 1997.

¹⁰³ 26 Wis 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965).

loja; d) conseqüentemente, Hoffman e sua família tiveram de se mudar para esta outra cidade, tendo custos com a mudança e com o aluguel de uma casa.

Além disso, a *Red Owl* apresentou diversos *financial statements* nos quais progressiva e continuamente aumentou o valor inicialmente estipulado. Em novembro de 1961, o valor havia sido aumentado para US\$ 24.100,00, dos quais apenas US\$ 4.600,00 seriam fornecidos por Hoffman, enquanto que o restante deveria ser obtido através de empréstimos. Antes do fim de 1961, foi requerido que Hoffman investisse mais US\$ 2.000,00, para fins promocionais (*promotional purposes*). Ainda, o sogro de Hoffman se disponibilizou a colocar US\$ 13.000,00 no negócio, desde que ele se tornasse sócio, o que foi aceito pela *Red Owl*.

Contudo, em fevereiro de 1962, a *Red Owl* apresentou um relatório financeiro final, no qual era requerido um investimento total de US\$ 34.000,00, do qual apenas US\$ 5.000,00 seriam investidos por Hoffman. Além disso, o valor a ser investido pelo seu sogro era visto como um presente, uma doação, e, portanto, ele não seria visto como sócio. Diante de todas essas modificações desde o acordo inicial, e sem ter condições de seguir com tal proposta final, Hoffman teve de encerrar as negociações, ingressando com uma ação de reparação de danos com base na *promissory estoppel*, diante da frustração injustificada da sua confiança.

Após a procedência da ação pela *Circuit Court of Outagamie County, Wisconsin*, o caso foi submetido a *Supreme Court of Wisconsin*, que reconheceu a aplicação da *promissory estoppel* para fundamentar o dever de reparação de danos diante da frustração injustificada da confiança de Hoffman nas promessas da *Red Owl*. Conforme o *Judge Currie*, "*we conclude that injustice would result here if plaintiffs were not granted some relief because of the failure of defendants to keep their promises which induced plaintiffs to act to their detriment*".¹⁰⁴ O montante da indenização buscou reparar os danos sofridos pela venda da padaria, pela compra do terreno na cidade de Chilton, pelas despesas de sua mudança e com aluguel da nova casa. Em relação à venda do pequeno mercado, a corte entendeu que, uma vez que se tratava de uma experiência temporária com vistas a adquirir experiência, Hoffman não teria direito a lucros cessantes.

Feitas tais reflexões, torna-se oportuno analisar se a decisão da *Supreme Court of Wisconsin* seria adequada para a realidade do direito brasileiro. Para tanto, passa-se a examinar como um tribunal brasileiro resolveria uma situação análoga ao referido caso, para, ao fim, verificar semelhanças e diferenças entre os dois ordenamentos em questão, bem como

¹⁰⁴ 26 Wis 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965). Tradução livre do autor: "nós concluímos que prevaleceria a injustiça caso não fosse garantida aos autores um alívio por causa da incapacidade dos réus em manterem as promessas que induziram os autores a agir em prejuízo próprio."

observar possíveis contribuições da experiência norte-americana com o objetivo de enriquecer o direito brasileiro.

3 IMPLICAÇÕES DO CASO *HOFFMAN V. RED OWL STORES, INC.* NO DIREITO BRASILEIRO

O objetivo da presente Seção é analisar qual seria o tratamento dado por tribunal brasileiro ao caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, na hipótese de situação análoga ser a ele submetida. Para tanto, algumas considerações prévias a respeito do direito brasileiro são necessárias, antes de se adentrar ao tema da resolução da questão.

A responsabilidade civil, no direito brasileiro, pauta-se por dois princípios: o *neminem laedere*, que significa não lesar; e o da reparação integral, positivado no art. 944 do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002), princípio este segundo o qual, causado um dano, o lesado deverá ser colocado "em situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o ato ilícito."¹⁰⁵ O dever de reparar, portanto, surgirá quando da violação de algum dever jurídico preexistente, ou imposto pelas regras gerais de direito, do que decorre um dever negativo de não prejudicar (responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana), ou oriundo de uma relação jurídica obrigacional, do que decorre um dever positivo de adimplir (responsabilidade civil contratual).¹⁰⁶

Tal distinção é importante, principalmente, para questões processuais, notadamente no que diz respeito ao ônus da prova. Isso porque, na responsabilidade civil extracontratual, o lesado terá de comprovar a conduta culposa, o dano e o nexo de causalidade entre eles para fazer jus à reparação; por sua vez, na responsabilidade civil contratual, o credor terá somente de comprovar o ilícito contratual, seja na forma de inadimplemento, seja na de mora, enquanto que o devedor deverá comprovar que tal não se deu por ato a si imputável. Ou seja, "na culpa contratual inverte-se o *onus probandi*, o que torna a posição do lesado mais vantajosa."¹⁰⁷

Deve-se ressaltar, ainda, que, na disciplina dos negócios jurídicos, vige o princípio da liberdade de formas, positivado no art. 107¹⁰⁸ do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002). Ou seja: desde que observada a forma prescrita, ou não tendo forma vedada por

¹⁰⁵ Acerca de um aprofundado estudo sobre o princípio da reparação integral, veja-se SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 325-330.

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, p. 330.

¹⁰⁸ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Tal ideia é complementada, entre outros, pelos arts. 104, III, e 166, IV e V, respectivamente: "Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: III - forma prescrita ou não defesa em lei."; "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade."

lei, a vontade pode ser manifestada por qualquer meio. Inclusive, o próprio silêncio, no sentido de falta de oposição, pode ser considerado como uma declaração tácita de vontade, nos termos do art. 111¹⁰⁹ do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002).

Tendo em vista que o contrato, como exposto anteriormente, pode ser conceituado como a "entrada no mundo jurídico da vontade acorde dos figurantes com a irradiação de efeitos próprios"¹¹⁰, temos que o simples consentimento, a princípio, é suficiente para a formação do vínculo contratual.

Feitas estas primeiras considerações, entende-se que, submetida situação análoga ao caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.* a um tribunal brasileiro, o primeiro exame a ser feito relaciona-se à existência, ou não, do negócio jurídico bilateral frente ao direito brasileiro.

O Código Civil Brasileiro vigente (Lei n.º 10.406/2002) estabelece em seu art. 212 que a confissão, o documento, a testemunha, a presunção e a perícia são os meios de prova do negócio jurídico. Além disso, sabe-se que, no processo, cada parte irá expor os fatos e colher as provas com o intuito de convencer o julgador, para então sair vencedora do litígio.¹¹¹ O que se quer dizer é o seguinte: será a partir da análise da prova feita pelo tribunal que se poderá verificar se o contrato em questão teria sido formado ou não.

A análise da prova inicia-se com a interpretação da prova, através da qual o julgador estabelecerá os significados dos juízos de fato recolhidos; após, passa-se ao momento de valoração da prova, segundo o qual, confrontando os juízos de fato, o juiz irá verificar quais correspondem à realidade objetiva e em que medida um juízo deverá prevalecer sobre o outro; ao final, o juiz forma a sua convicção, a partir da interpretação e da valoração empreendidas.¹¹²

Contudo, "quando o direito material impõe forma especial para o ato jurídico, considerando-a de sua essência, não pode o juiz admitir a sua prova por outro meio."¹¹³ Portanto, a análise ora recai sobre as características do negócio jurídico debatido no caso

¹⁰⁹ Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

¹¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 6-7.

¹¹¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 18.

¹¹² Nesse sentido, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil, volume 2: processo do conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2012; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 181.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 182.

Hoffman v. Red Owl Stores, Inc., qual seja, o contrato de *franchising*. O seu equivalente, no direito brasileiro, é o contrato de franquia, disciplinado pela Lei n.º 8.955/1994.

Este contrato consiste "na cessão pelo franqueador ao franqueado do direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semiexclusiva de produtos ou serviços."¹¹⁴ Não se confunde, portanto, com os contratos de agência e de distribuição, uma vez que nestes há a individuação jurídica e comercial do concessionário, enquanto que na franquia o franqueado atua como se fosse o próprio franqueador, sem qualquer tipo de individuação.¹¹⁵

Para fins do presente estudo, a peculiaridade mais importante relacionada a este contrato, no direito brasileiro, vem disposta no art. 6º da Lei n.º 8.955/1994: "O contrato de franquia deve ser sempre escrito e assinado na presença de 02 (duas) testemunhas e terá validade independentemente de ser levado a registro perante cartório ou órgão público." Ou seja: a lei impõe uma forma como requisito de validade do contrato de franquia. Não observada tal forma, o contrato é nulo.

Do que se conclui, portanto, que, sob a perspectiva do direito brasileiro, não estaria formado o vínculo contratual entre Joseph Hoffman e a *Red Owl Stores, Inc.*, uma vez que inexistentes as especificidades exigidas pela lei. Portanto, em sendo uma situação análoga ao caso ora analisado submetida a um tribunal brasileiro, ele não poderá julgar a questão com base na responsabilidade contratual.

Dessa forma, parece que a resposta para o problema se dá através da responsabilidade civil pré-contratual, formulada originalmente e de forma pioneira por Rudolf von Jhering sob a denominação *culpa in contrahendo*¹¹⁶, com vistas à proteção da confiança.

Jhering procurou desenvolver uma teoria da culpa contratual que justificasse a pretensão de indenização pelos danos sofridos por uma das partes por causa do agir culposos da outra na fase de formação dos contratos. Parte, para tanto, do questionamento sobre se a parte culpada deveria responder, ou não, pelos gastos feitos pela outra parte, prejuízos estes causados pela conduta culposa. Ou seja: ao invés de analisar o contrato formado em si,

¹¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. volume III. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 557. No mesmo sentido: GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 578-579. Conforme o art. 2ª da Lei n.º 9.855/1994, "franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício."

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. volume III. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 557.

¹¹⁶ JHERING, Rudolf von. *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegadas à Perfeição*. Tradução: Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 2.

Jhering parte de uma análise a partir das negociações pré-contratuais. A tese de "indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição" procura, portanto, dar uma resposta adequada à lacuna existente no direito da época, com vistas a evitar a situação na qual "a parte culpada sai livre, a inocente é vítima da culpa alheia."¹¹⁷

A conclusão alcançada pelo renomado jurista foi no sentido de existir, para as partes, um imperativo de agir diligente não somente nas relações contratuais já formadas, mas também naquelas em formação; a sua violação, tanto em uma quanto na outra, faria surgir a pretensão de indenização.¹¹⁸ Melhor exemplificando,

Quem contrata, sai deste modo do círculo de deveres puramente negativo do tráfico extracontratual e entra no positivo da esfera contratual, sai do campo da mera *culpa in faciendo* para o da *culpa in non faciendo*, da *diligentia* positiva, e a primeira e mais geral obrigação que assim assume é a seguinte: aplicar a necessária *diligentia* logo no próprio contratar. Não são apenas as relações contratuais formadas, mas antes logo as que estão em formação que têm de estar sob a protecção das regras sobre a culpa, se não se quiser que o tráfico contratual seja neste aspecto obstaculizado de forma significativa, que cada contraente seja exposto ao perigo de se tornar vítima da negligência alheia.¹¹⁹

Não se pode negar a imensa contribuição feita por Jhering a esta área tormentosa, de difícil elaboração do direito. A transposição da ideia de um agir diligente não somente na relação contratual formada, mas também na relação pré-contratual, foi a base teórica para dirimir novos problemas práticos da sociedade, o que resultou no posterior desenvolvimento das teorias a respeito da responsabilidade pré-contratual, como forma de proteção da confiança despertada nas partes.¹²⁰

A *culpa in contrahendo* pode ser conceituada como sendo "toda infração do dever de atenção que se há de esperar de quem vai concluir contrato, ou de quem levou alguém a concluí-lo."¹²¹ A sua atuação contemporânea se dá através da responsabilidade pré-contratual, que se ocupa da reparação dos danos ocorridos no momento que antecede a formação do

¹¹⁷ JHERING, Rudolf von. *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*. Tradução: Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 2.

¹¹⁸ JHERING, Rudolf von. *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*. Tradução: Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 41.

¹¹⁹ JHERING, Rudolf von. *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*. Tradução: Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 32.

¹²⁰ Nesse sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 485 e seguintes; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª Edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2011, p. 303 e seguintes.

¹²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 320.

contrato, qual seja: a de negociações pré-contratuais.¹²² Conforme explica Almiro do Couto e Silva,

O comportamento de uma das partes, na fase das tratativas, induzindo a confiança da outra de que tal procedimento seria adotado, ou omitindo informações de importância capital para que a outra parte possa decidir com relação ao negócio jurídico a ser realizado, ou ainda deixando de mencionar circunstâncias que acabariam forçosamente por produzir a invalidade do contrato, dá ensejo ao dever de indenizar.¹²³

Uma das grandes dificuldades no estudo da responsabilidade pré-contratual é precisar a sua natureza jurídica. Para Jhering, a *culpa in contrahendo* deveria ser sistematizada na teoria da culpa contratual, diante da ideia de *diligentia* segundo a qual as partes deveriam proporcionar uma à outra um contrato válido.¹²⁴ Contudo, esta não parece ser a solução mais adequada para o direito brasileiro. Isso porque o seu espaço é o da inexistência da vinculação contratual, de modo que seria contraditório falar em uma responsabilidade contratual no período pré-contratual. Como bem pondera Pontes de Miranda,

Não há qualquer relação jurídica contratual durante os tratos preliminares, as discussões e os acertamentos em pormenor. Não há, portanto, pensar-se em infração de dever oriundo de negócio jurídico. (...) Se o contrato não chegou a concluir-se, contrato não houve, nem há. O que há é a relação jurídica de trato, de negociação (*Verhandlungsverhältnis*). Não pensar-se em pré-eficácia do contrato, porque o contrato ou não se concluiu, ou se concluiu e é nulo.¹²⁵

Há quem entenda que a responsabilidade civil pré-contratual seria uma espécie de terceira via, um *tertium genus* da responsabilidade civil, sendo disciplinada por normas próprias. A esse respeito, a doutrina afirma que ela estaria "a meio caminho entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual ou por atos ilícitos, e identificável sob o rótulo genérico de responsabilidade por danos decorrentes de ofensa à

¹²² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª Edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2011, p. 301-303; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 480-481.

¹²³ COUTO E SILVA, Almiro do. *Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planeamento*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 3, p. 1123, novembro/2012.

¹²⁴ JHERING, Rudolf von. *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou Não Chegados à Perfeição*. Tradução: Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008, p. 41.

¹²⁵ Ressalte-se que a responsabilidade civil pré-contratual não se confunde com a responsabilidade decorrente de danos em pré-contrato, ou contrato preliminar, uma vez que neste existe a obrigação contratual de fazer (contrair o contrato definitivo), sendo regulada pelas normas de responsabilidade contratual, enquanto que naquele a responsabilidade surge independentemente de contrato ou de pré-contrato. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 321-323; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 480 e seguintes.

confiança (*Vertrauensschadens*)."¹²⁶ Não é, contudo, caso do direito brasileiro, diante da inexistência de tal regramento.¹²⁷

Uma vez que não há uma violação de dever preexistente decorrente de vínculo contratual, a responsabilidade civil pré-contratual estaria inserida na própria responsabilidade civil extracontratual. Esta, segundo Judith Martins-Costa, seria o gênero do qual se inserem três espécies: a responsabilidade delitual, assentada em culpa ou delito civil; a responsabilidade objetiva extracontratual, na forma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002); e, ainda, a responsabilidade pré-contratual, "caracterizada pelo momento da produção do dano e pela especialidade do dever violado (infração danosa e imputável a deveres de proteção pré-contratuais)."¹²⁸ Para surgir o dever de indenizar no período pré-contratual, então, não basta a simples violação ao dever jurídico negativo decorrente do *neminem laedere*; além do dano, da conduta e do nexo de causalidade, deve ser comprovado que o dever de indenizar é decorrente da necessidade de proteção da confiança, como bem colocado pelo doutrinador gaúcho acima mencionado.

A proteção da confiança é inerente ao princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, é considerado pela melhor doutrina como um valor que inspira o ordenamento jurídico, ao lado da paz social e da justiça. É, pois, um valor intrínseco e constitutivo do próprio direito, uma vez que inexistente sistema jurídico sem que se tenha um mínimo de certeza, um mínimo de eficácia e a ausência de arbitrariedade.¹²⁹

Como princípio que é, a segurança jurídica "estabelece um estado ideal de coisas a ser buscado mediante a adoção de condutas que produzam efeitos que contribuem para a sua promoção".¹³⁰ Ela envolve fim e meios para o seu alcance, de modo que difere das regras, as quais delimitam o comportamento a ser adotado em sociedade, quer dizer, descrevem aquilo que é permitido, proibido ou obrigatório.¹³¹

¹²⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. *Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 3, p. 1123, novembro/2012.

¹²⁷ CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade Pré-Contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 52.

¹²⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Um Aspecto da Obrigação de Indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Civil, vol. 4, p. 693. Outubro/2010. No mesmo sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 103-104.

¹²⁹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 127.

¹³⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 109.

¹³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Edição, ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 97-112.

Dentre os diferentes elementos da segurança jurídica, a que importa para fins do presente trabalho é a de confiabilidade, que pode ser compreendida como aquela "exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis."¹³² Em outras palavras, a segurança jurídica traduz um estado subjetivo de confiança de que aquele direito que se conhece é estável e será observado. Disso conclui-se pela necessidade de proteção da confiança dentro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, reforça-se a ideia transmitida por Judith Martins-Costa segundo a qual o Estado de Direito é, fundamentalmente, um estado de confiança, visto que a ordem jurídica deve viabilizar tal estado entre cidadãos, órgãos estatais e entre cidadãos e órgãos estatais. Justamente por isso é que "a confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado do Direito."¹³³ No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no Mandado de Segurança n.º 24.268/MG, destacou que os princípios da segurança e da confiança são elementos nucleares do Estado de Direito, com o objetivo de alcançar a paz jurídica almejada pelo próprio Direito, bem como que o princípio da confiança, como sub-princípio da segurança jurídica, deve ser invocado como uma necessidade de estabilidade das relações, diante da presença, em seu interior, de um componente de ética jurídica.¹³⁴

Resta muito claro, portanto, que toda e qualquer ordem jurídica possui a incumbência de garantir a confiança dentro da sociedade por ela regida. Trata-se de um antecedente necessário para a coexistência e cooperação pacífica, com o fim de se alcançar a paz jurídica. O próprio desenvolvimento da sociedade é diretamente proporcional ao grau de confiança na conduta alheia, de modo que ela é aquilo que norteia a conduta dos indivíduos frente aos demais integrantes da sociedade. A proteção da confiança é uma busca inerente de qualquer ordenamento jurídico. Por isso se diz que "é essencial às relações entre os homens e as pessoas jurídicas que se possa confiar. A necessidade de confiança cria a relação jurídica de quem trata para contratar."¹³⁵

¹³² ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*: p. 122-128. Os elementos da segurança jurídica são três: a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade. Enquanto que a cognoscibilidade é entendida como a "capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los", a calculabilidade é sustentada como a "capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas", de forma a possibilitar a antecipação de "alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas."

¹³³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Re-Significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos (a Segurança como Crédito de Confiança)*. In: Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal - vol. 27. Brasília, Dezembro/2004, p. 116.

¹³⁴ MS 24.268, Relatora: Min. Ellen Gracie, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em 05/02/2004, disponibilizado no DJe em 17/09/2004.

¹³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 323-324. Nesse mesmo sentido, BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *A Proteção das Expectativas Legítimas derivadas das Situações de Confiança*: elementos formadores do

Dentro do âmbito das relações jurídicas privadas, a proteção da confiança é fundamental para garantir a correção não somente dos negócios jurídicos, mas também das negociações preliminares. Por isso, como já dito, ser a confiança o fundamento da responsabilidade pré-contratual. O dano ocorrido neste período antecedente à formação do contrato deve decorrer da quebra da efetiva confiança legítima despertada pelas e entre as partes negociantes de que o contrato seria concluído, ou de que seria válido, ou de que seria eficaz, ou de que, pelo menos, as negociações seriam conduzidas de maneira correta. O dano decorre, em outras palavras, da infração aos deveres jurídicos que tutelam a confiança das partes. Por isso, reafirma-se aqui que a proteção da confiança legítima é fundamento para a imposição do dever de indenizar pré-contratualmente.¹³⁶

As partes, nesse período que antecede a formação do contrato, ainda não possuem os direitos e deveres decorrentes da concretização do negócio jurídico visado. Possuem, contudo, uma expectativa, quer dizer, as partes (ou pelo menos uma delas) esperam "a constituição de um direito em razão de estarem presentes vários fatos que conduzem à formação de um direito subjetivo."¹³⁷ Essa expectativa é, ao menos, a de que as negociações sejam conduzidas de maneira séria e proba, marcadas pela lealdade e pela probidade para que delas não resultem danos injustos às partes.¹³⁸

Ao ser tutelada pelo princípio da confiança, essa expectativa torna-se qualificada, sob a denominação expectativa legítima. Disso resulta a existência de uma relação jurídica, não contratual, mas sim obrigacional entre as partes, que a elas confere direitos e cria deveres que devem ser seguidos. Por este motivo se atribui eficácia obrigacional às negociações preliminares de uma relação contratual. Explica Gerson Branco que

Sempre que houver uma expectativa legítima, há mais do que "direitos subjetivos em sentido estrito", há direitos a prestações, direitos potestativos, como também deveres e obrigações. Se por um lado as expectativas legítimas identificam o elemento ativo da eficácia de determinado ato, também existe uma eficácia passiva,

princípio da confiança e seus efeitos. In: Revista de Direito Privado, vol. 12, p. 169, Outubro/2002; CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19 e 346.

¹³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 485; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 12ª Edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2011, p. 303.

¹³⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *A Proteção das Expectativas Legítimas derivadas das Situações de Confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos*. In: Revista de Direito Privado, vol. 12, p. 169, Outubro/2002.

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Um Aspecto da Obrigação de Indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Civil, vol. 4, p. 693. Outubro/2010; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 12ª Edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2011, p. 303.

consistente nos deveres, obrigações e ônus decorrentes da existência da relação jurídica.¹³⁹

O que se têm, portanto, são deveres de proteção que devem ser observados pelas partes em negociações. Não são deveres primários, relacionados ao contrato em si, uma vez que este ainda nem se encontra formado; são deveres ditos instrumentais, decorrentes da boa-fé objetiva em atenção à proteção da legítima confiança, deveres estes que serão melhor analisados a seguir.¹⁴⁰ A tutela do direito, neste caso, é busca justamente evitar um prejuízo injusto, "através da imposição de mandamentos de conduta aos próprios participantes, com o fim específico de garantir que as justas expectativas produzidas no outro não restem frustradas em virtude da falta de cautela alheia."¹⁴¹ O que se busca, em verdade, é a honestidade e a lealdade nas relações, como explica Pontes de Miranda:

O que em verdade se passa é todos os homens têm de portar-se com honestidade e lealdade, conforme os usos do tráfico, pois daí resultam relações jurídicas de confiança, e não só relações morais. O contrato não se elabora a súbitas, de modo que só importe a conclusão, e a conclusão mesma supõe que cada figurante conheça o que se vai receber ou o que vai dar. Quem se dirige a outrem, ou invita outrem a oferecer, ou expõe ao público, capta a confiança indispensável aos tratos preliminares e à conclusão do contrato. Não há, porém, contrato tácito, nem negócio jurídico unilateral, que esteja à base da relação jurídica de confiança. (...) O que há é dever de segurança no tráfico, como há o dever de não pôr nos caminhos objetos que possam provocar quedas, de guardar os animais e de fechar as torneiras nas casas que se visita, ou nos bares ou nos restaurantes, ou em qualquer parte.¹⁴²

Isso, inclusive, vai ao encontro da teoria do contato social, conforme exposto na seção anterior do presente estudo. Tal formulação abrange aquelas situações que comumente se classificavam como *culpa in contrahendo*, e explica o nascimento de direitos e obrigações, mesmo quando inexistente o contrato, a partir dos contatos havidos entre as partes. Isso porque a interação comporta graus de proximidade, sendo que o negócio jurídico representa a proximidade máxima e o âmbito da responsabilidade delitual, a proximidade mínima. O período pré-contratual, por sua vez, representa uma zona intermediária, uma zona "de ações intercomunicativas que são menos do que um contrato (contato qualificado como ato voluntário), porém já são mais do que a rarefeita relação social derivada de uma relação

¹³⁹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *A Proteção das Expectativas Legítimas derivadas das Situações de Confiança*: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. In: Revista de Direito Privado, vol. 12, p. 169, Outubro/2002.

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 485.

¹⁴¹ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos Contratos*: temas atuais. 2ª Edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 51.

¹⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 321.

nascida de um delito civil."¹⁴³ Por isso, o contato entre as partes irá gerar a expectativa que, diante da proteção dada pelo princípio da confiança, qualifica-se como expectativa legítima a originar o vínculo obrigacional na fase pré-contratual.

Em relação aos danos indenizáveis, a controvérsia reside na diferença entre interesses positivos e interesses negativos. Os primeiros dizem respeito aos benefícios que a parte negociante auferiria em caso de conclusão do negócio jurídico frustrado; por sua vez, os segundos, também denominados danos de confiança, dizem respeito aos prejuízos sofridos pela parte lesada por ela ter depositado a sua confiança no agir da outra parte, a que tinha como correto. Esses danos negativos podem assumir uma feição de dano emergente (dano ao patrimônio de titularidade do lesado), bem como uma feição de lucro cessante, por ter deixado de auferir vantagens, seja "porque não celebrou outros negócios que dependiam da conclusão do que se frustrou ou porque a expectativa deste desviou a sua actividade de outras direcções possíveis."¹⁴⁴ No direito brasileiro, a regra é a de que apenas os danos negativos são indenizáveis, pois mensuráveis, enquanto que não há como se ter uma medida concreta de uma indenização a partir dos danos positivos.

Importante, neste momento, traçar o caminho percorrido até o momento. Na hipótese de uma situação análoga ao caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, ser submetida a um tribunal brasileiro, conclui-se pela inexistência de qualquer negócio jurídico bilateral formado, uma vez que o contrato de franquia, para o direito brasileiro, possui requisito formal, ou seja, deve ser escrito e com presença de testemunhas, o que não ocorreu no caso citado. Dessa forma, conclui-se também que o dever de indenizar decorreria da imposição da responsabilidade pré-contratual, que, conforme exposto, tem por fundamento a proteção da confiança legítima das partes negociantes. Ocorre que este princípio possui múltiplas manifestações no ordenamento jurídico como um todo. Tendo em vista os objetivos do presente estudo, e por fim, propõe-se análise de duas manifestações da proteção da confiança no direito privado que em muito se relacionam com o problema proposto, quais sejam: o princípio da boa-fé e a teoria do abuso de direito.¹⁴⁵

¹⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *Um Aspecto da Obrigação de Indenizar*: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In: Revista dos Tribunais, vol. 867, p. 11, jan/2008. Nesse sentido, COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 75.

¹⁴⁴ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 12ª Edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2011, p. 310.

¹⁴⁵ A teoria do enriquecimento sem causa também pode ser considerada como importante manifestação do princípio da confiança no direito privado. Contudo, para a sua configuração, é necessário o enriquecimento de uma parte vinculado ao empobrecimento da outra, o que não ocorre no caso analisado no presente trabalho. Por isso, a teoria do enriquecimento sem causa não será analisada. Como explica Michelon Junior, o "enriquecimento sem causa visa por definição remover um enriquecimento, e não ressarcir um dano."

3.1 BOA-FÉ

Foi o *Bürgerliches Gesetzbuch*, Código Civil alemão, que deu expressividade à cláusula geral de boa-fé no processo obrigacional, em seu § 242, assim traduzido: "o devedor deve cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico."¹⁴⁶ No direito brasileiro, o princípio da boa-fé objetiva, apesar de permitida a sua aplicação pela jurisprudência, só foi positivado no ordenamento quando da promulgação do Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406/2002).

Segundo a melhor doutrina, uma cláusula geral é uma técnica legislativa que permite a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, em contraposição à ideia de sistema fechado, que possui uma pretensão de resolver todas as questões jurídicas a partir de sua codificação.¹⁴⁷

Para a sua caracterização, é necessário que ela esteja expressa na codificação, uma vez que se trata de técnica legislativa, bem como que utilize uma linguagem vaga, o que dá ao juiz a importante tarefa de construir o seu significado a partir dos casos concretos. Além disso, "não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio, seja a outros espaços do próprio ordenamento, seja a *standards*, jurídicos ou ainda extrajurídicos, ou a valores, sistemáticos ou extra-sistemáticos."¹⁴⁸ Tais características distinguem a cláusula geral dos princípios jurídicos, mas não impedem que a própria cláusula geral contenha um princípio.

Por requerer do intérprete do direito uma atividade de construção, de preenchimento do conceito, não poderá ser utilizado o método subsuntivo, o qual "tem como pressuposto inafastável uma identidade conceitual entre o conceito fático e o conceito normativo", ideia que se traduz na expressão "encaixe de conceitos" entre a premissa maior (o tipo legal) e a premissa menor (os fatos do caso concreto). No caso das cláusulas gerais, terá o intérprete de se utilizar do método concretivo, por meio do qual analisará "o caso concreto em toda a sua

MICHELON JUNIOR, Cláudio. *Direito Restitutivo*: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 30.

¹⁴⁶ Tradução de MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 287.

¹⁴⁷ Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 296 e seguintes; MENKE, Fabiano. *A Interpretação das Cláusulas Gerais*: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 4, p. 107, Abril/2011.

¹⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 323. No mesmo sentido, MENKE, Fabiano. *A Interpretação das Cláusulas Gerais*: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 4, p. 107, Abril/2011.

potencialidade", buscando em "outros espaços do sistema, ou até mesmo fora dele, a fonte que inspirará e fundamentará a sua decisão." Por ter de se utilizar da concreção e não da subsunção, também se distingue as cláusulas gerais dos conceitos jurídicos indeterminados.¹⁴⁹

É extremamente clara a explicação de Judith Martins-Costa:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente "aberta", "fluida" ou "vaga", caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.¹⁵⁰

A concreção das cláusulas gerais não somente aumenta a responsabilidade do julgador, mas também da doutrina. Esta terá o papel fundamental de controlar, de maneira efetiva, as decisões judiciais, de modo a colaborar com o preenchimento valorativo do conteúdo da norma aberta através de uma crítica racional e construtiva, com vistas a evitar o voluntarismo e o arbítrio do julgador.¹⁵¹

É inegável, portanto, a conclusão segundo a qual, como bem aponta Fabiano Menke, "de uma maneira ou de outra as cláusulas gerais imprimem no sistema uma certa dose de imprevisibilidade e de insegurança, à medida que têm a finalidade de alcançar a justiça do caso concreto."¹⁵² E nesse aspecto ganha relevância a cláusula geral da boa-fé, como concretizadora do princípio da proteção da confiança que, como visto, decorre do princípio da segurança jurídica.

No estudo da boa-fé, a primeira distinção a ser feita é aquela entre as suas acepções objetiva (*Treu und Glauben*) e subjetiva (*Gutten Glauben*). A boa-fé subjetiva (ou boa-fé crença) diz respeito a um estado psicológico do sujeito, concretizada pelo convencimento da aparência de um direito, ou pela ignorância ao lesar direito alheio. Por sua vez, a boa-fé objetiva (ou boa-fé lealdade, ou, ainda, boa-fé confiança) é regra de conduta, impondo o dever

¹⁴⁹ Todas as citações deste parágrafo referem-se a MENKE, Fabiano. *A Interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. In: *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 4, p. 107, Abril/2011.

¹⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 303.

¹⁵¹ MENKE, Fabiano. *A Interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. In: *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 4, p. 107, Abril/2011.

¹⁵² MENKE, Fabiano. *A Interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*. In: *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 4, p. 107, Abril/2011.

de agir de acordo com padrões éticos e socialmente recomendados. Enquanto que a boa-fé subjetiva se contrapõe à má-fé, a boa-fé objetiva se contrapõe à ausência da própria boa-fé objetiva.¹⁵³

As duas acepções tutelam situações de confiança distintas. A situação de aparência de direito, consequência da boa-fé subjetiva, gera na parte a confiança de titularidade de direito, de modo que, em determinadas situações, será protegida. Por outro lado, a boa-fé objetiva tutela a expectativa gerada nas partes de um negócio jurídico a partir da confiança que elas tem de que cada uma agirá com correção e com lealdade. A boa-fé contratual, portanto, insere-se na boa-fé objetiva, e não na subjetiva.¹⁵⁴

Importante salientar que o princípio da boa-fé objetiva não se confunde com o princípio da confiança. Como dito, aquela é uma das múltiplas manifestações desta. A proteção da confiança abarca a boa-fé, que, por sua vez, busca concretizar o próprio princípio da proteção da confiança. É por isso que quem age conforme os deveres decorrentes da boa-fé age, também, em conformidade com os deveres decorrentes da confiança. Por ser uma cláusula geral, a boa-fé acaba constantemente se referindo à necessidade de proteção da confiança. Disso, Gerson Branco afirma que "é correto afirmar a existência do princípio da boa-fé, mas é tecnicamente mais adequado tratar-se da cláusula geral da boa-fé, pois o princípio realizado por meio da aplicação concreta de tal cláusula geral é, por via de regra, o princípio da confiança."¹⁵⁵

No direito brasileiro, é possível verificar três funções desempenhadas pela cláusula geral de boa-fé¹⁵⁶: a) cânone hermenêutico-integrativo, diante do conteúdo do artigo 113¹⁵⁷ do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002); b) norma criadora de deveres jurídicos, diante

¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 411-412. No mesmo sentido, NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132-139.

¹⁵⁴ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 132.

¹⁵⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *A Proteção das Expectativas Legítimas derivadas das Situações de Confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos*. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 12, p. 169, Outubro/2002.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 428 e seguintes. No mesmo sentido, NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 52 e seguintes.

¹⁵⁷ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

do conteúdo do artigo 422¹⁵⁸ do mesmo diploma; e c) norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos, diante do conteúdo do artigo 187¹⁵⁹ do mesmo diploma.

Enquanto cânone hermenêutico-integrativo, Judith Martins-Costa assevera que a boa-fé atua como "*kanon* hábil ao preenchimento de lacunas, uma vez que a relação contratual consta de eventos e situações, fenomênicos e jurídicos, nem sempre previstos ou previsíveis pelos contratantes."¹⁶⁰

O contrato, em sua essência, é lacunoso, incompleto, uma vez que é impossível prever todas as variáveis que envolvem o negócio jurídico em formação. Inclusive, muitas vezes o contrato é estrategicamente incompleto, de modo a facilitar casos de renegociações ao longo de seu curso. Explica Daniel Ustárroz que "o programa contratual, definitivamente, não consegue captar a complexidade da vida, embora possa reduzi-la para oferecer boa dose de segurança aos envolvidos."¹⁶¹

Para suprir a existência dessas lacunas, o julgador deve perquirir o sentido total da regulação contratual, a partir da interpretação do conjunto das normas contratuais. A boa-fé, então, atua como "mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar."¹⁶² Dessa forma, conclui-se que a interpretação dos negócios jurídicos conforme a boa-fé, como disposto no art. 113 do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002), está a serviço da proteção da confiança legítima despertada nas partes de um contrato.

Entretanto, como no período de negociações preliminares não há qualquer negócio jurídico formado, esta função da boa-fé objetiva não intervém nas hipóteses de responsabilidade pré-contratual. Por outro lado, não se pode dizer o mesmo em relação às duas outras funções reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Em uma relação obrigacional, pode-se distinguir três diferentes tipos de deveres. Os ditos primários são aqueles que definem a relação contratual (por exemplo: o dever de entregar o bem em troca do dever de pagar o preço caracteriza o contrato de compra e venda).

¹⁵⁸ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁵⁹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 428.

¹⁶¹ USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos Contratos: temas atuais*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 35.

¹⁶² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 430-432.

Os deveres ditos secundários, por sua vez, são subdivididos em deveres acessórios, substitutivos ou complementares aos deveres primários (por exemplo, e respectivamente: o dever de preservação da coisa a ser vendida, no contrato de compra e venda; o dever de indenizar, diante da impossibilidade culposa da prestação; o dever de indenizar a mora ou o cumprimento defeituoso, acrescido à prestação principal).¹⁶³

A obrigação é, contudo, um processo de atos encadeados para fins de satisfação do interesse do credor.¹⁶⁴ Diante disso, é possível afirmar que existe um feixe de direitos e deveres que emergem do vínculo obrigacional e que não necessariamente estão previstos. Estes deveres, chamados instrumentais, laterais ou anexos, referem-se a regras de comportamento impostas pela boa-fé com vistas à proteção da confiança das partes, quer dizer, são "deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor."¹⁶⁵ Sem qualquer pretensão exaustiva, podemos citar, como deveres laterais, os de informação, de clareza de linguagem, de segredo, de colaboração, de cooperação, de lealdade, de esclarecimento, de não indução, entre outros.¹⁶⁶

O art. 422 do Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002) restringe o campo de incidência da boa-fé como norma criadora de direitos e deveres apenas aos momentos de conclusão e de execução do contrato. Todavia, é pacífico o entendimento de que a regra de conduta da boa-fé deve ser estendida também às fases pré e pós-contratual. Especificamente no que diz respeito à responsabilidade pré-contratual pela quebra dos deveres fiduciários, impostos pela boa-fé objetiva, Noronha é enfático:

A sua violação [dos deveres decorrentes da boa-fé] na fase das negociações preliminares, quando as pessoas ainda não estão adstritas a outro dever que não seja o geral de *neminem laedere*, origina a responsabilidade pré-contratual. Esta surge não apenas como a interrupção injustificada das negociações preliminares, como também com a violação daqueles deveres de conduta, impostos pela boa-fé, de informação e clareza de linguagem, de sigilo quanto a informações prestadas pela

¹⁶³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 437-438; NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 160-161.

¹⁶⁴ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição, 5ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

¹⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 438-439. No mesmo sentido, COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição, 5ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 38.

¹⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 439; NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 161-165.

contraparte, e até de não indução, ainda que meramente culposa, ao erro da outra parte. A violação de tais deveres, umas vezes impede a realização do negócio, outras justifica que ele seja invalidado, depois de concluído.¹⁶⁷

Dessa forma, não somente as partes contratuais, mas as partes que negociam para a formação de um contrato devem estar atentas também a estes deveres anexos, decorrentes da boa-fé objetiva, uma vez que a sua não observância gera ilícito pré-contratual a ser reparado através da imposição da responsabilidade pré-contratual.

Por fim, a boa-fé objetiva atua, ainda, como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos. Isso decorre diretamente da necessidade de, no processo obrigacional, estabelecer-se uma relação de cooperação entre as partes, com o propósito de alcançar a finalidade visada. O que se procura vedar, então, são condutas que contrariem os mandamentos de conduta conforme a boa-fé, ou seja, impor aos sujeitos da relação um agir leal e correto.¹⁶⁸

Tal é concretizado a partir da denominada teoria dos atos próprios¹⁶⁹, entendida pela doutrina da seguinte maneira: "a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choca com a lei, os bons costumes e a boa-fé."¹⁷⁰ Especificamente no campo obrigacional, esta teoria veda que uma parte, que tenha violado deveres contratuais (ou mesmo pré-contratuais), exija o cumprimento do mesmo dever pela

¹⁶⁷ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 150. No mesmo sentido: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª Edição, revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2011, p. 303; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor*: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 4, p. 25, Abril/2011; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 487; COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição, 5ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 75-76; USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos Contratos*: temas atuais. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 56-59.

¹⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 457.

¹⁶⁹ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ver REsp 1.202.514/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/06/2011 e disponibilizado no DJe em 30/06/2011, assim ementado: "(...) 4. O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (i) instrumento hermenêutico; (ii) fonte de direitos e deveres jurídicos; (iii) limite ao exercício de direitos subjetivos. A essa última função aplica-se a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios, como meio de rever a amplitude e o alcance dos deveres contratuais, daí derivando os seguintes institutos: tu quoque, venire contra factum proprium, surrectio e suppressio. (...)".

¹⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 460. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ver REsp 1.192.678/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13/11/2012 e disponibilizado no DJe em 26/11/2012, assim ementado: "(...) 6. Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos 'tu quoque' e 'venire contra factum proprium', segundo a qual a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé. (...)".

outra parte ou, ainda, que se beneficie do seu próprio descumprimento. Trata-se, pois, de regras de conduta impostas pelo princípio da boa-fé objetiva que limitam o exercício de um direito subjetivo.¹⁷¹

A teoria dos atos próprios possui quatro desdobramentos, mas, para o presente trabalho, importam duas: *tu quoque* e *venire contra factum proprium*.¹⁷² A primeira já foi aqui estudada, quando da análise do instituto da *estoppel* no direito norte-americano. A segunda, por sua vez, carece de um estudo mais aprofundado para fins do presente trabalho.

A contradição é inerente à conduta humana. Dessa forma, caso o direito vedasse, de forma absoluta, toda e qualquer conduta contraditória, estaria impondo um castigo desnecessário. Mas isso não impede o direito de, ao menos, vedar aquele "comportamento contraditório que mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfico negocial."¹⁷³

Decompondo a expressão latina, percebe-se a existência de dois comportamentos, não simultâneos e, em princípio, lícitos, por parte de uma mesma pessoa. O primeiro fato (*factum proprium*), entretanto, é contrariado (*venire contra*) o segundo fato. Dito isso, é possível chegar à seguinte conclusão: a proibição do *venire contra factum proprium* funda-se na confiança, uma vez que tem por objetivo justamente vedar o comportamento contraditório de uma das partes (do contrato ou das negociações) quando o seu primeiro comportamento gera justificada expectativa na outra parte, com relação ao cumprimento ou à conclusão do negócio. O que se busca não é a preservação da conduta inicial, mas sancionar o ilícito decorrente da violação do dever de lealdade. É por isso que a doutrina define o *venire contra factum proprium* como um exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente exercido pelo mesmo sujeito.¹⁷⁴

¹⁷¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 460-461.

¹⁷² Os outros dois desdobramentos são a *supressio* (*Verwinkung*) e a *surrectio* (*Erwirkung*). Resumidamente, a *supressio* "consiste na vedação do exercício de um direito considerado contrário à boa-fé por não ter sido utilizado durante um determinado lapso temporal", enquanto que a *surrectio*, "conjugando a boa-fé com o tempo, faz surgir determinado direito para o jurisdicionado que confia em sua existência." ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 128-130.

¹⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 470.

¹⁷⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 464-471. Veja-se, a título exemplificativo, a ementa da Apelação Cível n.º 70035477405, julgado pela Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Eugênio Facchini Neto, em 13/09/2011: "(...) 1. É reconhecida a eficácia do contrato, ainda que não assinado pelo promitente comprador, em razão do comportamento adotado pelas partes no sentido de adimplir com as obrigações ali postas. A conduta do réu fez surgir na contraparte a legítima expectativa de que ambos estavam em comum acordo sobre o negócio entabulado, não sendo legítimo que, posteriormente, suscite a abusividade do contrato como pretexto para

Como não são todas as condutas contraditórias que são vedadas pelo direito, faz-se necessária a verificação de certos elementos para a sua aplicação. E, nesse sentido, é perfeita a colocação de Judith Martins-Costa:

O seu fundamento técnico-jurídico – e daí a conexão com a boa-fé objetiva – reside na proteção da confiança da contraparte, a qual se concretiza, neste específico terreno, mediante a configuração dos seguintes elementos, objetivos e subjetivos: a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer, em razão da conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança, a supressão do fato no qual fora assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.¹⁷⁵

Feitas estas considerações a respeito da boa-fé como manifestação do princípio da confiança, principalmente no âmbito das negociações preliminares, deve-se agora aplicar tais concepções com vistas a propor uma solução ao caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.* frente ao ordenamento brasileiro.

O primeiro aspecto a ser ressaltado é a inexistência de qualquer dolo ou má-fé por parte dos representantes da *Red Owl Stores, Inc.*, como apontou a corte norte-americana: "*here, there is no evidence that would support a finding that Lukowitz [representante da Red Owl] made any of the promises, upon which plaintiffs' complaint is predicated, in bad faith with any present intent that they would not be fulfilled by Red Owl.*"¹⁷⁶

Contudo, não se pode deixar de considerar que, de fato, as promessas feitas pela empresa fizeram surgir em *Hoffman* a legítima expectativa de conclusão do contrato de franquia, diante de sua vontade em expandir seus negócios e se estabelecer em uma loja maior. Foi somente por causa dessa expectativa que *Hoffman* concordou em cumprir todas as condições impostas pela empresa, já citados anteriormente, mas que merecem novo destaque, por oportuno: a) após comprar um pequeno mercado para adquirir experiência, foi aconselhado pelos representantes da empresa a vendê-la, diante da promessa de que em breve estaria operando uma *Red Owl Store*; b) teve de vender a sua padaria, única fonte de sustento que possuía, e entregar o capital como parte do investimento para a concretização do negócio; c) teve de comprar um terreno na cidade de Chilton, para que fosse construída a *Red Owl*

rompê-lo unilateralmente. Trata-se do que há muito se entende na doutrina como proibição do venire contra factum proprium. (...)."

¹⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 471.

¹⁷⁶ 26 Wis 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965). Tradução livre do autor: "No caso, não há qualquer evidência que sustentaria que qualquer das promessas, nas quais os autores fundamentam a ação, foram feitas em má-fé com qualquer intenção de não serem cumpridas pela *Red Owl*."

Store; d) teve de se mudar para outra cidade, o que acarretou custos com a mudança e com aluguel da casa nova. De mesmo modo, a empresa constantemente elevou o valor inicialmente acordado entre as partes para a concretização do negócio e, mesmo assim, Joseph Hoffman seguiu acatando as imposições da empresa.

A primeira premissa, portanto, de tribunal brasileiro ao analisar situação análoga a este caso, seria decidir pela procedência da ação com vistas à proteção das expectativas legítimas de Hoffman, que dificilmente teria cumprido com tais condições se não tivesse depositado sua confiança na concretização do negócio. Isso porque presentes os elementos para tanto, quais sejam: a conduta ilícita, que violou os deveres de proteção da confiança; o nexo de imputação; o dano, decorrente da não observância da proteção da confiança; e o nexo de causalidade. Nesse sentido é a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.051.065/AM, ao entender que "a responsabilidade pré-contratual não decorre do fato de a tratativa ter sido rompida e o contrato não ter sido concluído, mas do fato de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material."¹⁷⁷

A boa-fé objetiva, como manifestação do princípio da proteção da confiança, é aplicável ao caso a partir de sua função de criação de deveres jurídicos, no sentido de mandamentos de conduta destinados às partes negociantes, impondo que elas atuem de forma leal e correta. No caso específico, a *Red Owl Stores, Inc.* teria deixado de cumprir com os deveres laterais de colaboração, de cooperação, de esclarecimento e de não indução, uma vez que, ao mesmo tempo que afirmava a Joseph Hoffman que o negócio de concretizaria, impunha novos e dispendiosos requisitos para a formação do contrato.

Do mesmo jeito, perfeitamente aplicável a boa-fé objetiva em sua função limitadora de exercício de direitos subjetivos, a partir da teoria dos atos próprios, especificamente no que diz respeito à proibição de *venire contra factum proprium*. Na verdade, o contexto das negociações, desde o primeiro momento, é permeado por diversas condutas contraditórias dos representantes da *Red Owl Stores, Inc.* Percebe-se que, constantemente, a empresa afirmava, em um primeiro momento, que tudo estava em conformidade para a conclusão do contrato; no exato momento seguinte, impunha novas condições para a concretização do negócio. Ou seja, estavam presentes os elementos para a caracterização da proibição de *venire contra factum*

¹⁷⁷ REsp 1.051.065/AM, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 21/02/2013, disponibilizado no DJe em 27/02/2013. No mesmo sentido já se manifestou diversas vezes o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Apelação Cível n.º 591017058, Quinta Câmara Cível, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 25/04/1991; Apelação Cível n.º 591028295, Quinta Câmara Cível, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 06/06/1991; Recurso Cível n.º 71000531376, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, julgado em 08/09/2004; Apelação Cível n.º 70012118220, Nona Câmara Cível, Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 24/08/2005; Recurso Cível n.º 71002009942, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eugênio Facchini Neto, julgado em 16/07/2009.

proprium: a) atuação de um fato gerador de confiança; b) adesão, pelo depósito da confiança, da outra parte neste fato; c) o exercício pela parte que confiou no fato de alguma atividade posterior; e d) o dano gerado pela conduta contraditória do autor do fato gerador da confiança.¹⁷⁸

Esta não é, contudo, a única possibilidade de manifestação do princípio da proteção da confiança a ser aplicado na hipótese do caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.* Como proposto, passa-se a analisar, agora, a teoria do abuso de direito e como ela auxilia para a resolução do caso.

3.2 TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

O direito resulta de interesses dos indivíduos e de interesses da sociedade, e o seu exercício deve atentar para ambos.¹⁷⁹ Dessa forma, assim como o exercício de um direito subjetivo pode estar em conformidade com o ordenamento jurídico, pode ele também ultrapassar os limites impostos pela própria ordem legal. Como bem anota Mário Júlio de Almeida Costa, "pode acontecer que um preceito legal certo e justo para as situações normais venha a revelar-se injusto na sua aplicação a uma hipótese concreta, por virtude das particularidades ou circunstâncias especiais que nela concorram. É o problema da justiça e da equidade."¹⁸⁰

Nesse sentido, com o objetivo de vedar o exercício de um direito subjetivo em desconformidade com a ordem jurídica, foi desenvolvida a teoria do abuso de direito, a partir do exame da jurisprudência francesa da segunda metade do Século XIX. Nos julgados então analisados, por diversas vezes o exercício de maneira irregular de um direito causou a condenação do seu titular. Quer dizer, os tribunais realizavam um controle ao exercício de direito subjetivo nos casos concretos.¹⁸¹

¹⁷⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 471. Nesse sentido, os já mencionados REsp 1.192.678/PR, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 13/11/2012 e disponibilizado no DJe em 26/11/2012; e Apelação Cível n.º 70035477405, julgado pela Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Eugênio Facchini Neto, em 13/09/2011

¹⁷⁹ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941. p. 143.

¹⁸⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 12ª Edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2011, p. 83.

¹⁸¹ Nesse sentido, ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 89; MIRAGEM, Bruno. *Abuso de Direito: ilicitude objetiva e limite ao*

Por isso, a doutrina francesa de então, partindo da noção de ato emulativo, que designa uma atividade realizada com a intenção de lesar, concebeu o abuso de direito em uma perspectiva subjetiva, "a qual vê a figura caracterizada quando o agente atua imbuído unicamente pela intenção de prejudicar outra pessoa ou, ainda, quando da prática do ato não decorra qualquer utilidade para o agente."¹⁸²

Portanto, o que se percebe é que, no direito francês, a teoria do abuso de direito foi desenvolvida como instituto autônomo limitador do exercício de direitos subjetivos, visando coibir justamente esse exercício desconforme à ordem jurídica. Não foi o mesmo, por exemplo, no direito germânico.

O BGB, em seu § 226, dispõe que o exercício do direito é inadmissível quando só possa ter por escopo infligir um dano a outrem. Tal teor foi criticado pela doutrina, uma vez que "exige, para sua incidência, que o exercício do direito só possa ter – e não que só tenha na situação verificada concretamente – o escopo de infligir danos", sendo considerado um dispositivo "apertado, pouco significativo ou mesmo inútil."¹⁸³

Em busca de uma adequada solução para o problema do uso abusivo do direito, foi desenvolvida a teoria do exercício inadmissível de posições jurídicas a partir do § 826, "que impõe o ressarcimento dos prejuízos causados dolosamente em violação aos bons costumes".¹⁸⁴ O problema, entretanto, continuava, uma vez que ainda era exigida a intenção, a finalidade de infligir danos.

Foi no § 242 do BGB, consagrada a cláusula geral da boa-fé, que a doutrina germânica encontrou um adequado critério para a resolução dos problemas originados diante de comportamentos considerados abusivos. Quer dizer, a figura do abuso de direito não é, no direito alemão, um instituto autônomo como no direito francês, mas sim uma decorrência da boa-fé objetiva, notadamente como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos.¹⁸⁵

No direito brasileiro, por sua vez, a teoria do abuso do direito foi inicialmente inserida no art. 160, inciso I, do Código de Beviláqua, o qual dispunha que "não constituem atos

exercício das prerrogativas jurídicas no direito brasileiro. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 90.

¹⁸² ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 90.

¹⁸³ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 106. No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 172.

¹⁸⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 106. No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 172.

¹⁸⁵ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 107. No mesmo sentido: NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 172.

ilícitos: I – os praticados em legítima defesa, ou no exercício regular de um direito reconhecido." Nesse sentido, o exercício irregular, definido como abuso de direito, passou a ser considerado como um ilícito e, conseqüentemente, passível de fazer surgir o dever de reparar.¹⁸⁶

Com a promulgação do novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), o abuso de direito foi inserido no art. 187, cujo teor cabe ser novamente destacado, por oportuno: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes." Este dispositivo decorre da recepção do art. 334 do Código Civil Português¹⁸⁷ que, por sua vez, decorreu do pensamento jurídico alemão a respeito do exercício inadmissível de direitos.¹⁸⁸

Sem qualquer elemento subjetivo ou intencional, o abuso de direito é considerado pela codificação brasileira como um ato ilícito equiparado e, portanto, como uma nova hipótese de responsabilidade civil. Na explicação de Cristiano de Sousa Zanetti,

De qualquer forma, neste momento deve reter-se que a noção subjetivista de abuso do direito ocupa um espaço muito pequeno no novo Código Civil, referindo-se apenas ao direito de propriedade e convivendo com o critério objetivo, há muito considerado mais adequado. O art. 187, por sua vez, encontra-se na Parte Geral do referido texto legal, razão pela qual dirige-se a todo o direito privado. O comando contido no art. 187 do novo Código Civil justifica plenamente a orientação adotada pelo legislador, que, de modo expresse, indica sua preferência pela aferição do abuso de direito com fundamento em fatores objetivos.¹⁸⁹

Cabe agora, então, um exame a respeito das cláusulas gerais relacionadas ao abuso do direito, notadamente os bons costumes, os fins econômicos ou sociais e a boa-fé.

No que diz respeito aos bons costumes, o tema foi pouco desenvolvido pela doutrina. Podemos, entretanto, citar o entendimento de Mário Júlio de Almeida Costa, para quem os bons costumes devem ser entendidos como "um conjunto de regras de convivência, de prática de vida, que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e correctas aceitam comumente", de modo que o agir imoral, que viole "normas elementares impostas

¹⁸⁶ MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941, p. 139.

¹⁸⁷ Art. 334. É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

¹⁸⁸ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 105-111.

¹⁸⁹ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 94. No mesmo sentido, ver: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos*. In: Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, vol. 1, p. 509, Junho/2011; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência*. In: Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, vol. 1, p. 835, Abril/2011.

pelo decoro social" será caracterizado como o exercício de um direito que excede os bons costumes.¹⁹⁰

É interessante a posição apresentada por Clóvis do Couto e Silva segundo a qual a distinção entre boa-fé e bons costumes é gradativa. Explica o autor gaúcho que

Existe, no conceito de bons costumes, obviamente, o elemento sociológico, sendo decisivo para sua caracterização a convicção popular, na qual compreendem-se os valores morais tidos como necessários à convivência. Entre eles, alguns, no entanto, se modificam e se transformam, mas outros há que perduram, pois são insusceptíveis de sofrer alterações.

O que importa contrastar é que os bons costumes referem-se a valores morais indispensáveis ao convívio social, enquanto a boa-fé tem atinência com a conduta concreta dos figurantes na relação jurídica. Assim, quem convencionou não cumprir determinado contrato age contra os bons costumes, decorrendo a nulidade do negócio jurídico. De outro lado, quem deixar de indicar circunstância necessária ao fiel cumprimento da obrigação terá apenas violado dever de cooperação para com o outro partícipe do vínculo, inexistindo, porém, infringência à cláusula dos bons costumes.¹⁹¹

Contudo, no que diz respeito especificamente aos critérios de aferição da responsabilidade pré-contratual, a doutrina entende que os bons costumes não auxiliam o operador do direito na definição de ilícito pré-contratual. Conforme explica Cristiano de Sousa Zanetti,

A mera remissão à noção de bons costumes reclama uma concretização para que possa ser aplicada. Não foram determinados, contudo, critérios adequados para que se proceda a essa concretização, não havendo, portanto, ferramentas à disposição para que o intérprete do direito positivo brasileiro possa indicar ao operador como solucionar um determinado caso concreto. Além disso, considerando-se a orientação jurisprudencial desenvolvida na Alemanha, fonte mediata do art. 187 do novo Código Civil, deve-se reconhecer que a noção dos bons costumes sempre esteve associada a campos diversos das negociações, o que conspira contrariamente à sua utilização como vetor decisório.¹⁹²

Os fins econômicos e sociais, por sua vez, dizem respeito à finalidade do exercício do direito. Explica Mário Júlio de Almeida Costa que "cada direito possui uma função instrumental própria, que justifica a sua atribuição ao titular e define o seu exercício."¹⁹³ Dessa forma, desrespeitada a sua finalidade, é abusivo o exercício do direito. A finalidade

¹⁹⁰ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª Edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2011, p. 88.

¹⁹¹ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição, 5ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 34-35.

¹⁹² ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 141.

¹⁹³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª Edição, revista e actualizada. Coimbra: Almedina, 2011, p. 89.

social diz respeito à convivência harmônica entre os indivíduos de uma sociedade. Quer dizer, o exercício desconforme à função social do próprio direito, ou seja, a utilização do direito em desconformidade com o interesse que o justifica, será abusivo. Por sua vez, o exercício do direito estará em conformidade com a finalidade econômica quando o agir apresenta alguma utilidade para o titular e que não seja lesivo ao interesse econômico geral.¹⁹⁴

Contudo, a crítica que se faz é a de que, a partir dos fins econômicos e sociais, os limites do direito exercido deverão ser aferidos caso a caso, sendo a questão reduzida a um problema de interpretação caso a caso. Como explica Cristiano de Sousa Zanetti, "não são fornecidos ao intérprete quaisquer critérios que permitam aferir qual a função social de determinado direito, os quais, conseqüentemente, possibilitariam definir a solução para o caso concreto", e, assim, a figura do abuso do direito restaria reduzida "a uma mera interpretação da extensão dos conteúdos dos direitos."¹⁹⁵

Por fim, a boa-fé atua como fator objetivo na teoria do abuso do direito, como norma de limitação ao exercício de direitos subjetivos, função esta que detidamente analisada quando do estudo da boa-fé no ordenamento brasileiro.

No que diz respeito especificamente às negociações preliminares, Cristiano de Sousa Zanetti é enfático:

Apesar de não haver dispositivo expresso no direito brasileiro a respeito do período das negociações, parece possível recorrer, como adiantado, ao art. 187 do novo Código Civil, cuja compreensão correta não pode ser atingida sem que se valha da experiência germânica sobre a atuação da boa-fé objetiva como fator limitante de direitos. Na Alemanha, o abuso do direito resta caracterizado em uma série de hipóteses típicas, nas quais é possível verificar com maior nitidez a ocorrência do comportamento inadmissível. A existência de tais figuras típicas, no entanto, não esgota a possibilidade de comportamentos abusivos, que podem ser verificados mesmo em sua ausência, desde que haja violação à boa-fé. Não se fala, portanto, em regramento típico do abuso do direito, mas sim em situações típicas em que sua verificação pode ser mais facilmente observada.¹⁹⁶

As hipóteses típicas referidas pelo autor são aquelas provenientes da teoria dos atos próprios, quais sejam, *venire contra factum proprium*, *tu quoque*, *supsessio* e *surrectio*,

¹⁹⁴ Nesse sentido, ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 95; MIRAGEM, Bruno. *Abuso de Direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito brasileiro*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 149.

¹⁹⁵ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 98.

¹⁹⁶ ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 111.

decorrentes da boa-fé como norma limitadora do exercício de direitos subjetivos e das quais as duas primeiras foram oportunamente analisadas nesta e na seção anterior deste trabalho.

Aplicando-se a teoria do abuso do direito ao caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, pois, a conclusão a que um tribunal brasileiro chegaria, no julgamento, seria a de que a conduta da empresa seria manifestamente abusiva, uma vez que em clara violação à proibição de *venire contra factum proprium*, como já apontado por nos quando do estudo da boa-fé.

Dessa forma, o que se percebe é que também o abuso de direito é um instituto que visa a promover o princípio da proteção da confiança, mas, pelo que parece, assim o é através da própria cláusula geral de boa-fé, na função assumida como norma limitadora do exercício de direitos subjetivos. Por isso, no que diz respeito aos casos de inadmissibilidade do exercício de direitos, e especificamente no que diz respeito ao campo das negociações preliminares, a tendência, em nosso entender, é a de sistematização desses casos por meio da boa-fé como norma dotada de amplo e, ao mesmo tempo, específico, domínio de aplicação. A boa-fé não pode ser vista como uma norma de simples reenvio a padrões éticos, pois se assim fosse "se estaria apenas ampliando a extensão dos poderes do juiz e não se permitindo um juízo com base em certo conteúdo substancial e específico."¹⁹⁷

¹⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 455-456.

4 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil pré-contratual com fundamento no princípio da proteção da confiança legítima das partes se apresenta como um importante instrumento jurídico com a finalidade de tutelar os interesses das partes em um processo obrigacional. Isso porque o princípio da proteção da confiança, decorrente do princípio da segurança jurídica, é uma premissa básica de todo ordenamento jurídico, um antecedente necessário para a coexistência e cooperação pacífica com vistas ao próprio desenvolvimento da sociedade.

No que diz respeito especificamente ao processo obrigacional, diante da alta complexidade e da elevada quantidade de recursos movimentados pelos negócios jurídicos concretizados atualmente, o que se verifica não é a formação instantânea dos contratos, mas sim um extenso período de negociações no qual as partes procuram harmonizar os seus interesses com vistas à concretização do negócio. O ordenamento jurídico, portanto, deve tutelar não somente as fases de conclusão e de execução do contrato, como tenta fazer crer o artigo 422 do Código Civil Brasileiro vigente (Lei n.º 10.406/2002), mas também as fases pré e pós-contratuais, uma vez que o processo obrigacional engloba desde o primeiro contato entre as partes até mesmo após a extinção do vínculo contratual.

A proposta para o presente trabalho foi de analisar o princípio da proteção da confiança nas relações pré-contratuais a partir de um caso concreto ocorrido no direito norte-americano, com vistas a melhor compreender o próprio sistema jurídico brasileiro quando comparado com a experiência de outros ordenamentos jurídicos. A partir da análise da decisão e das circunstâncias do caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, que aplicou o instituto da *promissory estoppel* com o objetivo de proteger as expectativas legítimas do autor da ação, procurou-se verificar como o referido litígio seria resolvido pelo direito brasileiro.

Para compreender a decisão do referido caso, no entanto, foi necessário um estudo com base na doutrina e jurisprudência a respeito da disciplina contratual norte-americana, o que se procurou fazer na Seção 2, definindo o conceito de contrato neste ordenamento jurídico, bem como verificando quais os elementos indispensáveis para a sua formação.

A definição de contrato em ambos os ordenamentos jurídicos sugere a idéia de vinculação, já que, no direito brasileiro, ele é definido como um acordo de vontades cuja finalidade é a produção de efeitos jurídicos queridos e previstos pelas partes, enquanto que no direito norte-americano ele é definido como uma promessa (no sentido de uma manifestação de intenção de agir) para cuja violação é previsto o dever de reparar. As diferenças

substanciais entre os dois ordenamentos, contudo, residem nos elementos necessários para a configuração do contrato.

Para o ordenamento brasileiro, a união das vontades, por si só, é suficiente para criar o vínculo; para o outro, além disso, é necessária também uma *consideration* (no sentido de contraprestação futura pelo promissário) e um *bargained-for context* (no sentido de contexto de negociação), por meio do qual a promessa feita pelo promitente só o é porque ele visa receber algo em retorno por parte do promissário. Como bem se percebe, tais requisitos são provenientes da própria origem da família da *common law*, e por isso não se verificam no direito brasileiro.

No que diz respeito à responsabilidade pré-contratual no direito norte-americano, ela era considerada inexistente diante do princípio da *freedom of negotiation*, o qual permitia que as partes negociassem um contrato sem qualquer risco de serem responsabilizadas pelos danos que pudessem dali decorrer. Esse panorama, entretanto, foi modificado a partir da decisão do caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, proferida em 1965 pela *Supreme Court of Wisconsin*, com a aplicação do instituto da *promissory estoppel* como mecanismo de proteção da confiança legítima das partes, assegurando a reparação de danos pré-contratuais. Esta decisão, pois, rompe com a lógica anterior do sistema jurídico.

A aplicação da *promissory estoppel* pode ser vista, portanto, como decorrente de uma necessidade de adaptação e, porque não, modernização que o direito contratual norte-americano sofreu diante dos novos conflitos surgidos na sociedade. Isso evidencia que o direito não pode ser estático, uma vez que a sociedade não o é e está em constante transformação. Uma vez que as relações sociais tendem a se tornarem, progressivamente, mais complexas, isso traz à tona uma série de novos conflitos que merecem a atenção do direito, obrigando-o a uma constante atualização.

Assentadas estas primeiras premissas, o objetivo da Seção 3 foi verificar a existência ou não de algum instituto do direito brasileiro que desempenhasse a mesma função, ou função equivalente, àquela da *promissory estoppel* aplicada ao referido caso, e por isso a proposta de analisar como um tribunal brasileiro resolveria a mesma situação, a partir do ordenamento jurídico brasileiro.

Enfrentadas questões referentes ao sistema de responsabilidade civil brasileiro e ao contrato de franquia, objeto das negociações entre Joseph Hoffman e a *Red Owl Stores, Inc.*, bem como à regra da liberdade de formas existente no direito brasileiro, concluímos pela adequação da aplicação da responsabilidade civil pré-contratual com fundamento na proteção da confiança para a resolução do caso em questão. Contudo, alerta-se que o princípio da

proteção da confiança pode se manifestar de múltiplas maneiras em nosso ordenamento, motivo pelo qual se propôs exame de dois que se sobressaem nos estudos jurídicos: a cláusula geral da boa-fé e a teoria do abuso de direito.

Após uma detida análise a respeito das diversas implicações decorrentes da boa-fé e do abuso de direito, a conclusão a que se chega foi a de ambos os institutos possuem ao menos uma finalidade comum, qual seja: a limitação do exercício de direitos subjetivos através da boa-fé objetiva. E, dentro desta perspectiva, concretizada pela teoria dos atos próprios, encontramos um instituto com função semelhante àquela desempenhada pela *promissory estoppel* norte-americana, qual seja: o *venire contra factum proprium*. Aquela é concebida como a vedação de conduta contraditória à promessa feita quando tal implica dano àquele que, em virtude da confiança depositada na promessa, modificou a sua posição jurídica e/ou econômica, enquanto que o instituto identificado pelo brocardo latino é definido como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente exercido pelo mesmo sujeito.

Não se pode negar a semelhança existente entre os dois institutos mencionados. Ambos atuam com o mesmo objetivo e propósito, qual seja, a necessidade de proteger a confiança legítima dos sujeitos inseridos em relações privadas e, conseqüentemente, a garantia de um mínimo de segurança jurídica nas mesmas. Dessa forma, apesar das diferenças existentes entre as famílias da *common law*, aqui representada pelo direito norte-americano, e da *civil law*, aqui representada pelo direito brasileiro, a comparação entre essas duas famílias permite chegar à conclusão de que, independentemente das origens ou das fontes principais que cada ordenamento jurídico tenha consagrado, a finalidade principal do direito é ordenar a sociedade com vistas à paz social, buscando ao máximo evitar situações nas quais prevaleça a injustiça no caso concreto. Foi o que procurou fazer a *Supreme Court of Wisconsin* no julgamento do caso *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*, e foi ao que foi procedido neste trabalho, a partir de uma perspectiva do direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch, in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002. Ministério da Justiça: 18 de agosto de 1896. Disponível em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bgb/gesamt.pdf>>

BRASIL. Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Senado Federal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Senado Federal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.202.514/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Danilevich Advogados Associados contra Indústrias Micheletto S/A. Julgado em 21 de Junho de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.192.678/PR. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Oriente Fomento Comercial Ltda. contra Celso Santos. Julgado em 13 de Novembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.051.065/AM. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. BMW do Brasil contra Marta Mítico Valente e Outro(s). Julgado em 21 de Fevereiro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n.º 24.268/MG. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Fernanda Fiuza Brito contra Presidente do Tribunal de Contas da União e Outro. Julgado em 05 de Fevereiro de 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *American Law Institute. Restatement (Second) of Contracts* (1981).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of Arkansas*. 219 Ark. 11; 240 S.W.2d 12. *People's National Bank of Little Rock v. Linebarger Construction Company*. Julgado em 28 de Maio de 1951.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of California*. 51 Cal. 2d 409, 333 P.2d 757 (1958). *Drennan v. Star Paving Co.* Julgado em 03 de Abril de 1958.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of Nebraska*. 57 Neb. 51 (1898). *Ricketts v. Scothorn*. Julgado em 08 de Dezembro 1898.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of Virginia*. 196 Va 493, 84 S.E.2d 516 (1954). *Lucy v. Zehmer*. Julgado em 22 de Novembro 1954.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court of Wisconsin*. 26 Wis 2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965). *Hoffman v. Red Owl Stores, Inc.*. Julgado em 02 de Março de 1965.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States Court of Appeals, 2nd Circuit*. 64 F.2d 344 (2d Cir. 1933). *James Baird Co. v. Gimbel Bros, Inc.*. Julgado em 10 de Abril de 1933.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States District Court for the Southern District of New York*. 88 F Supp. 2d 116 (1999). *Leonard v. Pepsico, Inc.*. Julgado em 05 de Agosto de 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Judicial Court of Maine, County of Waldo*. 16 Me. 394, 397 (1839). *Whitney v. Stearns*. Julgado em Julho de 1839.

INGLATERRA. *Exchequer Chamber*. [L R] 10 Exch 153. *Currie v. Misa*. Julgado em 11 de Fevereiro de 1875.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Disponível em
<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 591028295. Quinta Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 25 de Abril de 1991.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 591017058. Quinta Câmara Cível. Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 06 de Junho de 1991.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70012118220. Nona Câmara Cível. Relatora: Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em 24 de Agosto de 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70035477405. Décima Nona Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 13 de Setembro de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais. Recurso Cível n.º 71000531376. Segunda Turma Recursal. Relator: Ricardo Torres Hermann. Julgado em 09 de Setembro de 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Turmas Recursais. Recurso Cível n.º 71002009942. Terceira Turma Recursal Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 16 de Julho de 2009.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Projeto de Código Civil: as obrigações e os contratos. In: Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O Novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor: pontos de convergência. In: Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12ª Edição, revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil, volume 2: processo de conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Edição, ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Responsabilidade Pré-Contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. In: Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BIANCHI, Leonardo. *Da Cláusula de Estoppel e sua Dinâmica na Esfera dos Negócios Jurídicos Privados. In: Revista de Direito Privado*, vol. 24. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRANCO, Gérson Luiz Carlos. *A Proteção das Expectativas Legítimas derivadas das Situações de Confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. In: Revista de Direito Privado*, vol. 12. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade Pré-Contratual: aplicabilidade ao direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

CHAVES, Antônio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.

COHEN, Morris R. *The Basis of Contract*. 46 Harv. L. Rev. 573, 592 (1933).

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sandes e Francisco Araújo da Costa. 5ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORBIN, Arthur. *Offer and Acceptance, and some of the Resulting Legal Relations*. 26 Yale Law Journal, 169 1917.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento*. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A Obrigação como Processo*. 1ª Edição, 5ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Tradução: Hermínio A. Carvalho. 4ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. Salvador: Juspodivm, 2013.

DUHL, Gregory M. *Red Owl's Legacy*. 87 Marq. L. Rev. 297 (2003).

FARNSWORTH, E. Allan. *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: fair dealing and failed negotiations*. 87 Colum. L. Rev. 217 (1987).

FEINMAN, Jay M. *The Last Promissory Estoppel Article*. 61 Fordham L. Rev. 303 (1992).

_____. *Promissory Estoppel and Judicial Method*. 97 Harv. L. Rev. 678. (1984).

_____. *The Meaning of Reliance: a historical perspective*. 1984 Wis. L. Rev. 1373. (1984)

FRADERA, Vera Jacob de. *A Vedação de Venire Contra Factum Proprium e sua Relação com os Princípios da Confiança e da Coerência*. In: Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas da ULBRA. V. 9, n.1.. Canoas: Editora ULBRA, jan./jun. 2008.

_____. *Dano Pré-Contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte*. In: Revista de Informação Legislativa, n.º 136, ano 34, outubro/dezembro 1997.

GARNER, Brian A. *Black's Law Dictionary*. 4th Pocket Edition. West Group, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GORDLEY, James. *Enforcing Promises*. 83 Calif. L. Rev. 547 (1995).

JHERING, Rudolf Von. *Culpa in Contrahendo ou Indemnização em Contratos Nulos ou não Chegados à Perfeição*. Tradução: Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. 3ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Pedro Baptista. *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1941.

MARTINS-COSTA, Judith. *Um Aspecto da Obrigação de Indenizar*: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro. In: Revista dos Tribunais, vol. 867, p. 11, jan/2008.

_____. *A Re-Significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos (a Segurança como Crédito de Confiança)*. In: Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal – vol. 27. Brasília, Dezembro/2004.

_____. *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MEHREN, Arthur Taylor von (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*. Volume VII, Part I, Ch. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 1992.

_____. *International Encyclopedia of Comparative Law: Contracts in general*. Volume VII, Part I, Ch. 9. Tübingen: Mohr Siebeck, 1992.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENKE, Fabiano. *A Interpretação das Cláusulas Gerais*: a subsunção e a concreção dos conceitos. In: Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, vol. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MICHELON JR, Cláudio. *Direito Restitutivo*: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso de Direito*: ilicitude objetiva e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito brasileiro. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. III. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____. *Responsabilidade Civil*. Atualizador: Gustavo Tepedino. 10ª Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXXVIII. 3ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução: Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. *Contract Theory and the Limits of Contract Law*. 113 Yale Law Journal, 541, 2003.

SCOTT, Robert E.; KRAUS, Jody S. *Contract Law and Theory*. 3rd Edition. Newark: LexisNexis, 2002.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e Contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações "paracontratuais"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: introdução ao direito dos EUA*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SOLAN, Lawrence M. *Contract as Agreement*. 83 Notre Dame L. Rev. 353 (2007).

USTÁRROZ, Daniel. *Responsabilidade Contratual*. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

_____. *Direito dos Contratos: temas atuais*. 2ª Edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

ANEXO A

**Hoffman and wife, Plaintiffs, v. Red Owl Stores, Inc., and another,
Defendants [Two appeals]**

Supreme Court of Wisconsin

26 Wis. 2d 683; 133 N.W.2d 267; 1965 Wisc. LEXIS 1026

February 5, 1965, Argued

March 2, 1965, Decided

SUBSEQUENT HISTORY: [***1] Motion for Rehearing Denied, with Costs, on April 27, 1965.

PRIOR HISTORY: Appeal from an order of the Circuit Court for Outagamie County: Andrew W. Parnell, Circuit Judge.

DISPOSITION: *By the Court.* -- Order affirmed. Because of the cross appeal, plaintiffs shall be limited to taxing but two thirds of their costs.

CASE SUMMARY:

PROCEDURAL POSTURE: Defendants appealed a judgment from the Circuit Court for Outagamie County (Wisconsin) in favor of plaintiffs, who had been induced to sell their grocery store, fixtures, and inventory based on an agreement that defendants would establish them in a new store.

OVERVIEW: Defendants promised plaintiffs that for a sum of money, they would establish a new grocery store for them. After plaintiffs sold their present grocery store and paid for the new lot, defendants continuously increased the price the parties had originally agreed upon. Consequently, plaintiffs were induced to sell the store's fixtures and inventory on the promise that they would be in their new store in a few months. The deal never went through and plaintiffs sued defendants. Judgment was entered in favor of plaintiffs, and defendants appealed. On appeal, the court had to determine whether it should recognize causes of actions grounded on promissory estoppel. The court endorsed and adopted the doctrine of promissory estoppel and affirmed the judgment. The court concluded that injustice would result if plaintiffs were not granted some relief where defendants failed to keep their promises, which had induced plaintiffs to act to their detriment.

OUTCOME: The court affirmed the lower court's decision, limiting plaintiffs to taxing two-thirds of their costs, because the court concluded that injustice would result if plaintiffs were not granted relief where defendants' failed to keep their promises which had induced plaintiffs to act to their detriment.

CORE TERMS: promissory estoppel, Law Review, promisor's, promisee, causes of action, injustice, fair market value, bakery, inventory, gratuitous, detriment, grounded, grocery store, purchase price, forbearance, induce, definite, item of damages, breach-of-contract, negotiations, disclose, promised, grocery, fixtures, embrace, foresee, giving rise, promissory-estoppel, predicated, estoppel

SYLLABUS

Action by Joseph Hoffman (hereinafter "Hoffman") and wife, plaintiffs, against defendants Red Owl Stores, Inc. (hereinafter "Red Owl") and Edward Lukowitz.

The complaint alleged that Lukowitz, as agent for Red Owl, represented to and agreed with plaintiffs that Red Owl would build a store building in Chilton and stock it with merchandise for Hoffman to operate in return for which plaintiffs were to put up and invest a total sum of \$ 18,000; that in reliance upon the above-mentioned agreement and representations plaintiffs sold their bakery building and business and their grocery store and business; also in reliance on the agreement and representations Hoffman purchased the building site in Chilton and rented a residence for himself and his family in Chilton; plaintiffs' actions in reliance on the representations and agreement disrupted their personal and business life; plaintiffs [***2] lost substantial amounts of income and expended large sums of money as expenses. Plaintiffs demanded recovery of damages for the breach of defendants' representations and agreements.

The action was tried to a court and jury. The facts hereinafter stated are taken from the evidence adduced at the trial. Where there was a conflict in the evidence the version favorable to plaintiffs has been accepted since the verdict rendered was in favor of plaintiffs.

Hoffman assisted by his wife operated a bakery at Wautoma from 1956 until sale of the building late in 1961. The building was owned in joint tenancy by him and his wife. Red Owl is a Minnesota corporation having its home office at Hopkins, Minnesota. It owns and operates a number of grocery supermarket stores and also extends franchises to agency stores which are owned by individuals, partnerships, and corporations. Lukowitz resides at Green Bay and since September, 1960, has been divisional manager for Red Owl in a territory

comprising Upper Michigan and most of Wisconsin in charge of 84 stores. Prior to September, 1960, he was district manager having charge of approximately 20 stores.

In November, 1959, Hoffman was desirous [***3] of expanding his operations by establishing a grocery store and contacted a Red Owl representative by the name of Jansen, now deceased. Numerous conversations were had in 1960 with the idea of establishing a Red Owl franchise store in Wautoma. In September, 1960, Lukowitz succeeded Jansen as Red Owl's representative in the negotiations. Hoffman mentioned that \$ 18,000 was all the capital he had available to invest and he was repeatedly assured that this would be sufficient to set him up in business as a Red Owl store. About Christmastime, 1960, Hoffman thought it would be a good idea if he bought a small grocery store in Wautoma and operated it in order that he gain experience in the grocery business prior to operating a Red Owl store in some larger community. On February 6, 1961, on the advice of Lukowitz and Sykes, who had succeeded Lukowitz as Red Owl's district manager, Hoffman bought the inventory and fixtures of a small grocery store in Wautoma and leased the building in which it was operated.

After three months of operating this Wautoma store, the Red Owl representatives came in and took inventory and checked the operations and found the store was operating at a profit. [***4] Lukowitz advised Hoffman to sell the store to his manager, and assured him that Red Owl would find a larger store for him elsewhere. Acting on this advice and assurance, Hoffman sold the fixtures and inventory to his manager on June 6, 1961. Hoffman was reluctant to sell at that time because it meant losing the summer tourist business, but he sold on the assurance that he would be operating in a new location by fall and that he must sell this store if he wanted a bigger one. Before selling, Hoffman told the Red Owl representatives that he had \$ 18,000 for "getting set up in business" and they assured him that there would be no problems in establishing him in a bigger operation. The makeup of the \$ 18,000 was not discussed; it was understood plaintiff's father-in-law would furnish part of it. By June, 1961, the towns for the new grocery store had been narrowed down to two, Kewaunee and Chilton. In Kewaunee, Red Owl had an option on a building site. In Chilton, Red Owl had nothing under option, but it did select a site to which plaintiff obtained an option at Red Owl's suggestion. The option stipulated a purchase price of \$ 6,000 with \$ 1,000 to be paid on election to purchase [***5] and the balance to be paid within thirty days. On Lukowitz's assurance that everything was all set plaintiff paid \$ 1,000 down on the lot on September 15th.

On September 27, 1961, plaintiff met at Chilton with Lukowitz and Mr. Reymund and Mr. Carlson from the home office who prepared a projected financial statement. Part of the funds plaintiffs were to supply as their investment in the venture were to be obtained by sale of their Wautoma bakery building.

On the basis of this meeting Lukowitz assured Hoffman: ". . . [E]verything is ready to go. Get your money together and we are set." Shortly after this meeting Lukowitz told plaintiffs that they would have to sell their bakery business and bakery building, and that their retaining this property was the only "hitch" in the entire plan. On November 6, 1961, plaintiffs sold their bakery building for \$ 10,000. Hoffman was to retain the bakery equipment as he contemplated using it to operate a bakery in connection with his Red Owl store. After sale of the bakery Hoffman obtained employment on the night shift at an Appleton bakery.

The record contains different exhibits which were prepared in September and October, some of which [***6] were projections of the fiscal operation of the business and others were proposed building and floor plans. Red Owl was to procure some third party to buy the Chilton lot from Hoffman, construct the building, and then lease it to Hoffman. No final plans were ever made, nor were bids let or a construction contract entered. Some time prior to November 20, 1961, certain of the terms of the lease under which the building was to be rented by Hoffman were understood between him and Lukowitz. The lease was to be for ten years with a rental approximating \$ 550 a month calculated on the basis of 1 percent per month on the building cost, plus 6 percent of the land cost divided on a monthly basis. At the end of the ten-year term he was to have an option to renew the lease for an additional ten-year period or to buy the property at cost on an instalment basis. There was no discussion as to what the instalments would be or with respect to repairs and maintenance.

On November 22d or 23d, Lukowitz and plaintiffs met in Minneapolis with Red Owl's credit manager to confer on Hoffman's financial standing and on financing the agency. Another projected financial statement was there drawn up entitled, [***7] "Proposed Financing For An Agency Store." This showed Hoffman contributing \$ 24,100 of cash capital of which only \$ 4,600 was to be cash possessed by plaintiffs. Eight thousand was to be procured as a loan from a Chilton bank secured by a mortgage on the bakery fixtures, \$ 7,500 was to be obtained on a 5 percent loan from the father-in-law, and \$ 4,000 was to be obtained by sale of the lot to the lessor at a profit.

A week or two after the Minneapolis meeting Lukowitz showed Hoffman a telegram from the home office to the effect that if plaintiff could get another \$ 2,000 for promotional purposes the deal could go through for \$ 26,000. Hoffman stated he would have to find out if he could get another \$ 2,000. He met with his father-in-law, who agreed to put \$ 13,000 into the business provided he could come into the business as a partner. Lukowitz told Hoffman the partnership arrangement "sounds fine" and that Hoffman should not go into the partnership arrangement with the "front office." On January 16, 1962, the Red Owl credit manager teletyped Lukowitz that the father-in-law would have to sign an agreement that the \$ 13,000 was either a gift or a loan subordinate to all general [***8] creditors and that he would prepare the agreement. On January 31, 1962, Lukowitz teletyped the home office that the father-in-law would sign one or other of the agreements. However, Hoffman testified that it was not until the final meeting some time between January 26 and February 2, 1962, that he was told that his father-in-law was expected to sign an agreement that the \$ 13,000 he was advancing was to be an out-right gift. No mention was then made by the Red Owl representatives of the alternative of the father-in-law signing a subordination agreement. At this meeting the Red Owl agents presented Hoffman with the following projected financial statement:

"Capital required in operation:		
"Cash	\$ 5,000.00	
"Merchandise	20,000.0 0	
"Bakery	18,000.0 0	
"Fixtures	17,500.0 0	
"Promotional Funds	1,500.00	
"TOTAL:		\$ 62,000.00
"Source of funds:		
"Red Owl 7-day terms	\$	

	5,000.00	
"Red Owl Fixture contract (Term 5 years)	14,000.0 0	
"Bank loans (Term 9 years) Union State Bank of Chilton "(Secured by Bakery Equipment)	8,000.00	
"Other loans (Term No-pay) No interest	13,000.0 0	
"Father-in-law "(Secured by None) "(Secured by Mortgage on "Wautoma Bakery Bldg.)	2,000.00	
"Resale of land	6,000.00	
"Equity Capital: \$ 5,000.00 -- Cash "Amount owner has 17,500.00 -- Bakery Equip. "to invest:	22,500.0 0	
"TOTAL:		\$ 70,500.00"

[***9] Hoffman interpreted the above statement to require of plaintiffs a total of \$ 34,000 cash made up of \$ 13,000 gift from his father-in-law, \$ 2,000 on mortgage, \$ 8,000 on Chilton bank loan, \$ 5,000 in cash from plaintiff, and \$ 6,000 on the resale of the Chilton lot. Red Owl claims \$ 18,000 is the total of the unborrowed or unencumbered cash, that is, \$ 13,000 from the father-in-law and \$ 5,000 cash from Hoffman himself. Hoffman informed Red Owl he could not go along with this proposal, and particularly objected to the requirement that his father-in-law sign an agreement that his \$ 13,000 advancement was an absolute gift. This terminated the negotiations between the parties.

The case was submitted to the jury on a special verdict with the first two questions answered by the court. This verdict, as returned by the jury, was as follows:

"Question No. 1: Did the Red Owl Stores, Inc., and Joseph Hoffmann on or about mid-May of 1961 initiate negotiations looking to the establishment of Joseph Hoffmann as a franchise operator of a Red Owl Store in Chilton? Answer: Yes. (Answered by the Court.)

*"Question No. 2: Did the parties mutually agree on all of the details [***10] of the proposal so as to reach a final agreement thereon? Answer: No. (Answered by the Court.)*

"Question No. 3: Did the Red Owl Stores, Inc., in the course of said negotiations, make representations to Joseph Hoffmann that if he fulfilled certain conditions that they would establish him as a franchise operator of a Red Owl Store in Chilton? Answer: Yes.

"Question No. 4: If you have answered Question No. 3 'Yes,' then answer this question: Did Joseph Hoffmann rely on said representations and was he induced to act thereon? Answer: Yes.

"Question No. 5: If you have answered Question No. 4 'Yes,' then answer this question: Ought Joseph Hoffmann, in the exercise of ordinary care, to have relied on said representations? Answer: Yes.

"Question No. 6: If you have answered Question No. 3 'Yes' then answer this question: Did Joseph Hoffmann fulfill all the conditions he was required to fulfill by the terms of the negotiations between the parties up to January 26, 1962? Answer: Yes.

"Question No. 7: What sum of money will reasonably compensate the plaintiffs for such damages as they sustained by reason of:

*"(a) The sale of the Wautoma store [***11] fixtures and inventory?*

"Answer: \$ 16,735.

"(b) The sale of the bakery building?

"Answer: \$ 2,000.

"(c) Taking up the option on the Chilton lot?

"Answer: \$ 1,000.

"(d) Expenses of moving his family to Neenah?

"Answer: \$ 140.

"(e) House rental in Chilton?

"Answer: \$ 125."

Plaintiffs moved for judgment on the verdict while defendants moved to change the answers to Questions 3, 4, 5, and 6 from "Yes" to "No," and in the alternative for relief from the answers to the subdivisions of Question 7 or a new trial. On March 31, 1964, the circuit court entered the following order:

"It Is Ordered in accordance with said decision on motions after verdict hereby incorporated herein by reference:

"1. That the answer of the jury to Question No. 7 (a) be and the same is hereby vacated and set aside and that a new trial be had on the sole issue of the damages for loss, if any, on the sale of the Wautoma store, fixtures and inventory.

"2. That all other portions of the verdict of the jury be and hereby are approved and confirmed and all after-verdict motions of the parties inconsistent with this order are hereby denied."

Defendants have appealed from this order and [***12] plaintiffs have cross-appealed from paragraph 1, thereof.

COUNSEL: For the defendants there was a brief by *Benton, Bosser, Fulton, Menn & Nehs* of Appleton, and oral argument by *David L. Fulton*.

For the plaintiffs there was a brief by *Van Hoof, Van Hoof & Wylie* of Little Chute, and oral argument by *Gerard H. Van Hoof*.

JUDGES: Currie, C. J.

OPINION BY: CURRIE

OPINION

[*693] [**272] The instant appeal and cross appeal present these questions:

(1) Whether this court should recognize causes of action grounded on promissory [**273] estoppel as exemplified by sec. 90 of Restatement, 1 Contracts?

(2) Do the facts in this case make out a cause of action for promissory estoppel?

(3) Are the jury's findings with respect to damages sustained by the evidence?

[*694] *Recognition of a Cause of Action Grounded on Promissory Estoppel.*

Sec. 90 of Restatement, 1 Contracts, provides (at p. 110):

[HN1] "A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise."

[***13] The Wisconsin Annotations to Restatement, Contracts, prepared under the direction of the late Professor William H. Page and issued in 1933, stated (at p. 53, sec. 90):

"The Wisconsin cases do not seem to be in accord with this section of the Restatement. It is certain that no such proposition has ever been announced by the Wisconsin court and it is at least doubtful if it would be approved by the court."

Since 1933, the closest approach this court has made to adopting the rule of the Restatement occurred in the recent case of *Lazarus v. American Motors Corp.* (1963), 21 Wis. (2d) 76, 85, 123 N. W. (2d) 548, wherein the court stated:

"We recognize that upon different facts it would be possible for a seller of steel to have altered his position so as to effectuate the equitable considerations inherent in sec. 90 of the Restatement."

While it was not necessary to the disposition of the *Lazarus Case* to adopt the promissory-estoppel rule of the Restatement, we are squarely faced in the instant case with that issue. Not only did the trial court frame the special verdict on the theory of sec. 90 of Restatement, 1 Contracts, but no other possible theory has been presented to [***14] or discovered by this court which would permit plaintiffs to recover. Of [*695] other remedies considered that of an action for fraud and deceit seemed to be the most comparable. An action at law for fraud, however, cannot be predicated on unfulfilled promises unless the promisor possessed the present intent not to perform. *Suskey v. Davidoff* (1958), 2 Wis. (2d) 503, 507, 87 N. W. (2d) 306, and cases cited. Here, there is no evidence that would support a finding that Lukowitz made any of the promises, upon which plaintiffs' complaint is predicated, in bad faith with any present intent that they would not be fulfilled by Red Owl.

Many courts of other jurisdictions have seen fit over the years to adopt the principle of promissory estoppel, and the tendency in that direction continues. ¹ As Mr. Justice McFaddin, speaking in behalf of the Arkansas court, well stated, that [HN2] the development of the law of promissory estoppel "is an attempt by the courts to keep remedies abreast of increased

moral consciousness of honesty and fair representations in all business dealings." *Peoples National Bank of Little Rock v. [**274] Linebarger Construction Co.* (1951), 219 Ark. [***15] 11, 17, 240 S. W. (2d) 12. For a further discussion of the doctrine of promissory estoppel, see 1A Corbin, *Contracts*, pp. 187 *et seq.*, secs. 193-209; 3 Pomeroy's *Equity Jurisprudence* (5th ed.), pp. 211 *et seq.*, sec. 808b; 1 Williston, *Contracts* (Jaeger's 3d ed.), pp. 607 *et seq.*, [*696] sec. 140; Boyer, *Promissory Estoppel: Requirements and Limitations of the Doctrine*, 98 *University of Pennsylvania Law Review* (1950), 459; Seavey, *Reliance Upon Gratuitous Promises or Other Conduct*, 64 *Harvard Law Review* (1951), 913; Annos. 115 A. L. R. 152, and 48 A. L. R. (2d) 1069.

1 Among the many cases which have granted relief grounded upon promissory estoppel are: *Goodman v. Dicker* (D. C., D. C. 1948), 169 Fed. (2d) 684; *Drennan v. Star Paving Co.* (1958), 51 Cal. (2d) 409, 333 Pac. (2d) 757; *Van Hook v. Southern California Waiters Alliance* (1958), 158 Cal. App. (2d) 556, 323 Pac. (2d) 212; *Chrysler Corp. v. Quimby* (1958), 51 Del. 264, 144 Atl. (2d) 123, 144 Atl. (2d) 885; *Lusk-Harbison-Jones, Inc., v. Universal Credit Co.* (1933), 164 Miss. 693, 145 So. 623; *Feinberg v. Pfeiffer Co.* (Mo. App. 1959), 322 S. W. (2d) 163; *Schafer v. Fraser* (1955), 206 Or. 446, 290 Pac. (2d) 190, 294 Pac. (2d) 609; *Northwestern Engineering Co. v. Ellerman* (1943), 69 S. D. 397, 10 N. W. (2d) 879.

[***16] The Restatement avoids use of the term "promissory estoppel," and there has been criticism of it as an inaccurate term. See 1A Corbin, *Contracts*, p. 232 *et seq.*, sec. 204. On the other hand, Williston advocated the use of this term or something equivalent. 1 Williston, *Contracts* (1st ed.), p. 308, sec. 139. Use of the word "estoppel" to describe a doctrine upon which a party to a lawsuit may obtain affirmative relief offends the traditional concept that estoppel merely serves as a shield and cannot serve as a sword to create a cause of action. See *Utschig v. McClone* (1962), 16 Wis. (2d) 506, 509, 114 N. W. (2d) 854. "Attractive nuisance" is also a much-criticized term. See concurring opinion, *Flamingo v. Waukesha* (1952), 262 Wis. 219, 227, 55 N. W. (2d) 24. However, the latter term is still in almost universal use by the courts because of the lack of a better substitute. The same is also true of the wide use of the term "promissory estoppel." We have employed its use in this opinion not only because of its extensive use by other courts but also since a more-accurate equivalent has not been devised.

Because we deem the doctrine of promissory estoppel, as stated [***17] in sec. 90 of Restatement, 1 *Contracts*, is one which supplies a needed tool which courts may employ in a proper case to prevent injustice, we endorse and adopt it.

Applicability of Doctrine to Facts of this Case.

The record here discloses a number of promises and assurances given to Hoffman by Lukowitz in behalf of Red [*697] Owl upon which plaintiffs relied and acted upon to their detriment.

Foremost were the promises that for the sum of \$ 18,000 Red Owl would establish Hoffman in a store. After Hoffman had sold his grocery store and paid the \$ 1,000 on the Chilton lot, the \$ 18,000 figure was changed to \$ 24,100. Then in November, 1961, Hoffman was assured that if the \$ 24,100 figure were increased by \$ 2,000 the deal would go through. Hoffman was induced to sell his grocery store fixtures and inventory in June, 1961, on the promise that he would be in his new store by fall. In November, plaintiffs sold their bakery building on the urging of defendants and on the assurance that this was the last step necessary to have the deal with Red Owl go through.

We determine that there was ample evidence to sustain the answers of the jury to the questions of the verdict with [***18] respect to the promissory representations made by Red Owl, Hoffman's reliance thereon in the exercise of ordinary care, and his fulfilment of the conditions required of him by the terms of the negotiations had with Red Owl.

There remains for consideration the question of law raised by defendants that agreement was never reached on essential factors necessary to establish a contract between Hoffman and Red Owl. Among these were the size, cost, design, and layout of the store building; and the terms of the lease with respect to rent, maintenance, renewal, and purchase options. This poses the question of whether the promise necessary to sustain a cause of action for promissory estoppel must embrace all essential details of a proposed transaction between promisor and promisee so as to be the equivalent of an offer that would [**275] result in a binding contract between the parties if the promisee were to accept the same.

Originally the doctrine of promissory estoppel was invoked as a substitute for consideration rendering a gratuitous [*698] promise enforceable as a contract. See Williston, Contracts (1st ed.), p. 307, sec. 139. In other words, the acts of reliance by the [***19] promisee to his detriment provided a substitute for consideration. If promissory estoppel were to be limited to only those situations where the promise giving rise to the cause of action must be so definite with respect to all details that a contract would result were the promise supported by consideration, then the defendants' instant promises to Hoffman would not meet this test. However, sec. 90 of Restatement, 1 Contracts, does not impose the

requirement that the promise giving rise to the cause of action must be so comprehensive in scope as to meet the requirements of an offer that would ripen into a contract if accepted by the promisee. Rather [HN3] the conditions imposed are:

(1) Was the promise one which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance of a definite and substantial character on the part of the promisee?

(2) Did the promise induce such action or forbearance?

(3) Can injustice be avoided only by enforcement of the promise? ²

² See Boyer, 98 University of Pennsylvania Law Review (1950), 459, 460. "Enforcement" of the promise embraces an award of damages for breach as well as decreeing specific performance.

[***20] We deem it would be a mistake to regard an action grounded on promissory estoppel as the equivalent of a breach-of-contract action. As Dean Boyer points out, it is desirable that fluidity in the application of the concept be maintained. 98 University of Pennsylvania Law Review (1950), 459, at page 497. While the first two of the abovelisted three requirements of promissory estoppel present issues of fact which ordinarily will be resolved by a jury, [HN4] the third requirement, that the remedy can only be invoked where necessary to avoid injustice, is one that involves a policy decision by the court. Such a policy decision necessarily embraces an element of discretion.

[*699] We conclude that injustice would result here if plaintiffs were not granted some relief because of the failure of defendants to keep their promises which induced plaintiffs to act to their detriment.

Damages.

Defendants attack all the items of damages awarded by the jury.

The bakery building at Wautoma was sold at defendants' instigation in order that Hoffman might have the net proceeds available as part of the cash capital he was to invest in the Chilton store venture. The evidence clearly establishes [***21] that it was sold at a loss of \$ 2,000. Defendants contend that half of this loss was sustained by Mrs. Hoffman because title stood in joint tenancy. They point out that no dealings took place between her and defendants as all negotiations were had with her husband. Ordinarily only the promisee and not third persons are entitled to enforce the remedy of promissory estoppel against the

promisor. However, if the promisor actually foresees, or has reason to foresee, action by a third person in reliance on the promise, it may be quite unjust to refuse to perform the promise. 1A Corbin, Contracts, p. 220, sec. 200. Here not only did defendants foresee that it would be necessary for Mrs. Hoffman to sell her joint interest in the bakery building, but defendants actually requested that this be done. We approve the jury's award of \$ 2,000 damages for the loss incurred by both plaintiffs in this sale.

Defendants attack on two grounds the \$ 1,000 awarded because of Hoffman's **276** payment of that amount on the purchase price of the Chilton lot. The first is that this \$ 1,000 had already been lost at the time the final negotiations with Red Owl fell through in January, 1962, because **22** the remaining \$ 5,000 of purchase price had been due on October 15, 1961. The record does not disclose that the lot owner had **700** foreclosed Hoffman's interest in the lot for failure to pay this \$ 5,000. The \$ 1,000 was not paid for the option, but had been paid as part of the purchase price at the time Hoffman elected to exercise the option. This gave him an equity in the lot which could not be legally foreclosed without affording Hoffman an opportunity to pay the balance. The second ground of attack is that the lot may have had a fair market value of \$ 6,000, and Hoffman should have paid the remaining \$ 5,000 of purchase price. We determine that it would be unreasonable to require Hoffman to have invested an additional \$ 5,000 in order to protect the \$ 1,000 he had paid. Therefore, we find no merit to defendants' attack upon this item of damages.

We also determine it was reasonable for Hoffman to have paid \$ 125 for one month's rent of a home in Chilton after defendants assured him everything would be set when plaintiff sold the bakery building. This was a proper item of damage.

Plaintiffs never moved to Chilton because defendants suggested that Hoffman get some **23** experience by working in a Red Owl store in the Fox River Valley. Plaintiffs, therefore, moved to Neenah instead of Chilton. After moving, Hoffman worked at night in an Appleton bakery but held himself available for work in a Red Owl store. The \$ 140 moving expense would not have been incurred if plaintiffs had not sold their bakery building in Wautoma in reliance upon defendants' promises. We consider the \$ 140 moving expense to be a proper item of damage.

We turn now to the damage item with respect to which the trial court granted a new trial, *i.e.*, that arising from the sale of the Wautoma grocery-store fixtures and inventory for which the jury awarded \$ 16,735. The trial court ruled that Hoffman could not recover for any loss of future profits for the summer months following the sale on June 6, 1961, but that

damages would be limited to the difference between [*701] the sales price received and the fair market value of the assets sold, giving consideration to any goodwill attaching thereto by reason of the transfer of a going business. There was no direct evidence presented as to what this fair market value was on June 6, 1961. The evidence did disclose that Hoffman [***24] paid \$ 9,000 for the inventory, added \$ 1,500 to it and sold it for \$ 10,000 or a loss of \$ 500. His 1961 federal income-tax return showed that the grocery equipment had been purchased for \$ 7,000 and sold for \$ 7,955.96. Plaintiffs introduced evidence of the buyer that during the first eleven weeks of operation of the grocery store his gross sales were \$ 44,000 and his profit was \$ 6,000 or roughly 15 percent. On cross-examination he admitted that this was gross and not net profit. Plaintiffs contend that in a breach-of-contract action damages may include loss of profits. However, this is not a breach-of-contract action.

The only relevancy of evidence relating to profits would be with respect to proving the element of goodwill in establishing the fair market value of the grocery inventory and fixtures sold. Therefore, evidence of profits would be admissible to afford a foundation for expert opinion as to fair market value.

[HN5] Where damages are awarded in promissory estoppel instead of specifically enforcing the promisor's promise, they should be only such as in the opinion of the court are necessary to prevent injustice. Mechanical or rule-of-thumb approaches to the damage problem [***25] should be avoided. In discussing remedies to be applied by courts in promissory estoppel we quote the following views of writers on the subject:

"Enforcement of a promise does not necessarily mean Specific Performance. [**277] It does not necessarily mean Damages for breach. Moreover the amount allowed as Damages may be determined by the plaintiff's expenditures or change of position in reliance as well as by the value to him of the [*702] promised performance. Restitution is also an 'enforcing' remedy, although it is often said to be based upon some kind of a rescission. In determining what justice requires, the court must remember all of its powers, derived from equity, law merchant, and other sources, as well as the common law. Its decree should be molded accordingly." 1A Corbin, Contracts, p. 221, sec. 200.

"The wrong is not primarily in depriving the plaintiff of the promised reward but in causing the plaintiff to change position to his detriment. It would follow that the damages should not exceed the loss caused by the change of position, which would never be more in amount, but might be less, than the promised reward." Seavey, Reliance on Gratuitous Promises [***26] or Other Conduct, 64 Harvard Law Review (1951), 913, 926.

"There likewise seems to be no positive legal requirement, and certainly no legal policy, which dictates the allowance of contract damages in every case where the defendant's duty is consensual." Shattuck, *Gratuitous Promises -- A New Writ?*, 35 *Michigan Law Review* (1936), 908, 912. ³

³ For expression of the opposite view, that courts in promissory-estoppel cases should treat them as ordinary breach of contract cases and allow the full amount of damages recoverable in the latter, see note, 13 *Vanderbilt Law Review* (1960), 705.

At the time Hoffman bought the equipment and inventory of the small grocery store at Wautoma he did so in order to gain experience in the grocery-store business. At that time discussion had already been had with Red Owl representatives that Wautoma might be too small for a Red Owl operation and that a larger city might be more desirable. Thus Hoffman made this purchase more or less as a temporary experiment. Justice does not [***27] require that the damages awarded him, because of selling these assets at the behest of defendants, should exceed any actual loss sustained measured by the difference between the sales price and the fair market value.

[*703] Since the evidence does not sustain the large award of damages arising from the sale of the Wautoma grocery business, the trial court properly ordered a new trial on this issue.

By the Court. -- Order affirmed. Because of the cross appeal, plaintiffs shall be limited to taxing but two thirds of their costs.