

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

DANILO GERMANO RÊGO

**A FORMAÇÃO PROGRESSIVA DO CONTRATO:
uma análise da formação do contrato de compra e venda secundária de participação
societária segundo a teoria do contrato sem negócio jurídico**

**Belo Horizonte – MG
2021**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

DANILO GERMANO RÊGO

**A FORMAÇÃO PROGRESSIVA DO CONTRATO:
uma análise da formação do contrato de compra e venda secundária de participação
societária segundo a teoria do contrato sem negócio jurídico**

Dissertação de Mestrado apresentada por Danilo Germano Rêgo, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Marcelo de Oliveira Milagres.

Linha de Pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Projeto Estruturante: Desenvolvimento e Mercado no Contexto da Sociedade Globalizada.

Projeto Coletivo: Empresa no Mercado.

**Belo Horizonte – MG
2021**

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6 2233.

R343f Rêgo, Danilo Germano

A formação progressiva do contrato [manuscrito]: uma análise da formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária segundo a teoria do contrato sem negócio jurídico / Danilo Germano Rêgo. - 2021.

146 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito
Bibliografia: f. 140-146.

1. Direito - Teses. 2. Contratos - Teses. 3. Negociação - Teses. 4. Compra e venda - Teses. 5. Negócio jurídico - Teses I. Milagres, Marcelo de Oliveira. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.74



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

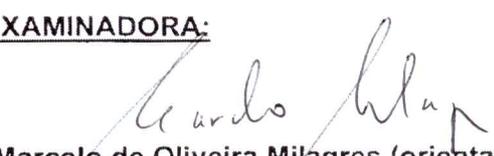
DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. DANILO GERMANO RÊGO

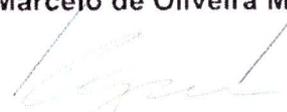
Aos doze dias do mês de agosto de 2021, às 10h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Milagres (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes (UFMG) e Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino (UERJ), para a defesa de Dissertação como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Bel. DANILO GERMANO RÊGO, matrícula nº 2019651950, intitulada: "A FORMAÇÃO PROGRESSIVA DO CONTRATO: UMA ANÁLISE DA FORMAÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA SECUNDÁRIA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA SEGUNDO A TEORIA DO CONTRATO SEM NEGÓCIO JURÍDICO". Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Encerradas as arguições, procedeu-se ao julgamento da banca, tendo-se verificado a seguinte nota (0 a 100) e conceito (aprovada/reprovada) atribuídos pela Banca:

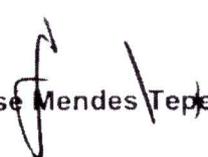
Nota:85..... Conceito:B.....

Nada mais havendo a tratar, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Milagres (orientador do candidato/UFMG)


Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes (UFMG)


Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino (UERJ)

AGRADECIMENTOS

O processo, desde os estudos e pesquisas iniciais para a prova de seleção para ingresso no curso de mestrado, até a sua conclusão, com a defesa da dissertação, em universidades de alto nível, como a Universidade Federal de Minas Gerais, não é fácil. Passamos por longas horas de estudo sobre os mais variados temas, por reflexões sobre os problemas e questões relacionadas ao objeto de pesquisa, por angústias e incertezas sobre a relevância da investigação e sobre a assertividade do caminho que percorremos.

Creio que, com as pesquisas desenvolvidas nas pós-graduações, todos buscamos trazer um impacto positivo para a sociedade, ao contribuir, em algum grau, com o conhecimento e políticas existentes. No Direito, entendo que as pesquisas almejam trazer maior justiça social, nos seus infinitos aspectos. Seja por uma visão típica do Direito Empresarial que, ligada à Economia, foca no desenvolvimento econômico-social pela liberdade do exercício da atividade empresária, até o da Filosofia do Direito, que estuda os difíceis conceitos de justiça e equidade. Apesar de almejar, não sabemos, contudo, qual efetivo impacto que trazemos ao mundo, com a conclusão dos trabalhos.

Durante todo esse período de passagem e de estudos, do início ao fim, algumas pessoas fazem verdadeira diferença para persistirmos no desafio, que é realizar um bom curso de mestrado, para clarificar e discutir ideias, para nos incentivar na busca pelo conhecimento e pelo nosso desenvolvimento, para nos direcionar melhor e para nos trazer paz no dia a dia, em decorrência de vários outros aspectos da vida. Para essas pessoas, realizo aqui meus sinceros agradecimentos.

Primeiramente, agradeço à Thati, meu amor, por ser a minha maior companheira, mentora e parceira, durante todo esse trajeto. Desde o início me incentivou, me deu força e pude aprender com a sua coragem e conhecimento para que pudesse enfrentar este e outros desafios. É quem sempre está disponível para me ouvir, para discutir e para refletir sobre os mais diversos assuntos, jurídicos e da vida. Ela é quem me traz uma paz e felicidade diária, base para a minha vida pessoal e profissional. Te amo.

Agradeço também ao meu orientador, o Professor Marcelo de Oliveira Milagres, pela liberdade e pela confiança que me conferiu ao longo de todo o processo, pela disponibilidade em todas as vezes que necessitei e pela verdadeira atenção que deu à minha pesquisa, ao realizar suas várias revisões, sugestões e conversas. Agradeço por, desde a graduação, ter me passado, com clareza e desenvoltura, sua notável e contemporânea percepção

do Direito Privado que, certamente, foi um diferencial para minha atual compreensão do Direito.

Agradeço aos meus amados pais, Edmyr e Izaura, e à minha irmã, Larissa, que, desde a infância, me passaram o quão valioso é o conhecimento e a importância de permanecer estudando para que eu pudesse me destacar nos diversos aspectos da vida. Sempre me deram o suporte e incentivo que precisei nos estudos, cursos e no acesso aos diversos livros, tão necessários para a obtenção do conhecimento.

Agradeço ao Professor Christian Sahb Batista Lopes pela importante relação e contato que tivemos na Universidade, desde ter me permitido cursar uma disciplina isolada, antes de ser aprovado para o curso de mestrado, até por ter tido a oportunidade de conhecer, de modo excepcional, bons autores e de compreender as controvérsias e visões, jurídicas e econômicas, sobre o mundo dos contratos.

Agradeço à Professora Maria Tereza Fonseca Dias por ter me proporcionado a oportunidade de aprender de forma leve, interessante e instigante o Direito Administrativo, disciplina um pouco distinta da temática desta pesquisa, a qual eu não tinha muita afinidade, mas que, por sua especial e atenciosa forma de ensinar, me fez despertar interesse em estudar melhor na graduação e ao longo do curso de Mestrado.

Ademais, agradeço aos colegas os quais tive a oportunidade de trocar conhecimentos e discussões durante esse período e aos demais professores que também contribuíram para a minha formação, tanto da própria Universidade, quanto aos da época de escola, que auxiliaram em minha base de formação e conhecimento.

Minha gratidão também aos servidores da Universidade Federal de Minas Gerais: porteiros, copeiros, secretários, bibliotecários, auxiliares, estagiários, e todos os outros, sem os quais seria inviável a realização deste importante curso e estudos.

Por fim, agradeço a todos, pessoas e instituições, que, nesta época de incertezas e obscuridades, permitem e acreditam na importância do desenvolvimento científico brasileiro.

Danilo Germano Rêgo

RESUMO

A FORMAÇÃO PROGRESSIVA DO CONTRATO: uma análise da formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária segundo a teoria do contrato sem negócio jurídico

Contratos de compra e venda secundária de participação societária possuem relevante complexidade, sendo planejados, estruturados e pactuados após um considerável período de negociações com várias etapas. Em cada uma delas, são produzidos, trocados e até assinados diversos documentos: cartas de intenções, memorandos de entendimentos, acordos de confidencialidade, *e-mails*, mensagens em aplicativos. Esses documentos conferem às partes segurança sobre o que já foi objeto de deliberação para que possam prosseguir nas negociações discutindo outros pontos relevantes a serem pactuados. Contudo, em tese, ainda não há contrato. É ao final das negociações a assinatura do contrato definitivo que regula toda a relação das partes naquela operação. Diante desse contexto, a pesquisa buscou compreender como se dá a formação desse tipo de contrato para melhor tutelar situações nas quais haja o rompimento da relação quando as negociações já estiverem em estado avançado ou quando, antes da assinatura do contrato definitivo, uma parte efetue uma prestação relacionada ao objeto das negociações. A partir da análise da clássica doutrina do Direito Contratual, concluiu-se que ela é insuficiente para tutelar adequadamente diversas relações, pois baseia-se na concepção de contrato como fruto do negócio jurídico ligado à declaração de vontade das partes. Outrossim, descobriu-se que o contrato deve ser compreendido como uma *atividade* inserida em um *processo contratual*. Nesse contexto, viu-se que o contrato é instituto jurídico criado para regular uma operação econômica subjacente que existe independentemente dele. A partir desses fundamentos, constatou-se que pode haver formação de um contrato mesmo quando ausente um negócio jurídico. Para o tipo contratual objeto da pesquisa, verificou-se que poderá ser identificada a formação do contrato quando expressos, no processo contratual, alguns “índices de tipo” que demonstram que o contato social qualificado daquela relação se tornou tão estreito que gerou vínculo obrigacional. Por fim, analisou-se como deve ser interpretado e tutelado o contrato formado sem negócio jurídico, concluindo-se que é imprescindível a consideração da boa-fé objetiva, da autonomia privada e de fundamentos da análise econômica do direito.

Palavras-chave: negociações. contrato. negócio jurídico. formação. *M&A*. vínculo. participação societária. processo contratual. atividade. operação econômica.

ABSTRACT

THE PROGRESSIVE FORMATION OF CONTRACT: an analysis of the formation of the stock purchase contract according to the theory of contract without legal transaction

Stock purchase contracts are relevantly complex as they are planned, structured, and settled after a considerable negotiations period that evolves various stages. In each stage, different documents are produced, exchanged, and even signed: letters of intent, memorandum of understanding, non-disclosure agreements, e-mails, messages in applications. These documents provide the parties certainty about what has already been the object of deliberation for them to be able to continue discussing other relevant matters to be agreed. However, in theory, there is still no contract. It is at the end of the negotiations that the definitive contract that regulates the entire relation of the parties in that operation is signed. In this context, the research sought to understand how this type of contract is formed to better protect situations in which the relation is broken even being the negotiations in an advanced stage or even when, before the signing of the definitive contract, a party performs a consideration related to the object of the negotiations. From the analysis of the classic doctrine of contract law, it was concluded that it is insufficient to adequately protect various relations, as it is based on the concept of contract as a result of a legal transaction, linked to the declaration of the will of the parties. Furthermore, it was found that the contract must be comprehended as an activity inserted in a contractual process. In this context, it was learnt that the contract is a legal institute created to regulate an underlying economic operation that exists independently of it. From these grounds, it was found that a contract can be formed even in the absence of a legal transaction. About the contractual type, object of the research, it was found that the formation of this contract can be identified through the expression of some 'indexes of type' in the contractual process which demonstrate that the qualified social contact has become so tight that it has generated an obligational bond. Lastly, it was analyzed how the contract formed without legal transaction should be interpreted and protected, concluding that it is essential to consider the objective good faith, private autonomy, and the fundamentals of the economic analysis of law.

Keywords: *negotiations. contract. legal transaction. formation. M&A. bind. equity. contractual process. activity. economic operation.*

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
1.1	Aspectos Metodológicos.....	19
2	O PROCESSO CONTRATUAL EM OPERAÇÕES DE M&A	23
3	A FORMAÇÃO PROGRESSIVA DO CONTRATO	31
3.1	Contrato, Negócio Jurídico e Vontade: a abordagem clássica	37
3.2	Contrato, Operação Econômica e Atividade: uma abordagem contemporânea	43
3.2.1	Atividade Contratual, Contato Social e Comportamento Social Típico	48
4	IDENTIFICAÇÃO TÍPICA DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA SECUNDÁRIA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA.....	54
4.1	Os índices de tipo como qualificadores da atividade contratual sem negócio jurídico	56
4.2	O conceito de causa e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro	60
4.3	A causa do contrato de compra e venda secundária de participação societária.....	70
4.3.1	Compra e venda de participação societária	70
4.3.2	A modificação do <i>status socii</i> como causa do contrato de compra e venda secundária de participação societária.....	77
4.4	O momento da formação do contrato de compra e venda de participação societária, sem negócio jurídico	79
5	INTERPRETAÇÃO E TUTELA DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA SECUNDÁRIA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA FORMADO PROGRESSIVAMENTE, SEM NEGÓCIO JURÍDICO	81
5.1	Contrato Preliminar ou Contrato Definitivo	81
5.2	Execução Específica de Obrigações	88
5.3	Boa-fé Objetiva.....	90
5.4	Autonomia Privada	105
5.4.1	A efetivação da autonomia privada pela informação	113
5.5	Breves considerações da Análise Econômica do Direito Contratual.....	115
6	CONCLUSÕES.....	128
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	140
	Bibliografia Estrangeira.....	140
	Demais Referências Bibliográficas	142

1 INTRODUÇÃO

Fusões e Aquisições, *Mergers & Acquisitions* ou, simplesmente, “*M&A*”, são termos que identificam “o conjunto de medidas de crescimento externo ou compartilhado de uma corporação, que se concretiza por meio da ‘combinação de negócios’ e de reorganizações societárias”¹.

Nesse sentido, importante se atentar que as referidas expressões não se limitam a indicar negócios jurídicos de fusão e de aquisição, mas são utilizadas de modo amplo², para diversas operações societárias como incorporações, cisões, *joint ventures*, formação de consórcios, constituição de Sociedades de Propósito Específico (SPEs), de Sociedades em Conta de Participação (SCP), entre outras.

As operações de *M&A* geralmente possuem relevante complexidade, de modo que são planejadas e estruturadas mediante um longo período de negociações entre os administradores das sociedades ou mesmo entre os seus sócios ou acionistas controladores.

Tratando-se de operação econômica complexa³, que demanda que as negociações se desenvolvam durante meses ou até anos, ao final de cada etapa de negociação, é comum a elaboração de variados documentos que buscam promover segurança às partes envolvidas acerca do que já foi discutido e negociado. Assim, a operação adquire forma gradualmente, considerando-se o elevado número de cláusulas que devem ser pactuadas, relativas a aspectos administrativos, comerciais, financeiros, fiscais e legais.

Dentre esses documentos, que podem ser nomeados de diversas maneiras, mas que, na prática negocial, possuem conteúdo parecido, é comum se referir a *Term Sheet*, Carta de

¹ BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23.

² Neste trabalho, será utilizado o termo “*M&A*” para se referir às operações de Fusões e Aquisições. Ainda, o “modo amplo” de *M&A* deve ser entendido conforme a sua finalidade de “servir de instrumento de implementação da estratégia de crescimento externo/inorgânico ou compartilhado de empresas” (BOTREL, Sérgio. *op.cit.* p. 23) – aqui abrangendo operações de combinação de negócios e de reorganização societária, principalmente, entre sociedades empresárias, mas que também podem envolver o empresário individual e a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI).

³ Cf. A noção de complexidade contratual pode ser compreendida a partir das ideias de Williamson que a define com base em três aspectos essenciais: (i) a incerteza; (ii) a frequência de ocorrência da transação e (iii) o grau de ocorrência de uma transação que envolva investimento em ativos específicos duráveis (WILLIAMSON, Oliver E. *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*. *Journal of Law and Economics*. v. 22. n. 2. October, 1979. p. 233-261. p. 239. Tradução do autor) e de MacLeod ao expor que: “a complexidade do contrato é uma medida do custo de seu desenho, escrita e de sua implementação como uma função dos dados que descrevem a relação”. Cf. “*the complexity of the contract is a measure of the cost of designing, writing and implementing the contract as a function of the data describing the relationship*”. (MACLEOD, W. Bentley. *Complexity and Contract*. *USC Law School, Olin Working Paper N. 00-1*. January, 2000. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=213869>. Acesso em: 03 nov. 2019. p. 11. Tradução do autor)

Intenções (*Letter of Intent – LOI*) e Memorando de Entendimentos (*Memorandum of Understanding – MOU*).

Trata-se de operações econômicas que demandam tempo, planejamento e a realização de diligências práticas de alto custo para se concretizarem. Ainda, a publicização lícita ou ilícita⁴ de informações sobre essas operações tem influência direta no comportamento dos agentes econômicos do mercado.

Ocorre que, em vários casos, especialmente por se tratar de uma fase de negociações onde diversas incertezas ainda permeiam a concretização do negócio, na qual pode não haver efetiva vontade de formação de vínculo obrigacional, as partes podem não expressar nesses documentos⁵ quais disposições têm ou não caráter vinculante. Não raras vezes, há a combinação de disposições de caráter vinculante e não vinculante que podem não ser identificadas com facilidade.

Desse modo, esses documentos não necessariamente estabelecem obrigações entre as partes⁶, mas apontam tópicos que já foram discutidos e acordados sobre a operação. Ressalta-se que, na atualidade, esses documentos negociais são recorrentemente (i)materializados por troca de *e-mails* e até mesmo de mensagens em aplicativos como o *WhatsApp*, de maneira mais informal.

Em alguns casos, diante desse conjunto de documentos negociais, da eminente necessidade da realização de alguma diligência que envolva a operação, alguma parte pode efetuar uma prestação relacionada à operação, antes mesmo da assinatura de um contrato definitivo.

Esse fato pode gerar incerteza até mesmo sobre quais são eventuais obrigações acessórias àquela prestação desempenhada, uma vez que, em tese, podem não ter sido expressamente negociadas e pactuadas mediante a tradicional dinâmica da oferta e aceitação.

Em outras situações, uma ou mais partes podem decidir por romper as negociações, quando já estão em estado avançado, tendo já sido negociados todos os “elementos essenciais” do contrato, como preço, objeto e forma de pagamento.

⁴ Publicização lícita aqui se refere, por exemplo, à divulgação de um fato relevante sobre a ocorrência da operação. Por sua vez, publicização ilícita se refere à sua divulgação em infringência a um dever de confidencialidade, por exemplo.

⁵ *Term Sheet*, Carta de Intenções (*Letter of Intent – LOI*), Memorando de Entendimentos (*Memorandum of Understanding – MOU*).

⁶ Geralmente, é estabelecida expressamente apenas eventual obrigação de manter confidencialidade sobre as negociações e informações as quais as partes tiverem acesso durante eventuais diligências realizadas. Isso pode ser disposto em uma cláusula no próprio documento ou em um Termo de Confidencialidade (*Non-disclosure Agreement – NDA*) autônomo.

Diante dessas situações, não havendo certeza normativa sobre qual é o grau de vinculação das partes e sobre como deve-se interpretar esse conjunto de documentos e manifestações negociais, um litígio pode ser levado ao Judiciário ou à arbitragem, para que seja proferida uma sentença na qual o julgador poderá compreender: que existe um contrato e decidir pela possibilidade de sua execução específica; que não existe um contrato, mas que houve violação da responsabilidade civil extracontratual, portanto, cabível a condenação para que uma parte indenize a outra por perdas e danos; ou que não existe nenhum contrato e também que não existe violação à responsabilidade civil extracontratual e, assim, atribuirá nenhum efeito jurídico-econômico aos documentos e tratativas por considerar serem “meras propostas”, que integram a fase pré-contratual.

Robert Cooter e Thomas Ulen⁷ ao discorrerem sobre a Teoria Econômica do Contrato apontam que, quando contratos próximos à perfeição são realizados, os tribunais não têm lacunas ou ineficiências para corrigir, mediante suas decisões. Entretanto, à medida que os custos de transação aumentam, as pessoas deixam lacunas nos contratos. Os tribunais, por sua vez, deveriam preencher as lacunas com condições supletivas eficientes.

Ocorre que, a incerteza acerca de qual tipo de vinculação é estabelecida entre as partes mediante a troca e assinatura dessas manifestações negociais e documentos no decorrer das negociações se mostra uma controvérsia deixada para o juiz ou árbitro suprir, quando há litígio. Nesse contexto, é desejável que as partes e o julgador possuam subsídios jurídicos adequados à interpretação e aplicação da norma no âmbito dessas específicas negociações.

Assim, voltando-se para os tribunais brasileiros, para demonstrar que há litígios levados ao Judiciário sobre a temática, mas, de maneira elucidativa e sem objetivo de realizar efetiva análise de jurisprudência, encontram-se precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸ que consideram que esses documentos elaborados antes da assinatura do Contrato Definitivo têm natureza de pré-contratos, de “vetor interpretativo”, com limitada capacidade vinculativa. O primeiro caso, abaixo, trata da constituição de um empreendimento do tipo *joint venture* entre duas sociedades:

⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 235.

⁸ Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento n° 2001756-88.2015.8.26.0000*. Rel. Desig. Francisco Loureiro. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravantes: Solyvent do Brasil Ventiladores Industriais LTDA. e Brumazi Equipamentos Industriais LTDA. Agravados: Howden International Holdings B.V, Benjamin Antônio Soares e José Roberto Mendes Moran. Julg. 25/03/2015. Pub. 08/04/2015; e, também, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Apelação com Revisão n° 9100876-29.2008.8.26.0000*. Des. Rel. Caetano Lagrasta. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Sergio Marcos Monteiro. Apelado: Banco JP Morgan S.A. Julg. 08/10/2008. Reg. 15/10/2008.

A flexibilidade quanto à forma a ser adotada é um dos principais atrativos da *joint venture*, cuja constituição, normalmente entre empresas de distintas nacionalidades, pode se dar por meio de um contrato de colaboração, ou então mediante constituição de uma nova sociedade, como é o caso dos autos.

Via de regra, simultaneamente às negociações para instituição dessa parceria, é firmado um protocolo de intenções, também conhecido como *agreement* ou carta de intenções, documento este em que são estabelecidas as linhas gerais da cooperação, a forma com que ela ocorrerá, além dos limites da participação de cada um dos interessados.

Note-se, que o referido protocolo, limita-se a estabelecer genericamente os termos da parceria, a qual será definida e pormenorizada, apenas com o contrato, este sim uma fonte de direitos e obrigações.

Assim, como bem elucidado pelas próprias agravantes, a carta de intenções ademais de fazer as vezes de um pré-contrato, depois de instituída a parceria, se consubstancia em mero vetor interpretativo, de modo que a eficácia vinculativa é bastante atenuada.

Este outro caso trata de um Memorando de Entendimentos elaborado e assinado nas negociações para realização de investimento em um empreendimento. Abaixo, demonstra-se entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo acerca da natureza jurídica do que foi estabelecido no documento:

O Memorando de Entendimentos de 25 de janeiro de 1999 (fls. 736 e ss.), que consolida os estudos e as intenções de união de esforços entre a Total Express, a Intercouriers e os investimentos de terceiros, não gera obrigação irrevogável de investimentos, eis que depende de vários fatores, tais como as variações de mercado, a viabilidade do empreendimento e o encontro de interesses entre os sócios. Da mesma forma deve ser interpretado o plano de negócios, restando irrelevante quem o tenha elaborado, desde que acordado entre as partes, e analisado como planos empresariais e não como promessas de investimentos.

Há também conhecido e antigo caso⁹, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal em 1979, envolvendo o Supermercado Pão de Açúcar e a Distribuidora “Disco” S.A., que pode ter inaugurado a discussão em âmbito nacional. Resumidamente, discutiu-se se um documento intitulado “Contrato Preliminar”, firmado entre as partes, de fato seria um contrato preliminar e se teria a capacidade de embasar ação que requeria a adjudicação de ações da Distribuidora “Disco”, ao Supermercado Pão de Açúcar.

No caso, as partes haviam assinado o referido documento que possuía várias disposições acerca de uma compra, em caráter irretroatável, de ações de três acionistas da Distribuidora “Disco” pelo Supermercado Pão de Açúcar. Entretanto, segundo o Ministro Relator Moreira Alves¹⁰, o documento, em que pese ser intitulado “Contrato Preliminar”, não

⁹ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n° 88.716/RJ*. Min. Rel. Moreira Alves. Recorrente: Distribuidora de Comestíveis “Disco” S.A. e Outros. Recorrido Supermercado Pão de Açúcar S.A. Julg. 23/11/1979. Pub. D.J. 30/11/1979.

¹⁰ Cf. “Do exame dos autos, verifica-se que a questão fundamental neles discutida é a de saber qual a natureza jurídica do documento a fls. 28 a 31 do apenso (relativo à ação de adjudicação compulsória): se, como o qualificou

a sentença, “negociações preliminares como base para um futuro contrato” ou “protocolo de intenções” (fls. 390, 2º volume); ou se, como o caracterizaram os votos vencedores na apelação e nos embargos infringentes, contrato. Não se trata, portanto, como pretende a recorrida, de matéria concernente a simples interpretação de cláusulas contratuais – o que pressupõe a existência de um contrato, e que, consoante a súmula 454, implicaria a inadmissibilidade do recurso extraordinário –, mas, sim, de apurar a qualificação jurídica de um documento, para determinar-se se ele configurava contrato, ou se traduz, apenas, etapa nas tratativas que antecedem à celebração do contrato, e que, reduzidas a escrito, configuram o que os autores mais antigos (assim, MUELLER, De minuta vulgo von Punctuationem, Jonae, 1690) denominavam, em latim, minuta, termo vertido pelos juristas alemães para o seu idioma com o emprego das expressões Entwurf, Project, Puntaction (projeto, punctação). (...) Como se vê, em síntese, a questão jurídica fundamental que se discute nestes autos é esta: se, no curso de negociações, as partes acordam sobre os elementos essenciais do contrato, deixando, porém, para momento posterior (o da celebração do contrato definitivo), a solução de questões relativas a elementos acidentais, e reduzem tudo isso a escrito, esse documento caracteriza um contrato preliminar (e, portanto, obrigatório para ambas), ou não passa, mesmo no que diz respeito aos pontos principais já considerados irretratáveis, de mera minuta (punctação), sem o caráter vinculante do contrato preliminar, e consequentemente, insusceptível de adjudicação compulsória? Essa questão é largamente examinada na doutrina estrangeira, havendo, a propósito, três correntes de opinião: a) - aquela segundo a qual o contrato – preliminar ou definitivo – só se aperfeiçoa quando as partes estão de acordo com todos os pontos do contrato, sem distinção entre elementos essenciais e acidentais; b) – a pela qual o contrato – preliminar ou definitivo – se perfaz com a concordância, apenas, sobre os elementos essenciais dele, salvo se elas se reservarem, para ulteriores tratativas, sobre os elementos acidentais; e c) – aquela de acordo com a qual o contrato – preliminar ou definitivo – se reputa celebrado no momento em que as partes acordam sobre os pontos essenciais, ainda que tenham reservado para discutir os pontos secundários, pois se não vierem a chegar a acordo sobre estes o juiz suprirá levando em conta a natureza do negócio. (...) No direito brasileiro, no tocante à disciplina dos contratos comerciais – e, no caso, não se nega que a questão se coloca no campo do direito comercial (compra e venda de ações de sociedade anônima a ser celebrada por comerciantes) – há também texto genérico sobre o momento da formação do contrato mercantil, embora não seja ele vasado em termos tão claros, para a solução do problema em causa, como o dos Códigos da Alemanha, de Portugal, da Suíça, da Áustria. É ele o artigo 126, que reza: “Art. 126. Os Contratos mercantis são obrigatórios, tanto que as partes se acordam sobre o objeto da convenção, e os reduzem a escrito, nos casos em que esta prova é necessária”. (...) Por conseguinte, para J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, nos contratos mercantis, o contrato (preliminar ou definitivo) só se aperfeiçoa no momento em que o consentimento se estabelece sobre todos os pontos discutidos pelas partes, só se admitindo que, se elas se omitirem sobre pontos secundários, estes podem ser supridos exclusivamente com normas dispositivas, como as do artigo 132, 133, 137 do Código Comercial. Por isso mesmo, logo após as transcrições dos textos austríaco e suíço, que admitem a formação do contrato ainda que haja reserva das partes sobre pontos secundários, CARVALHO DE MENDONÇA observa que “o nosso direito não sufraga estas teses”, e arremata: “Aproxima-se do Cód. Civil alemão no art. 154”. (...) Se, no curso das negociações, concordam com relação a certos pontos e deixam em aberto outros, ainda que, em documento escrito, estabeleçam a irretratabilidade quanto aos pontos já acertados e declaram que os demais serão objeto de acordo posterior, o contrato preliminar ou definitivo somente surgirá no momento em que houver a concordância sobre estes, completando-se, assim, o acordo sobre o conteúdo global do contrato. Enquanto esse acordo posterior não ocorrer, continua-se no terreno das tratativas, não sendo permitido, porém, a qualquer das partes, isoladamente, se quiser vir a celebrar o contrato, desrespeitar o acordo sobre os pontos já acertados, e sendo certo, por outro lado, que, no momento em que ocorrer a concordância sobre as cláusulas em discussão, o contrato, independentemente de ratificação do acordo parcial, se reputa aperfeiçoado, vinculando-se as partes ao seu adimplemento. Não se admite, em nosso sistema jurídico, ao contrário do que ocorre no direito suíço e no direito austríaco, que o juiz se substitua às partes para preencher os pontos em branco sobre os quais elas, apesar das negociações posteriores à minuta, não chegaram a acordo. 7. No caso presente, o próprio acórdão recorrido, expressamente, reconhece que o documento de fls. 28 a 31 do apenso – a que as partes denominaram “contrato preliminar para compra e venda de ações” – não continha acordo sobre todas as cláusulas que deveriam integrar o contrato a ser firmado por elas. (...) 8. Por outro lado, para que possa ser julgada procedente a ação a que alude o artigo 639 do Código de Processo Civil, é mister que, não apenas se trate de contrato preliminar, as também que esse contrato preliminar contenha todos os elementos do contrato definitivo. (...) Por essas razões, (...) conheço do recurso e lhe dou provimento, para julgar a recorrida carecedora da ação de adjudicação compulsória, e procedente a ação de consignação em pagamento, mantidas as cominações na sentença de primeiro grau, que, assim, fica restaurada, corrigida, apenas, na parte em que ela julgou improcedente a ação de adjudicação compulsória, quanto, em verdade, a autora, ora recorrida, era carecedora dela.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 88.716/RJ. Min. Rel. Moreira Alves. Recorrente: Distribuidora de Comestíveis “Disco” S.A. e Outros. Recorrido Supermercado Pão de Açúcar S.A. Julg. 23/11/1979. Pub. D.J. 30/11/1979)

era de fato um contrato preliminar, pois não possuía os requisitos essenciais do contrato definitivo.

Portanto, conforme o referido precedente, o documento seria apenas um “Protocolo de Intenções” pelo qual se estabeleceu apenas o desejo de uma parte vender e da outra comprar, mediante condições que seriam definidas em novas negociações que obrigatoriamente deveriam ser realizadas. Por outro lado, há precedentes que verificam disposições com vínculo contratual nesses documentos assinados na fase de negociações.

Em um caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹¹, algumas sociedades haviam firmado um Memorando de Entendimentos na qual traçavam diretrizes e acordavam sobre a constituição de um fundo de investimentos ou de uma sociedade ligada ao setor de energia. A Apelante, no caso, desistiu imotivadamente de prosseguir com o que havia sido negociado. Por essa razão, as Apeladas exigiam o pagamento de valor relativo a despesas na ordem de 75 mil reais, realizadas em decorrência das negociações. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que havia disposição contratual no documento e inclusive denominou o documento de “pré-contrato”. Assim, manteve a sentença de primeira instância que condenou a Apelante a arcar com as perdas e danos decorrentes da “rescisão” do Memorando de Entendimentos.

Essa incerteza, seja quanto ao tipo de vinculação estabelecida, seja quanto a quais serão os critérios utilizados em uma decisão judicial para dirimir um litígio que envolva o rompimento de uma negociação, cria um ambiente ineficiente que pode prejudicar até mesmo a cooperação das partes na consecução do negócio.

A ineficiência pode se apresentar pela presunção de que não há vínculo contratual que permita a parte exigir o cumprimento de obrigação expressa pelos documentos negociais e na ausência de critérios objetivos para a interpretação do negócio e da quantificação de perdas e danos.

A ineficiência também decorre do fato de que a caracterização da responsabilidade civil extracontratual, com a eventual condenação judicial de uma parte a arcar com perdas e danos por *culpa in contrahendo* não possui mensuração perfeita¹². Nesse sentido, expõem Robert Cooter e Thomas Ulen:

¹¹ Cf. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Cível nº 0009297-72.2013.8.19.0001*. Des. Rel. Juarez Fernandes Folhes. 14ª Câmara Cível. Apelante: Meireles Desenvolvimento Tecnológico LTDA. Apelados: Aria Capital Corporate Consultoria Empresarial e Participações LTDA; Aria Capital Partners Investimentos e Participações LTDA, Aria Capital Asset Administração de Recursos LTDA e Iposeira Capital LTDA. Julg. 07/12/2016.

¹² LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104.

Em geral, a melhor medida de indenização cria um nível eficiente de compromisso com o cumprimento por parte do promitente, ao passo que a medida errada de indenização cria um nível ineficiente de compromisso. A indenização abaixo do melhor nível faz com que o promitente quebre a promessa com demasiada frequência, o que torna o promissário relutante em fazer um contrato. A indenização acima do melhor nível exige que o promitente cumpra a promessa quando isso é custoso demais, o que torna o promitente relutante em fazer um contrato.¹³

Desse modo, a compreensão de qual é a vinculação estabelecida entre as partes no decorrer dessas negociações complexas é essencial para garantir a segurança jurídica, a promoção da confiança e eficiência econômica, essenciais à preservação de um mercado com baixos custos de transação, que fomente a atividade empresarial.

Conforme leciona Paula A. Forgioni:

A confiança – e sua preservação – são fundamentais para o adequado fluxo de relações econômicas. A confiança, ligada à tutela da boa-fé e da proteção das legítimas expectativas, atua como fator de redução de custos nas transações econômicas, pois poupa os contratantes de maiores dispêndios na seleção de seus parceiros comerciais.¹⁴

Quanto maior o grau de segurança e de previsibilidade jurídicas proporcionadas pelo sistema, mais azeitado o fluxo de relações econômicas. A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema explicada por Weber e base do pensamento de juristas modernos, é razão determinante da própria gênese do direito comercial e um dos principais vetores do funcionamento dos contratos empresariais.¹⁵

Por seu turno, Christian Sahb Batista Lopes¹⁶, ao discorrer sobre a necessidade de haver uma norma clara e de fácil aplicação que permita às partes entender suas responsabilidades pré-contratuais afirma que:

Uma norma que não seja suficientemente clara faz com que as partes iniciem a negociação sem saber exatamente onde se situam em termos de responsabilidade pré-contratual. Desta forma, tal negociação será mais difícil e mais esforços terão necessariamente de ser empregados, pois, preliminarmente à questão principal e que realmente interessa às partes, elas deverão avaliar e discutir de quem seria originalmente a responsabilidade. A aplicação *a posteriori* pelo Judiciário será também mais onerosa, com maior produção de provas, necessidade de uma análise mais profunda por uma terceira parte que não participou da transação e maior probabilidade de decisões equivocadas e contraditórias.

¹³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 217.

¹⁴ FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 2. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 73.

¹⁵ FORGIONI, Paula A. *op. cit.* p. 117.

¹⁶ LOPES, Christian Sahb Batista. *Responsabilidade Pré-Contratual: Subsídios para o direito brasileiro das negociações*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 22.

Ugo Draetta e Ralph Lake¹⁷ destacam os riscos associados a uma interpretação incorreta da natureza dos documentos pré-contratuais. Os autores mencionam que o risco ficou evidenciado no famoso caso *Texaco, Inc. v. Pennzoil, Co.*¹⁸, no qual uma parte acreditou que ainda estava na fase de negociações, mas o tribunal concluiu que já havia um contrato válido formado.

O caso tratou de um litígio do ano de 1985, que envolveu as companhias *Pennzoil*, *Texaco* e *Getty Oil*. O litígio tratava de um Memorando de Entendimentos firmado entre a *Pennzoil* e os dois principais acionistas da *Getty Oil* que, juntos, possuíam 51% de suas ações. No Memorando, foi descrita uma possibilidade de compra, pela *Pennzoil*, de 16 milhões de ações da *Getty Oil*, de titularidade desses acionistas, ao preço de US\$ 100,00, por ação. O Memorando de Entendimentos precisaria de aprovação do Conselho de Administração da *Getty Oil*. Como o Conselho de Administração entendeu que o preço estava abaixo do desejável, pediu que o chefe de investimentos da *Getty Oil* entrasse em contato com outras companhias, na tentativa de obter melhor oferta. De todo modo, paralelamente, os acionistas procederam com as negociações e, em certo momento, ajustaram uma revisão no Memorando de Entendimentos inicial, para compra de cada ação, pelo valor de US\$ 110,00, mais um bônus de US\$ 5,00.

Por meio de um comunicado de imprensa, realizado pelas duas companhias, após essa revisão, o Memorando de Entendimentos tornou-se público. Após a publicização do Memorando, a *Texaco*, que já havia sido contatada pelo chefe de investimentos da *Getty Oil*, viu uma oportunidade e realizou oferta de compra de 100% das Ações da *Getty Oil*. A *Texaco*, assim, comprou as ações de um dos acionistas, pelo valor de US\$ 125,00 por ação e, ainda, obteve aprovação do Conselho de Administração da *Getty Oil*, para a compra total das ações remanescentes. Nessa transação, também foram elaborados documentos semelhantes ao Memorando de Entendimentos já assinado com a *Pennzoil* e a *Texaco*, por sua vez, também realizou um comunicado de imprensa, publicizando a negociação.

Diante dessa situação, a *Pennzoil* formulou pretensão judicial em desfavor da *Texaco*, requerendo que fosse condenada a indenizar pela interferência nas negociações, que teria gerado a quebra do vínculo contratual. Na ação, entendeu-se que o Memorando de Entendimentos vinculava as partes e, assim, teria natureza contratual, de modo que a

¹⁷ DRAETTA, Ugo. LAKE, Ralph. Letters of Intent and Precontractual Liability. *International Business Law Journal*. Issue 7. 1993. p. 835-868. p. 835.

¹⁸ Cf. CASEBRIEFS. *Texaco, Inc. v. Pennzoil, Co.* Disponível em: <<https://www.casebriefs.com/blog/law/contracts/contracts-keyed-to-calamari/the-agreement-process/texaco-inc-v-pennzoil-co/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

interferência da *Texaco* na relação estabelecida foi a causa do rompimento do vínculo. Nessas circunstâncias, a *Court of Appeals of Texas* condenou a *Texaco* a indenizar a *Pennzoil* em US\$ 7.53 bilhões e em US\$ 3 bilhões a título de *punitive damages*¹⁹.

Ugo Draetta e Ralph Lake ressaltam, assim, que essas consequências geralmente derivam de deficiências na própria escrita dos documentos ou na falta de atenção ao texto assinado pelas partes²⁰.

Na realidade, a incerteza normativa nesses casos origina-se do fato de que, no contexto, não é possível a aplicação tradicional e automática dos institutos jurídicos que regem a formação do contrato. Ela não parece se verificar mediante a simples análise pontual da existência da oferta e aceitação, manifestadas pela vontade de contratar dos agentes, que culminam na assinatura de um instrumento contratual.

Dessarte, é necessário visualizar a peculiaridade que esse tipo de operação econômica complexa traz à leitura e interpretação dos atos jurídicos que exprimem a formação de um contrato. O diferimento das negociações ao longo do tempo, associado à pactuação progressiva das obrigações, confere dinâmica própria à formação desse tipo de contrato o qual seus efeitos se estendem até mesmo para além das partes individuais que compõem diretamente a relação.

Afinal, há alguma segurança jurídica no ato de assinatura de *MOUs*, *LOIs*, *Term Sheets*, nas complexas negociações se o seu conteúdo, em tese, não poderá ser objeto de “execução específica”? Por outro lado, há vontade das partes em assumir obrigações durante negociações incipientes? Essa manifestação de vontade é relevante? Como interpretar os casos em que uma parte efetua uma prestação, na ausência de um contrato definitivo, como quando,

¹⁹ Cf. Sobre a aplicação de *punitive damages* nos ordenamentos jurídicos anglo-saxões, leciona Nelson Rosenthal: “Os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária. A finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira. Os *punitive damages* possuem grande importância em litígios de responsabilidade civil. Tradicionalmente, entretanto, eles não são concedidos em ações contratuais, não importa o quão malicioso foi o inadimplemento. Entretanto, se a violação do contrato for acompanhada de conduta maliciosa autônoma, os *punitive damages* estarão presentes. (...) Os *punitive damages* são deferidos com duas finalidades: retributiva (*punishment*) e desestímulo (*deterrence*). A retribuição reclama que a conduta revele extrema reprovação social – uma malícia, evidenciada pelo dolo ou grave negligência do agente –, cumulada ao desestímulo, no sentido de direcionar a pena a afligir o transgressor, induzindo-o a não reiterar comportamentos antissociais e ultrajantes análogos. Enquanto as cortes estadunidenses e canadenses adotam a expressão *punitive damages*, outras jurisdições – como a britânica e australiana – optam por *exemplary damages*. Não se pode afirmar que sejam termos de significado idêntico, pois a adoção de uma por outra produz reflexos sobre o perfil sistemático. O termo *punitive* enfatiza a preferência por um objetivo de punição, caso contrário, a adoção da locução *exemplary* indica que o fim primário é de constituir um desestímulo que afaste o espectro da reiteração da mesma conduta.” (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 193-194)

²⁰ DRAETTA, Ugo. LAKE, Ralph. Letters of Intent and Precontractual Liability. *International Business Law Journal*. Issue 7. 1993. p. 835-868. p. 835.

por exemplo, ocorre no curso das negociações a realização de pagamento “simbólico” por cotas ou ações objeto das negociações?

Desse modo, a compreensão quanto à vinculação dos agentes econômicos, nesse tipo de negociação, é essencial para garantir as justas expectativas e a eficiência econômica na concretização dos negócios, nos termos que são gradualmente pactuados.

Diante da ampla gama de contratos passíveis de serem analisados, em virtude de todas as operações que se enquadram no gênero *M&A*, pela necessidade de haver um recorte metodológico, este trabalho terá como objeto o contrato de compra e venda secundária de participações societárias em sociedades limitadas e companhias fechadas.

1.1 Aspectos Metodológicos

Foi necessário selecionar apenas um tipo contratual, uma vez que, a depender de operação realizada, pode haver importantes variações dos negócios empreendidos. Assim, se abrangesse genericamente todos os contratos que podem ser entabulados nas operações de *M&A*, a conclusão desta pesquisa ou não seria adequada para atender suficientemente todos os tipos de contratos ou poderia ser demasiadamente longa e de baixa profundidade.

Por sua vez, a opção por tratar desses contratos na perspectiva da sociedade limitada e sociedade anônima fechada decorre da semelhança de tratamento dessas duas sociedades no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no que tange seus regimes jurídicos que envolvem a alienação de participação societária. A companhia aberta não foi abarcada, uma vez que possui significativas diferenças regulatórias que geram efeitos diretos nos seus contratos de *M&A*.

Assim sendo, é possível que alguns fundamentos e conclusões desta pesquisa se apliquem a outros tipos de operações de *M&A* e até mesmo a negociações que envolvam companhias abertas. Todavia, deve-se observar que a mudança de tipo de operação e de regime jurídico societário e regulatório aplicáveis podem influenciar diretamente na conclusão jurídica decorrente da observação de atos jurídicos similares.

A opção pelo contrato de compra e venda *secundária* de participação societária advém da compreensível visualização do negócio jurídico principal a ser entabulado, diga-se, a aquisição de cotas ou ações mediante o pagamento de um preço, em determinado tempo e modo. Isso apenas ocorre na aquisição secundária, quando as cotas ou ações já são de titularidade de determinada pessoa natural ou jurídica. Na aquisição primária, é realizado contrato distinto, no qual o preço é integralizado ao capital social da sociedade em decorrência da subscrição de

cotas ou ações. Dessa forma, as premissas e conclusões deste trabalho podem não se aplicar a contratos de aquisição primária de participações societárias.

Em seu desenvolvimento, o trabalho utilizou o raciocínio hipotético-dedutivo²¹. Assim, partiu de conhecimento prévio sobre operações de *M&A*, do direito das obrigações e do direito contratual inseridos no contexto. Desse conhecimento prévio, apresentaram-se problemas que concernem a aplicação das teorias clássicas contratuais aos contratos formados nas operações. Em face desses problemas, foi formulada uma hipótese²² testada pela pesquisa desenvolvida que poderia ser refutada ou não, de acordo com as conclusões obtidas.

A pesquisa se enquadra na vertente jurídico-social, que compreende o fenômeno jurídico no ambiente social, analisando o Direito como variável dependente da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e efetividade das relações direito e sociedade²³. O gênero da pesquisa é teórico por basear-se em teorias, conceitos e referências teórico-

²¹ Cf. “O raciocínio hipotético-dedutivo remete-nos às teorias de Karl Popper (1975). Para esse autor, cuja obra tem sido considerada como de grande importância para a produção e compreensão do conhecimento científico, o avanço da ciência decorre de sua direção [...] rumo a um objetivo remoto e, no entanto, atingível, o de sempre descobrir problemas novos, mais profundos e mais gerais e de sujeitar suas respostas, sempre a testes provisórios, a testes sempre renovados e sempre mais rigorosos (POPPER, 1975, p. 307-308). Para esse teórico, o raciocínio mais relevante (o autor refere-se a método) seria o hipotético-dedutivo, apresentado por meio das seguintes características: a) existem expectativas ou um conhecimento prévio; b) surgem conflitos com as expectativas ou teorias já existentes; c) propõem-se soluções a partir de conjecturas (dedução de consequências na forma de proposições passíveis de teste); d) teste de “falseamento” (tentativa de refutação pela observação e experimentação ou por outros procedimentos).” (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 71-72.)

²² Cf. Hipótese do projeto de pesquisa: “Na ausência de declaração expressa das partes, não há clareza sobre o grau de vinculação estabelecido entre elas, se contratual ou extracontratual, em decorrência de manifestações negociais realizadas na produção, troca e assinatura de documentos, materiais ou imateriais, na fase de negociação de contratos de aquisição secundária de participação societária. Nesse contexto, há duas possíveis interpretações aplicáveis aos documentos, a depender se já foram acordados os elementos essenciais do contrato: *res, pretium e conditiones*. Na primeira situação, de ainda não terem sido definidos os elementos, os documentos estabelecem uma ‘vinculação extracontratual’, baseada na boa-fé objetiva, de as partes empregarem os melhores esforços nas negociações, sendo leais e prestando o dever de revelar informações relevantes à outra parte, com deveres de cooperação compatíveis com essa fase negocial e com o tipo de negócio. Na segunda situação, havendo diversos documentos que, em seu conjunto, estabeleçam os elementos essenciais do contrato e estando as negociações em estado avançado, eles deverão ser tratados como um contrato preliminar. Portanto, nessa situação, o rompimento das negociações, caracteriza inadimplemento da obrigação de firmar o contrato definitivo. Também nesse contexto, a efetivação de uma prestação contratual por alguma das partes, ausente a assinatura do contrato definitivo, evidencia a existência de obrigação contratual. Por sua vez, a inexecução de obrigações principais e acessórias verificáveis no conjunto de declarações e documentos trocados, caracteriza inadimplemento contratual, permitindo a execução específica de obrigações”.

²³ Cf. “A segunda vertente, **jurídico-social**, compreende o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. Analisa o Direito como variável dependente da sociedade e trabalha com as noções de eficiência, eficácia e de efetividade das relações direito/sociedade. Preocupa-se com a facticidade do Direito e com as relações contraditórias que o próprio Direito estabelece com os demais campos: sociocultural, político e antropológico. Enquanto a vertente anterior preocupa-se prioritariamente, mas não apenas, com a noção de eficiência, esta segunda, a partir do sentido de eficácia, estuda a realização concreta de objetivos propostos pela lei, por regulamentos de todas as ordens e por políticas públicas ou sociais. A análise de efetividade que essa vertente também realiza, cumpre o mesmo papel da eficácia, complementando-a com a análise de demandas e de necessidades sociais e de sua adequação aos institutos jurídicos, sociais e políticos.” (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. NICÁCIO, Camila Silva. *op. cit.* p. 66-67.)

doutrinárias relativas à interpretação e aplicação das normas jurídicas, constitucionais, civis e empresariais, no âmbito das obrigações, contratos e da responsabilidade civil pré-contratual²⁴.

Foi também adotado o tipo de pesquisa jurídico-interpretativo²⁵, que se revela por meio da análise e decomposição do problema jurídico complexo objeto da pesquisa em seus diversos aspectos, relações e níveis, tendo sido atentamente analisadas as relações jurídicas que permeiam a formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária.

Ademais, houve profundo estudo do instituto do contrato, da boa-fé objetiva, da autonomia privada e de fundamentos da análise econômica do direito com vista a compreender o fenômeno da formação do contrato, o negócio jurídico, e como o contrato formado progressivamente deve ser interpretado e tutelado.

Por fim, também foi utilizado o tipo de investigação jurídico-propositiva²⁶, na medida em que o desenvolvimento desta pesquisa questionou, em especial, a concepção clássica do contrato e de como ocorre a sua formação, baseada no negócio jurídico, com o objetivo de promover uma interpretação mais contemporânea da relação jurídica existente na fase de formação de contratos complexos, em especial, do contrato de compra e venda secundária de participação societária. Isso, na busca de garantir às partes maior segurança jurídica sobre suas obrigações e deveres para que sejam mais assertivas em sua tomada de decisão ao longo do processo contratual.

Portanto, delimitou-se o objeto da pesquisa em analisar e identificar, no âmbito das negociações de contratos de compra e venda secundária de participação societária de sociedades limitadas e companhias fechadas, quando ocorre a formação de vínculo obrigacional-contratual e se diante das manifestações negociais expressas em diferentes documentos, materiais ou imateriais, antes da assinatura do pacto definitivo, um contrato existe e, se a resposta fosse afirmativa, como deve ser interpretado e tutelado.

Para chegar à resposta pretendida, a pesquisa foi dividida em quatro partes. Inicialmente, foi necessário compreender como se dá, ordinariamente, o processo de negociações e a respectiva formação do contrato no âmbito de uma operação de *M&A*. Isto posto, foi necessário analisar os tradicionais e clássicos institutos do direito contratual, do conceito e da formação do negócio jurídico, cotejando-os com os atos praticados durante o período das negociações para identificar sua aplicabilidade à situação analisada.

²⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 74.

²⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. NICÁCIO, Camila Silva. *op. cit.* p. 84.

²⁶ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. NICÁCIO, Camila Silva. *op. cit.* p. 85.

Após essa análise, a pesquisa se aprofundou no estudo da formação do contrato a partir de sua perspectiva como veste jurídico-formal de operações econômicas, como processo e como atividade. A partir desses pontos, abordou a possibilidade jurídica de considerar a formação do contrato sem negócio jurídico.

Findas as análises da formação do contrato, tanto na perspectiva tradicional quanto em uma perspectiva contemporânea, foi possível concluir qual relação jurídica é estabelecida pelas partes ao longo de um extenso processo de contratual que visa a formação de um contrato de compra e venda secundária de participação societária.

Compreendida a relação jurídica, a pesquisa buscou entender qual é a interpretação e tutela jurídica que devem ser conferidas a essa relação, de modo que, na existência de conflitos, os atos praticados sejam interpretados com base na boa-fé, na autonomia privada, e com a consideração a fundamentos da análise econômica do direito.

2 O PROCESSO CONTRATUAL EM OPERAÇÕES DE M&A

Como introduzido no capítulo anterior, as operações de *M&A* são complexas e demandam tempo, planejamento e a realização de diligências práticas de alto custo para se concretizarem.

Afinal, uma operação de *M&A* pode representar a incorporação de uma sociedade, que implica na extinção da incorporada e na respectiva modificação do ativo e passivo da incorporadora; na extinção de duas sociedades e constituição de uma nova, mediante a integralização dos ativos e passivos das sociedades preexistentes, em uma operação de fusão; no recorte de determinados ativos e/ou passivos que se desprendem do patrimônio de uma sociedade cindida e passam a integrar o patrimônio de outra sociedade, numa operação de cisão; e, o foco desta pesquisa, a transferência de titularidade de participação societária, com suas diversas implicações, como a possível modificação do controle da sociedade, numa operação de aquisição secundária de participação societária.

Excluindo-se aspectos procedimentais regulatórios, não há necessariamente uma forma prescrita de como devem se desenvolver essas operações. Todavia, a prática de bancas de advocacia e de instituições privadas que assessoram as sociedades, seus administradores e investidores na efetivação dessas operações criou um certo padrão que costuma ser reproduzido por todos os envolvidos.

Assim, o processo de negociação se inicia quando uma parte entra em contato com a outra e manifesta seu interesse em comprar ou vender participação societária de uma ou mais sociedades-alvo. Após conversas informais e formais, nas quais pode haver a entrega de um *teaser* do negócio pretendido, que nada mais é que uma apresentação bastante inicial, as partes podem ter interesse em formalizar esse início das tratativas pela elaboração do documento usualmente denominado de Carta de Intenções (*Letter of Intent – LOI*²⁷). Essa Carta é comumente materializada em meio físico, com a assinatura dos interessados, ou por *e-mail* trocado entre eles.

²⁷ Cf. “The letter of intent memorializes in writing the basic terms of the transaction, which up to that point have been the subject of discussions and early negotiations between the parties. The letter typically will set forth the proposed structure of the transaction; the price and how it will be paid (cash, notes, stock); the terms of notes or stock to be conveyed as part of the price; and other important, but general, features of the transaction such as proposed timing, scope of the representation and warranties and termination provisions. The letter of intent also sets forth the conditions for consummating the transaction including, among others, the need for regulatory approvals, collateral agreements, legal opinions, and, most important, the completion of due diligence and the execution of mutually satisfactory definitive documentations.” (LAJOUX. Alexandra Reed. *The Art of M&A*. 5. ed. New York: McGraw-Hill Education, 2019. p. 561).

Nesta fase incipiente de negociações, a Carta objetiva fixar que há uma verdadeira intenção de iniciar um processo de negociações. Inclusive, em diversos casos, por exemplo, o interessado em comprar participações societárias, tem contato apenas com um determinado sócio da sociedade-alvo. No entanto, ele tem interesse em comprar não apenas participação deste único sócio, mas também de outros que não poderia ou conseguiria abordar diretamente.

Nesse contexto, a Carta serve como uma apresentação do comprador, de sua intenção em adquirir participação societária, dos motivos que o levaram a ter interesse no negócio e de como o processo de negociações poderá se desenvolver. A própria Carta pode variar na forma e em seu conteúdo. É possível, por exemplo, que desde o início ela apresente além da quantidade e classe de participação societária que o comprador tem interesse, proposta para forma de avaliação do ativo e passivo necessário à precificação da participação societária objeto do contrato e um valor total preliminar estimado da operação.

Ademais, a Carta de Intenções assinada por todas as partes pode estabelecer a obrigação de manter exclusividade e confidencialidade. De outro modo, após a troca da Carta de Intenções inicial, um Acordo de Confidencialidade (*Non-Disclosure Agreement – NDA*) pode ser pactuado separadamente pelas partes, em instrumento autônomo.

Waldirio Bulgarelli²⁸ denomina essa fase de negociações incipientes de contratos complexos de *puntuação*:

Além dos contratos que se formam instantaneamente, como nos contratos de transportes, de compra e venda à vista (com preços fixados), outros há, que só são concluídos após uma fase de negociações preliminares (*puntuação*) que serão mais longas e mais complexas quanto o conteúdo do contrato tenha grande valor econômico e seja da maior complexidade (...). Nos contratos mais complexos, pois, há uma fase de *puntuação* bastante típica, discutindo as partes as várias facetas do negócio, por si ou por seus procuradores, fazendo ofertas, elaborando *minutas*, *cartas de intenções*, acordos provisórios e preparatórios e mesmo chegando, às vezes, ao *contrato preliminar* e à opção.

Evidencia-se que essa fase do processo de negociação ainda é bastante embrionária, uma vez que foi manifestada apenas a intenção inicial das partes em permanecer em contato para analisar a possibilidade de evolução das negociações.

É importante a ponderação de que, ao contrário de uma compra e venda de um bem móvel e material simples, como um carro ou um *smartphone*, os quais seus valores de mercado podem ser aferidos sem uma análise necessariamente profunda, muitas vezes, apenas mediante pesquisa genérica de preços do mercado e subtraindo-se algum fator de desvalorização do bem,

²⁸ BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 119.

como quilometragem e vícios estéticos, o valor justo²⁹ de participação societária só é efetivamente obtido após a realização de uma *due diligence* que avalie inúmeros aspectos da sociedade-alvo.

A realização da *due diligence*, todavia, especialmente para sociedades limitadas e companhias fechadas, muitas de base familiar³⁰, não é confortável aos envolvidos, pois podem ser expostas desde módicas falhas de gestão até verdadeiros ilícitos praticados pela administração da sociedade-alvo que irão influenciar diretamente na precificação da participação societária e na possibilidade de prosseguimento ou desistência em continuar as negociações.

Nesse contexto, a *due diligence* apenas deverá se realizar caso haja sérias intenções das partes em permanecer negociando com vistas à efetiva pactuação do contrato. Isso, pois, além dos inconvenientes acima mencionados que a auditoria poderá trazer a conhecimento de todos, apresenta custo elevado, especialmente quando realizada por escritórios reconhecidos. Caso contrário, não haveria sentido no dispêndio financeiro e de tempo dos envolvidos.

Não obstante, nesse tipo de operação, a *due diligence* para precificação da participação societária objeto da compra e venda pelo valor justo analisará a parte financeira, econômica, fiscal, jurídica e de gestão da sociedade-alvo. A partir das conclusões do estudo, serão identificadas contingências, passivos, litígios, problemas de ordem trabalhista e de *compliance*, além do potencial de geração de caixa da sociedade e seu EBITDA (*earnings*

²⁹ Cf. Conforme o Pronunciamento 46 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC), “2. O valor justo é uma mensuração baseada em mercado e não uma mensuração específica da entidade. Para alguns ativos e passivos, pode haver informações de mercado ou transações de mercado observáveis disponíveis e para outros pode não haver. Contudo, o objetivo da mensuração do valor justo em ambos os casos é o mesmo –estimar o preço pelo qual uma transação não forçada para vender o ativo ou para transferir o passivo ocorreria entre participantes do mercado na data de mensuração sob condições correntes de mercado (ou seja, um preço de saída na data de mensuração do ponto de vista de participante do mercado que detenha o ativo ou o passivo)”. (COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Pronunciamento Técnico CPC 46: Mensuração do Valor Justo*. Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IFRS 13 (IASB – BV 2012). Disponível em: <<http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=78>>. Acesso em: 27 out. 2020).

³⁰ Cf. Segundo pesquisa divulgada em abril de 2017 pelo SEBRAE, que entrevistou 6.617 pessoas titulares de pequenos negócios, enquadrados como MEI, Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP), concluiu-se que cerca de 52% das empresas enquadradas como MEI, ME ou EPP possuem base familiar. Definiu-se “empresa familiar” como aquela em que há parentes (pai, mãe, avô, avó, filho(a), sobrinho(a), neto(a), cunhado(a)) entre os sócios e/ou entre os empregados/colaboradores. A margem de erro percentual da pesquisa é de 2% e o intervalo de confiança de 95%, sendo o resultado final definido por meio de média geral ponderada, conforme a participação dessas empresas no universo amostral. (SEBRAE. *Empresas Familiares*. Abril, 2017. Disponível em: <[http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/\\$File/7599.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/$File/7599.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2020)

before interest, taxes, depreciation and amortization)³¹, indicadores relevantes para a consecução da operação.

Ressalta-se, ainda, que a *due diligence* não tem função apenas de encontrar o valor justo da participação societária objeto da negociação. A partir dela, também poderão ser negociadas cláusulas acessórias à principal, uma vez que os adquirentes podem não ter interesse em assumir inteiramente determinados tipos de ônus futuros e incertos derivados de contingências encontradas como, por exemplo: processos judiciais e administrativos de variadas espécies pendentes de julgamento; atos praticados pela sociedade que poderão gerar autuações dos órgãos fiscalizadores da Administração Pública; contratos com fornecedores ou clientes de idoneidade duvidosa que possam trazer prejuízo para a sociedade pelo seu inadimplemento ou por eventual responsabilização da sociedade em função do contrato, entre outros. Nesse sentido, os próprios vendedores poderão se responsabilizar em arcar com esses ônus, por determinado prazo.

Uma alternativa usualmente efetivada é o diferimento do pagamento de parte do preço total devido por um prazo que pode ser, por exemplo, o prescricional pelo inadimplemento de alguma obrigação. Assim, na hipótese de a sociedade ter de arcar com algum prejuízo de ordem tributária, trabalhista ou de qualquer outra, que impactará diretamente em seu patrimônio, o que reduz o valor da participação societária adquirida, essa diferença é descontada do preço originalmente pactuado e os adquirentes deixam de pagar a parte do preço que ficou retida. Caso contrário, passado o prazo combinado e não havendo contingências que se tornaram passivo, realizam o pagamento do valor remanescente ao vendedor, conforme o preço inicialmente ajustado.

Realizada a *due diligence*, a negociação avança para um momento no qual as partes já possuem a maioria das informações necessárias para ajustar aspectos específicos da operação ou para desistir dela, na hipótese de compreenderem que a efetivação do negócio não é viável por eventuais contingências ou passivos encontrados.

Decidindo as partes por manter as negociações, focarão no objeto principal e nas peculiaridades das cláusulas acessórias que podem ser das mais variadas espécies. Assim, a cada nova rodada de negociações, costuma-se elaborar um Memorando de Entendimentos

³¹ O EBITDA é um índice econômico-financeiro comumente utilizado para medir o potencial de geração de caixa decorrente da operação da sociedade. Ele retrata parcela do lucro bruto da sociedade antes de serem descontados os impostos sobre o lucro, pagamentos financeiros e a depreciação de ativos. Em que pese não ser considerado um índice contábil, é usualmente utilizado como base para aferir o preço das ações/cotas da sociedade. Assim, o preço de aquisição pode ser estabelecido com base em um múltiplo de EBITDA.

(*Memorandum of Understanding – MOU*³²) para indicar o que foi negociado em determinado momento e a qual consenso chegaram as partes.

Nesse cenário, um primeiro Memorando poderia expressar que: “*no dia 15 de abril de 2020 as partes definiram que será objeto do contrato a compra e venda de 100.000 (cem mil) ações ordinárias nominativas da Sociedade Anônima Fechada S/A, que serão avaliadas pela Investimentos LTDA, pelo método do fluxo de caixa descontado*”.

Após este momento de negociação, haverá outro, posterior, no qual, em um novo Memorando, as partes podem expressar que: “*no dia 20 de agosto de 2020 as partes definiram que, após a avaliação pelo método do fluxo de caixa descontado realizada pela Investimentos LTDA, o valor justo, nominal, de cada ação ordinária nominativa, sem valor nominal, objeto do contrato é de R\$ 50,00 (cinquenta reais)*”.

Por conseguinte, em outro momento futuro, as partes poderão chegar a um novo consenso e, em mais um Memorando, apontar que: “*no dia 30 de setembro de 2020 as partes acordaram que o valor total de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) relativo ao pagamento do total de 100.000 (cem mil) ações ordinárias nominativas, sem valor nominal, da Sociedade Anônima Fechada S/A poderá se dar: 50% (cinquenta por cento) por meio de depósito em pecúnia em conta corrente a ser posteriormente indicada e 50% (cinquenta por cento) por dação em pagamento que terá como o objeto o Imóvel de Matrícula 12.345, registrado no Cartório de Registro de Imóveis de Belo Horizonte – MG*”.

Nesses termos, a negociação progride até que sejam definidas todas as obrigações principais e acessórias que irão pautar a totalidade do negócio a ser firmado. As partes costumam ser ostensivamente assessoradas por advogados, contadores e administradores que as auxiliam na tomada de decisões sobre os aspectos jurídicos, fiscais, financeiros e econômicos.

Após o longo prazo de negociações e a elaboração de diversos Memorandos e outros tipos de comunicação entre as partes, é estruturada uma Minuta do Contrato Definitivo da operação que, quando pronta, deverá ser assinada por todos, no estágio da operação usualmente denominado de *Signing*. Essa minuta irá, de modo geral, refletir tudo que já foi negociado ao longo dos vários meses e materializado nos vários documentos produzidos.

A Minuta será exaustivamente revista pelos advogados e assessores das partes contratantes. Todavia, nessa fase das negociações, já houve a definição de praticamente todos

³² Muitas vezes, especialmente nos Estados Unidos, costuma-se utilizar apenas a denominação de “Carta de Intenções – *Letter of Intent*” ao invés de Memorando de Entendimentos. Portanto, ambas as denominações podem ser utilizadas como sinônimas, prevalecendo o seu conteúdo.

os aspectos relevantes, tanto do objeto principal, o preço e forma de pagamento, quanto de obrigações acessórias, sobre responsabilização de cada parte, garantias, sanções pela mora e inadimplemento, entre outras.

Além da Minuta do Contrato Definitivo, paralelamente, também pode ser elaborado, especialmente em operações mais complexas, o denominado *Acordo de Base* da operação. Conforme leciona Sérgio Botrel:

A formalização de operações de fusão, incorporação (de sociedades e de ações), cisão e a própria formação de *joint ventures* (em especial as personificadas) encontram nos acordos de base o documento que prevê as obrigações de fazer e não fazer a que estão vinculadas as partes para que se consuma o negócio objeto das negociações, instituindo-se uma verdadeira rede contratual.³³

A elaboração desse Acordo pode ser necessária, visto que, tratando-se de operação complexa, a efetivação total do negócio jurídico só se dará com o cumprimento de diversas obrigações de fazer ou não fazer pelas partes. Por exemplo, a transferência de titularidade de ações de companhia fechada necessita da assinatura do titular das ações no Livro de Transferência de Ações Nominativas. Na sociedade limitada empresária, é necessária a realização de alteração no contrato social e seu respectivo registro na Junta Comercial. Havendo direito de preferência de outros sócios na aquisição da participação societária, os vendedores deverão se obrigar a notificá-los para exercer o direito ou formalizar a renúncia. A sociedade também pode ter contratos relevantes com cláusula resolutiva caso haja transferência de controle. Nesse caso, os vendedores também poderão se obrigar a realizar tratativas com os terceiros sobre esses contratos, dentre várias outras situações.

Fixadas as obrigações acessórias das partes no Acordo de Base e/ou no Contrato Definitivo, passa-se à assinatura (*Signing*). Por conseguinte, inicia-se a fase denominada *Closing* ou *fechamento* da operação que “na terminologia das F&A o *fechamento* do negócio ocorre quando as disposições do contrato celebrado geram efeitos plenos”³⁴. Assim, o fechamento da operação se traduz na transferência de titularidade das ações ou cotas objeto do contrato, no pagamento do preço e na efetivação das obrigações acessórias pactuadas, necessárias para que o contrato produza plenamente seus efeitos entre as partes e perante terceiros.

Destaca-se que, a depender da operação, conforme mencionado acima, o fechamento poderá ser diferido no tempo, como consequência de obrigações que tiverem sido

³³ BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 283.

³⁴ BOTREL, Sérgio. *op. cit.* p. 298.

convencionadas com condições suspensivas, sendo bastante comum essa modalidade de fechamento, uma vez que, na prática, é difícil implementar todas as condições contratuais na data da assinatura do Contrato e que, na dinâmica empresarial, as partes buscam a efetivação de negócios com agilidade. Assim, podem preferir assinar o contrato definitivo e terem certeza de que o negócio foi formalizado, até mesmo para viabilizar a tomada de decisões econômicas sobre a sociedade, a aguardar a concretização de todas as condições, algumas com prazo incerto.

Sérgio Botrel³⁵ distingue o fechamento imediato e diferido e classifica-os da seguinte maneira:

Fechamento imediato

O fechamento imediato se faz presente quando as partes providenciam, previamente à assinatura, todos os atos necessários à conclusão do contrato. Na data da assinatura, as partes concomitantemente, pagam o preço e assinam os documentos de transferência de titularidade das participações societárias.

Essa modalidade de fechamento “costuma ser a preferida pelas companhias abertas quando existem condições para sua implementação, pois evita o inconveniente de ter de divulgar uma transação ainda não definitiva, ou de correr o risco de não a divulgar, com perigo de vazamento da informação. Um ponto normalmente considerado é que, uma vez divulgada publicamente a transação, outros interessados poderão abordar a empresa-alvo no período compreendido entre a assinatura do contrato e do fechamento do negócio”. Nos contratos com fechamento imediato, “as partes prosseguem em direção ao fechamento sem um contrato completo que as oriente. A base para a negociação pode ser um memorando de entendimentos contendo as bases gerais do negócio, ou apenas uma carta de confidencialidade, ou nada além de entendimentos verbais”.

(...)

Fechamento diferido

O fechamento diferido implica a celebração do contrato de compra e venda das ações/quotas sob condições suspensivas. O instrumento contratual contempla, nesses casos, uma seção reservada para a descrição dos atos que deverão ser praticados para que o contrato surta efeitos. A liberdade para convencionar condições de fechamento é ampla, devendo-se observar, no entanto, os preceitos dos arts. 122 e 123 do Código Civil.

O fechamento diferido é comum nas operações societárias compostas, e também naquelas operações em que é extensa a lista de atos a serem praticados pelas partes para que o negócio jurídico se concretize.

Na perspectiva do fechamento imediato, o contrato definitivo ainda poderá estar incompleto³⁶, o que exigirá das partes a manutenção das negociações sobre questões acessórias

³⁵ BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 298-299.

³⁶ Cf. A incompletude do contrato deve ser aqui compreendida no sentido de que cada tipo contratual, pelas práticas de mercado, usos e costumes, costuma possuir cláusulas que necessariamente são negociadas pelas partes e que obrigatoriamente constarão no contrato definitivo, como aquelas a respeito dos elementos essenciais da operação: preço, objeto e forma de pagamento. Todavia, quando da opção pelo fechamento diferido, poderá haver óbice à própria negociação dessas cláusulas a depender de sua subordinação às diversas condições futuras e incertas, permanecendo o contrato “incompleto” em suas disposições básicas, essenciais à sua total eficácia.

mesmo após a assinatura do contrato definitivo. Ressalta-se que a modificação de alguma condição acessória pós-fechamento poderá fazer, inclusive, com que as partes tenham que renegociar o objeto principal do contrato. De toda forma, efetuadas pelas partes as prestações principais concomitantemente com eventuais condições acessórias, estará finalizada a operação, com a produção de todos os efeitos pretendidos.

Por sua vez, sob a ótica do fechamento diferido, a assinatura do contrato definitivo representa a formalização da operação que só alcançará seu termo final quando concretizadas todas as condições suspensivas da produção de eficácia de determinadas disposições. Além dos atos mencionados anteriormente, é usual que se enquadrem como condições suspensivas para o fechamento do negócio: a transformação da sociedade-alvo para outro tipo societário; a segregação de ativos alheios ao negócio, por meio de cisão, venda, redução de capital ou pagamento de dividendos; a obtenção de aprovação prévia por órgãos reguladores; a aquisição prévia da participação de determinados sócios; o encerramento de litígios; e a anuência prévia de credores e financiadores³⁷.

Nesse contexto, alcançado o fim da operação, mediante fechamento imediato ou diferido, o objeto principal e algumas condições acessórias terão sido adimplidas e o negócio jurídico estará aperfeiçoado.

Importante, todavia, fazer uma observação sobre os contratos incompletos. Pela ótica da análise econômica do direito, há elevados custos de transação em elaborar um contrato “completo”. Na realidade, pode-se afirmar que é impossível que as partes de uma relação contratual pactuem cláusulas prevendo os mais diversos intemperes que possam influenciar naquela relação, seja pelo tempo ou por outros recursos que seriam dispendidos de modo ineficiente. Isso, pois, aquela atividade contratual poderá simplesmente fluir como planejado, sem quaisquer problemas até o seu termo final. Nesse caso, as partes teriam dispendido recursos e esforços para pactuar e prever situações que nunca ocorreriam, o que não lhes geraria ganhos, mas efetivas perdas econômicas. Nesse sentido, há de se considerar que todos os contratos possuem maior ou menor grau de incompletude. Como leciona Paula Greco Bandeira: “os contraentes racionalmente optam por não regulamentar *ex ante* todas as contingências (isto é, riscos), com o escopo de reduzir custos de transação, embora, normalmente, indiquem o procedimento a ser adotado na hipótese de ocorrer determinada superveniência *ex post*, permitindo, assim, extrair do contrato a máxima eficiência. Tal se verifica sobretudo em projetos de investimentos complexos, que impossibilitam aos contratantes definir antecipadamente todos os elementos da relação jurídica, seja pela racionalidade limitada das partes em prever todas as contingências que possam afetar o contrato, seja pelo elevado custo de transação incorrido na elaboração de contrato completo”. (BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 38)

³⁷ BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 299.

3 A FORMAÇÃO PROGRESSIVA DO CONTRATO

Após a análise inicial do processo contratual da operação de compra e venda secundária de participação societária, é possível passar a um estudo minucioso das relações jurídicas que são estabelecidas em seu decorrer, podendo ele ser dividido em algumas fases.

A primeira fase é curta e apresenta-se como a mais incipiente das negociações, quando as partes obtêm um primeiro contato e manifestam à outra interesse em iniciar as negociações. Dentro da primeira fase, é elaborada a Carta de Intenções, seja por meio digital ou físico.

A formalização da Carta faz com que haja uma transposição de fase, posto que ela se apresenta como uma formalização da relação, o que confere às partes segurança de que estarão inseridas em negociações sérias. Assim, mostra-se como um marco que interfere diretamente na relação jurídica estabelecida, pois faz com que surja o contato social qualificado, uma vez que passa a induzir na outra parte maior confiança na relação. Dentro da segunda fase, é onde ocorre a maioria das negociações com a elaboração dos respectivos Memorandos de Entendimento e realização da *due diligence*, se for o caso.

Destaca-se que a própria realização da *due diligence*, quando ocorre, representa importante ato jurídico³⁸. Como comentado, é procedimento de alto custo e que representa grande incursão da parte compradora em questões sensíveis do vendedor. Nesse sentido, certo é que não deveria ser feita se não houvesse real intenção de adquirir a participação societária.

Portanto, quando é concluída, a manifestação da parte em continuar no processo de negociação ou de abandoná-lo é bastante relevante. Se após tomar conhecimento de todas as

³⁸ Cf. Considera-se aqui a realização da *due diligence* como um ato jurídico *lato sensu* a partir da conceituação de ato jurídico de Marcos Bernardes de Mello: “denomina-se ato jurídico o fato jurídico cujo suporte fático prevê como seu *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível. A partir desse conceito, temos que constituem elementos essenciais à caracterização do ato jurídico: (i) *um ato humano volitivo*, isto é, uma conduta que represente uma exteriorização de vontade, mediante simples manifestação ou declaração, conforme a espécie, que constitua uma conduta juridicamente relevante e, por isso, prevista como suporte fático de norma jurídica; (ii) que haja consciência dessa exteriorização de vontade, quer dizer, que a pessoa que manifesta ou declara a vontade o faça com o *intuito de realizar aquela conduta juridicamente relevante*; (iii) que esse ato se dirija à obtenção de um resultado que seja protegido ou, pelo menos, não proibido (= permitido), pelo direito, e possível.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 208). A realização da *due diligence* parece se enquadrar nas três características descritas pelo autor: é um procedimento efetivado pela vontade humana, no caso, pela vontade social, apresentada por seus administradores; dirigido a obter um resultado, qual seja, a organização e sistematização de informações sobre a sociedade-alvo, objeto da operação; e esse resultado é protegido pelo direito em diversas perspectivas, como a da proibição de divulgar as informações e de agir com boa-fé objetiva na condução do processo contratual, que terá o contato social qualificado mais estreito, a partir da realização da *due diligence*.

peculiaridades da sociedade-alvo a parte decide por continuar a negociar, significa que a negociação passou de um estágio embrionário, no qual não havia informação suficiente para a tomada de decisão sobre a consecução do negócio e pode-se considerar que passa a estar em estado avançado.

Naturalmente, ainda não há contrato e, neste momento, a desistência de permanecer no processo negocial ainda poderá fazer incidir a responsabilidade extracontratual. Na visão do vendedor, o ato também pode ser visto do mesmo modo, pois, se permitiu que o comprador tivesse acesso a diversas informações, a dados profundos e sensíveis da sociedade-alvo, também há claro interesse na continuação das negociações. Lado outro, se não houvesse confiança na relação por parte do vendedor, não aceitaria fazer com que o procedimento de *due diligence* tivesse iniciado.

Dentro desse contexto e perspectiva, a segunda fase do processo de formação do contrato se desenvolve de maneira ligeiramente diversa quando há e quando não há a realização de um procedimento de *due diligence*. A sua relevância está, como apontado, no ato de transmissão de confiança e do incremento do contato social qualificado na segunda fase do processo. Seja ela completa, seja apenas para avaliar alguns dos aspectos legais, fiscais, financeiros ou econômicos da sociedade, se traduz naquilo que o comprador entende pertinente para tomar sua decisão de manter ou não as negociações. É um procedimento no qual o comprador adquire informações que considera fundamentais tanto para sua decisão de concluir o negócio, quanto para a própria precificação da operação. Nesse sentido, havendo a *due diligence* e a respectiva sinalização das partes em continuar ou não as tratativas, identifica-se mais facilmente quando as negociações entram em estágio avançado, passando-se a uma terceira fase.

Não obstante, em algumas operações de compra e venda de participação societária não há realização de *due diligence*. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando o comprador considera que as demonstrações e documentos que lhe foram apresentados são confiáveis, seja porque foram auditados por auditor independente ou pelo simples fato de confiar na administração da sociedade. Em outras hipóteses, as partes podem não ter tempo suficiente para a realização do procedimento, não querer despender recursos financeiros no procedimento de alto custo ou entender que o benefício da aquisição da participação societária sem uma análise profunda é superior ao risco.

Nesses casos, muitos contratos de compra e venda de participação societária resguardam-se apenas em cláusulas de “Declarações e Garantias”, no inglês, denominadas de

“*Representations and Warranties*”^{39,40}. Nessas cláusulas, comuns em contratos de *M&A*, as partes realizam diversas declarações sobre inúmeros aspectos da sociedade-alvo e até mesmo pessoais, que irão servir de base para a geração de confiança na outra parte de que aquele negócio não será prejudicado por fatos não verificados e, assim, desconhecidos no processo de formação do contrato. Essas declarações, se posteriormente verificadas como falsas, atraem a responsabilidade civil contratual para a parte que as prestou tanto pela violação de eventual obrigação, quanto pela boa-fé objetiva contratual.

Diante desse contexto, durante a segunda fase do processo, antes e depois da realização da *due diligence*, reuniões, conversas e ajustes são realizados, dando origem aos vários Memorandos de Entendimentos, descritos no capítulo anterior, que, gradualmente, representam a formação da totalidade do contrato. Por conseguinte, as negociações se desenvolvem até um ponto no qual as partes já estarão certas e alinhadas sobre os “requisitos essenciais” do contrato, como o objeto, preço e forma de pagamento, além de outras questões acessórias.

Sobre esse ponto, podem se destacar alguns questionamentos: se já estão definidos os requisitos essenciais do contrato de compra e venda de participação societária, pendente apenas a discussão de cláusulas acessórias e a formalização de um contrato definitivo, deve-se considerar que ainda não há contrato? É viável que nessa fase do processo contratual uma parte desista imotivadamente de concluí-lo sendo responsabilizada apenas pelas perdas e danos fundamentados na responsabilidade extracontratual?

³⁹ Cf. “*In this section of the agreement, the seller makes detailed statements about the legal and financial condition of the target, the property to be conveyed, and the ability of the seller to consummate the transaction. The representations and warranties reflect the situation as of the date of the signing of the agreement and, together with the exhibits or schedules, are intended to disclose all material legal, and many material financial, aspects of the business to the buyer. The seller also gives assurances that the transaction itself will not have adverse effects upon the property to be conveyed. Some of the representation and warranties are not related to the legal condition of the target but serve to provide the buyer with information.*” (LAJOUX. Alexandra Reed. *The Art of M&A*. 5. ed. New York: McGraw-Hill Education, 2019. p. 574)

⁴⁰ Cf. “A função das declarações e garantias é de especial importância no *Common Law*. Nesses sistemas, o foco recai primordialmente sobre a responsabilidade com comprador em examinar o objeto (*caveat emptor*), mesmo que a lógica tenha sofrido algumas mitigações. A tendência é as partes preverem no contrato, na maior medida possível, o regramento de seus interesses, já que, diferentemente do *Civil Law*, há um aparato normativo mais reduzido. (...) As declarações e garantias têm importante papel na busca de uma disciplina mais detalhada das regras contratuais. Com isso, também acaba sendo reduzida a assimetria de informações entre o comprador e o vendedor sobre o objeto do negócio. Nos sistemas de *Civil Law*, as partes têm o dever de revelar circunstâncias que possam ser relevantes para a contraparte avaliar seu interesse na contratação e os riscos envolvidos, mesmo se no contrato não forem insertas as declarações e garantias. (...) Pode-se vislumbrar, portanto, três funções para tais cláusulas: (i) informativa – em relação às características do objeto do negócio; (ii) protetora – relativamente às informações descritas e quanto a eventuais contingências já existentes no momento da contratação, mas descobertas posteriormente; e (iii) responsabilizadora – explicitando o campo de responsabilidade de cada uma das partes. As declarações e garantias, quando transplantadas para o sistema de *Civil Law*, servem como reforço ao dever de informar na fase pré-negocial. (BENETTI, Giovana. *Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 141-143)

Para instigar a discussão, quando se pensa em uma relação de apenas duas partes, pode ocorrer a impressão de ser mais “injusto” impedir que uma desista do processo contratual, caso queira, uma vez que ainda não foi assinado qualquer contrato definitivo. Todavia, as operações de compra e venda de participação societária são complexas e, em vários casos, não há apenas duas partes envolvidas na relação, mas três, quatro, cinco partes. Nesse sentido, ao mudar ligeiramente a quantidade de partes envolvidas nos polos da relação, a percepção de “injustiça” parece se reduzir quando apenas uma delas decide por romper a formalização do contrato quando as negociações estão em estado avançado.

Em muitos contratos de compra e venda de participação societária, o pacto só é interessante ao comprador caso vários sócios decidam por lhe vender a totalidade de suas participações societárias como, por exemplo, numa aquisição de controle de sociedade familiar. Assim, a desistência de uma das pessoas envolvidas pode frustrar a totalidade do negócio.

O intuito desta reflexão não é sugerir que as pessoas devem ser compelidas a contratar a qualquer custo, mas demonstrar que a problemática é ampla e que a aplicação tradicional dos requisitos de validade do negócio jurídico e do contrato não é suficiente para tutelar de modo adequado a situação da formação progressiva do contrato.

É difícil delimitar a incidência de uma vinculação “extracontratual”⁴¹ e contratual, ainda mais quando são produzidos diversos documentos para promoção de alguma segurança jurídica entre as partes envolvidas.

Conforme expõem Eduardo Damião Gonçalves e Rafael Bittencourt Silva⁴²:

(...) no campo prático, a distinção entre meras negociações preliminares e a formação do vínculo pré-contratual é desafiadora. Não fosse suficiente, ela é agravada, ainda, pela complexidade dos negócios tabulados no âmbito empresarial. De fato, nesta seara, os *MOUs*, *LOIs* ou *term-sheets* podem meramente estabilizar intenções, definir diferentes graus de vinculatividade (*binding* ou *non-binding*), especificar quais obrigações vinculam as partes, ou mesmo combinar essa especificação a um conjunto de condições suspensivas da obrigação de se firmar um contrato definitivo, ou excluindo essa última hipótese por completo.

Paula A. Forgioni⁴³, ao discorrer sobre o tema, aponta que, em negociações complexas:

⁴¹ O termo “vinculação extracontratual” aqui se refere à incidência da boa-fé objetiva nas negociações, que impõe deveres de lealdade, honestidade e de prestar as devidas informações à outra parte, antes de estabelecido o vínculo contratual.

⁴² GONÇALVES, Eduardo Damião; SILVA, Rafael Bittencourt. Os pré-contratos empresariais e sua visão pelos tribunais brasileiros. In: NASCIBENI, Asdrubal Franco; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (Coord.). *Contratos Empresariais Interpretados pelos Tribunais*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 222.

⁴³ FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 2. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 77.

(...) pretende-se que as partes escrevam os pontos os quais acordaram e sigam adiante, deixando aquelas questões para trás. Ao revestir os acordos pontuais de formalidade, assinando vários papéis, de alguma forma, as empresas percebem-se mais comprometidas com o processo negocial.

A autora também aponta dois principais problemas da assinatura desses documentos, quais sejam: (i) a possibilidade de execução específica e (ii) o eventual dever de indenizar caso o contrato principal não seja celebrado. Nesse contexto, afirma que “no sistema brasileiro, a possibilidade de execução específica dessas ‘obrigações’ assumidas na fase pré-contratual é reduzida, pois, no mais das vezes, a parte recalcitrante não acabará coagida a celebrar o contrato definitivo”.

José A. Engrácia Antunes⁴⁴ também problematiza a questão. Assim, explica:

Uma vez mais, todavia, pisamos um terreno fértil em variantes e tonalidades, onde se pode tornar particularmente tênue a linha de fronteira que separa este tipo de acordos não contratuais, pertencentes à fase de negociação, e os acordos contratuais preparatórios, que já se inserem no âmbito de uma verdadeira pré-celebração contratual. Se há casos em que nos encontraremos inequivocamente diante de acordos do primeiro tipo – nomeadamente, quando as partes hajam cuidado de afastar expressamente qualquer obrigação de celebração do contrato principal (v.g., mediante a aposição de uma cláusula “subject to contract”) – ou, inversamente, diante de acordos do segundo tipo – por exemplo, quando o acordo cristaliza já um consenso sobre todos os “essentialia negotii” do contrato mercantil definitivo, ficando a celebração deste último na dependência de determinadas condições, termos ou manifestações de vontade unilateral (v.g., contratos condicionais, contratos de opção) –, a “praxis” contratual conhece toda uma gama de situações intermediárias cujo enquadramento tipológico apenas pode ser decidido, em definitivo, em sede de interpretação do próprio acordo em concreto e do apuramento da vontade das partes.

Nessa perspectiva, Judith Martins-Costa⁴⁵ aborda a temática ao discorrer sobre a incidência da boa-fé na fase pré-contratual:

Aí se põe a questão de saber se a mera troca de acordos parciais, de minutas, dos consentimentos ainda não definitivos, de propostas ainda não aceitas, de pactos de preferência, de cartas de intenção, de *pourparlers* etc., é suficiente, ou não, para formar um vínculo jurídico-obrigacional entre os agentes, cabendo discernir até que ponto esses atos são dotados de eficácia negocial típica ou, diferentemente, se fazem nascer mera eficácia de vinculação a deveres de proteção, ou, ainda, se estão destituídos de qualquer eficácia obrigacional em sentido lato.

Fato é que há um momento das tratativas no qual as partes já sabem, alinharam e ajustaram os requisitos essenciais do contrato. Todavia, ainda não há um instrumento contratual completamente redigido e assinado. Há diversos documentos trocados, Carta de Intenções,

⁴⁴ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. 5. reimp. ed. out. 2009. Coimbra: Almedina, 2017. p. 100.

⁴⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 424.

Memorando de Entendimentos, *E-mails*, mensagens em aplicativos como o *WhatsApp*, que demonstram que há negociações em estado avançado, mas a insegurança jurídica permeia a situação. Afinal, tradicionalmente, o contrato só se aperfeiçoa mediante a declaração de vontade das partes de contratar, por meio da efetivação da oferta e aceitação, conforme descrito nos arts. 427⁴⁶ e seguintes do Código Civil. Por sua vez, a ideia de negócio jurídico, presente no ordenamento brasileiro, vincula-se à declaração de vontade emitida por um agente capaz, com objeto lícito, possível, determinado ou determinável, além da forma não defesa em lei, ao teor do art. 104⁴⁷, também do Código Civil.

Faz-se necessário, dessa forma, o estudo da dogmática tradicional da formação do negócio jurídico e do contrato para verificar a razão dela não poder ser diretamente aplicada ao objeto desta pesquisa. Ainda, é necessária a abordagem de uma perspectiva mais contemporânea do contrato com o intuito de buscar uma solução compatível e apropriada aos problemas apresentados.

⁴⁶ Cf. “Seção II – Da Formação dos Contratos

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

Art. 428. *Deixa de ser obrigatória a proposta:*

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

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

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

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

Art. 429. *A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.*

Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.

Art. 430. *Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.*

Art. 431. *A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta.*

Art. 432. *Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa.*

Art. 433. *Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.*

Art. 434. *Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:*

I - no caso do artigo antecedente;

II - se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;

III - se ela não chegar no prazo convencionado.

Art. 435. *Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.”*

⁴⁷ “Art. 104. *A validade do negócio jurídico requer:*

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.” (BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil)

3.1 Contrato, Negócio Jurídico e Vontade: a abordagem clássica

A concepção de contrato no início do século XX formou-se a partir da construção voluntarista do negócio jurídico. Permeado pelo individualismo liberal burguês, o contrato representava uma manifestação da própria personalidade do sujeito de direito. O Código Civil brasileiro de 1916 dispunha em seu art. 81⁴⁸ e seguintes o instituto do contrato como um “ato jurídico”, espécie de fato jurídico na qual a vontade compõe o suporte fático da norma jurídica⁴⁹. Como leciona Antônio Junqueira de Azevedo⁵⁰, as definições voluntaristas são indubitavelmente dominantes na doutrina brasileira. Nesse contexto, o contrato apenas se forma mediante a clara conjugação de vontade das partes.

Segundo Orlando Gomes⁵¹, “para valer”, o contrato requer pressupostos e requisitos, respectivamente, seus elementos extrínsecos e intrínsecos. Sendo assim, são pressupostos do contrato: (i) a capacidade das partes; (ii) idoneidade do objeto e (iii) a legitimação para realizá-lo. Esses pressupostos devem estar presentes quando o contrato se realiza ou alcança vigor e, por essa razão, são extrínsecos, embora haja posterior integração na relação contratual. Todavia, ainda conforme o autor, a lei também exige condições adicionais para o contrato cumprir sua função econômico-social típica, consideradas elementos intrínsecos, requisitos indispensáveis à validade do contrato: (i) o consentimento; (ii) a causa; (iii) o objeto e (iv) a forma.

Quanto ao consentimento, Orlando Gomes leciona que a palavra é empregada em duas acepções, ora como acordo de vontades, para exprimir a formação bilateral do negócio jurídico contratual, ora como sinônimo da declaração de vontade de cada parte no contrato. Assim, expõe que é requisito típico na formação de negócios jurídicos bilaterais e, no contrato, há uma singularidade, pois as vontades que o formam correspondem a interesses contrapostos.

Desse modo, o consentimento significa na acepção lata a integração de vontades distintas, que corresponde à vontade de cada parte, na acepção restrita. É indispensável, pois, que por meio da *comunicação*, cada parte leve ao conhecimento da outra a sua vontade. Sendo assim, a comunicação é condição necessária à formação do consentimento, pertencendo a

⁴⁸ “Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico.” (BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Lei Federal nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil)

⁴⁹ TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 35.

⁵⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. Ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 4.

⁵¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 42.

proposta e aceitação à categoria das “declarações receptícias” ou “recipiendas” de vontade. Nessa concepção, explica: “a vontade de cada interessado na conclusão de um contrato há de ser manifestada com o propósito real de realizá-lo. A que se declara por gracejo – *ludendi gratia* – não possui valor jurídico”⁵².

Para Caio Mário da Silva Pereira⁵³, o contrato comporta requisitos de validade subjetivos, objetivos e formais. Dentre os requisitos subjetivos, está a capacidade das partes que pode ser compreendida como a aptidão para consentir, uma vez que o contrato nasce do acordo de vontades. Na linguagem comum, emprega-se o consentimento como manifestação de vontade, sendo corrente a referência ao consentimento de cada um dos contratantes. Dessarte, o consentimento deve abranger três aspectos:

- (A) Acordo sobre a existência e natureza do contrato; se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, contrato não há.
- (B) Acordo sobre o objeto do contrato; se as partes divergem a seu respeito, não pode haver contrato válido, (...).
- (C) Acordo sobre as cláusulas que o compõem; se a divergência campeia em ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato.

Isto posto, o consentimento como pressuposto material do contrato exige a emissão da vontade de duas ou mais pessoas. Para o autor, “sendo o contrato um negócio jurídico bilateral, requer o acordo de vontade das partes, ou o consentimento, que não é apenas requisito de validade, mas assume condições de pressuposto existencial do próprio negócio”⁵⁴. Aponta que o problema da formação do contrato que sofre controvérsia entre os autores deve ser resolvido com a fixação do momento em que se dá a conjugação ou acordo de vontades.

Quanto aos requisitos objetivos, Caio Mário indica a possibilidade do objeto, sua licitude (“liceidade”), determinação e economicidade⁵⁵. Em relação à forma, leciona que, ao contrário do Direito Romano, no qual prevalecia a sacramentalidade ritual, o direito moderno despreza o rigor da forma e atribui à declaração de vontade o poder de gerar efeitos diretamente e de estabelecer um “ligame jurídico” entre os sujeitos. Portanto, os contratantes se expressam oralmente e, assim, vinculam-se a diversos atos negociais. Por exceção, a lei exige para a

⁵² GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 45.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. Atual. Caitlin Mulholland. v. III. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 29.

⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.* p. 33.

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.* p. 30.

eficácia de alguns contratos a observância de determinada forma, sendo a forma, nesses casos, essencial à eficácia do negócio jurídico e para dá-lhe existência⁵⁶.

Washington de Barros Monteiro⁵⁷ também adota a concepção voluntarista de contrato. Ele o define como “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir o direito”. O autor indica como requisitos de validade do contrato o agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, além da forma prescrita ou não defesa em lei.

Consoante leciona, o consentimento recíproco, o acordo de vontades, é requisito essencial aos contratos, pois a vontade é o agente primordial na formação do vínculo jurídico. A manifestação expressa de vontade deve constar de algum escrito, da palavra oral ou mesmo de simples gesto e há de ser peremptória, inequívoca, evidente e certa, pois o consentimento não se presume. O consentimento também pode ser inferido de modo tácito e por atos positivos e indubitados que não seriam praticados sem o ânimo de aceitar a situação criada pelo contrato⁵⁸.

Esses autores tiveram influência da dogmática jusnaturalista liberal do contrato que deriva da “autonomia da vontade”. Naturalmente, suas obras vão além da ideia que permeou o século XIX do contrato eminentemente privado, sem diálogo com direitos sociais e de ordem pública. Assim, já o inseriam dentro de uma ordem constitucional e social que desembocaria no modelo solidarista de contrato materializado pelo Código Civil de 2002, em seu texto original.

Ao longo do século XX, em função das crises do liberalismo, como o *crash* da bolsa americana em 1929 e da ascensão do paradigma do estado social, o contrato foi regrado por esse contexto que passou a interpretá-lo como um instrumento privado, mas que deve cumprir uma “função social”. Nesse sentido, limitou-se o campo da autonomia das partes em estabelecer as obrigações contratuais como bem entendessem, uma vez que essas obrigações possuíam estreita interseção com toda ordem social, podendo algumas serem consideradas até mesmo nulas ou anuláveis nas hipóteses em que não fossem construídas dentro do paradigma constitucional.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. Atual. Caitlin Mulholland. v. III. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 32.

⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações – 2ª parte*. Atual. Carlos Alberto Dabus Maluf; Regina Beatriz Tavares da Silva. v. 5. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 19.

⁵⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *op. cit.* p. 36.

Independentemente das críticas⁵⁹⁻⁶⁰ que a doutrina traça à denominada função social do contrato, o importante para esta análise é que, mesmo com a modificação do paradigma contratual, a compreensão de sua formação, como apresentada acima, continuou relacionada estritamente à vontade das partes, ao subjetivismo individual. Assim, por mais que tenha ocorrido desenvolvimento na compreensão da vontade, mediante as teorias voluntaristas e teorias de declaração, no qual a vontade declarada prevalece sobre a vontade subjetiva, o aspecto da formação do contrato, vinculado ao negócio jurídico voluntarista, não parece ser suficiente a tutelar a realidade das relações.

Clássico exemplo recorrentemente mencionado diz respeito ao contrato celebrado com o incapaz, que existe, gera efeitos, mas é inválido, por não cumprir com o requisito da capacidade das partes. Ausente a capacidade das partes, não há consentimento válido na pactuação. Não obstante, houve e efetivação do tráfego negocial, de um fato jurídico que deu efeitos a uma operação econômica, geralmente consolidada com o tempo.

Juliana Pedreira da Silva⁶¹, ao discorrer sobre esse contexto, exemplifica uma situação na qual um menor compra um refrigerante em máquina automática:

Imagine-se, por outro lado, no direito comum, o menor que compra um refrigerante em uma máquina automática. Não existe negócio jurídico válido firmado entre ele e o fabricante do refrigerante, pois não há agente capaz. Contudo, embora não haja negócio a ser tutelado, há atividade econômica a ser tutelada; assim, porquanto a

⁵⁹ Cf. “O modo de aplicação do princípio tem causado inseguranças na celebração dos contratos e, via de consequência, no funcionamento do mercado, causando externalidades negativas e aumentando os custos de transações contratuais. (...) Diante das decisões brasileiras, não há quem não hesite em contratar, já que em qualquer modificação das partes ou do mercado, o juiz pode considerar a presença de um desequilíbrio contratual e interferir no contrato com base na “função social” ou na “justiça corretiva”. Com efeito, o campo dos contratos não é lugar de corrigir desigualdades sociais e fazer justiça social. O Direito dos Contratos deve conferir segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos, o que corresponde a um importante papel institucional e social. (...) Por essa razão, em diversas hipóteses, a aplicação da função social pode desvirtuar inúmeros negócios jurídicos por atuar e interferir diretamente no âmbito da livre manifestação de vontade das partes contratantes, quando da realização de um contrato, impondo obrigações que nunca chegaram a ser pactuadas e que as partes nunca concordaram em assumir o risco.” (GONÇALVES, Thatiane Rabelo. *A Vigência e a Esdrúxula Aplicação da Função Social do Contrato nos 15 Anos do Código Civil*. *Revista de Direito Privado*. v. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 35-49)

⁶⁰ Cf. “Fazer, porém, incidir a função social do contrato no terreno da promoção da igualdade das partes leva o problema para um dilema ou até mesmo para uma contradição insuperável. Função quer dizer papel que alguém ou algo deve desempenhar em determinadas circunstâncias. Falar em função, portanto, corresponde a definir um objetivo a ser alcançado. Por exemplo: à jurisdição cabe a função de compor conflitos, ao legislativo, a de editar normas jurídicas, à administração, a de gerir a coisa pública etc. Dessa maneira, afirmar que o contrato tem a função de promover a igualdade dos contratantes equivale a dizer que esse tipo de negócio tem como objetivo fazer com que as partes “sejam iguais”. Ora, o contrato jamais terá semelhante objetivo porque não se trata de instrumento de assistência ou de amparo a hipossuficientes ou desvalidos. O único e essencial objetivo do contrato é o de promover a circulação da riqueza, de modo que pressupõe sempre partes diferentes com interesses diversos e opostos. Para harmonizar interesses conflitantes, o contrato se dispõe a ser útil na definição de como aproximá-los e dar-lhes uma saída negocial.” (JUNIOR, Humberto Theodoro. *O Contrato e sua Função Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 46)

⁶¹ SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 10-11.

atividade prescinde dos elementos do negócio jurídico, desde que socialmente reconhecida poderá ser merecedora de tutela.

Para trazer o problema à contemporaneidade, discute-se hoje até mesmo a formação dos contratos realizados por meio de sistemas de inteligência artificial⁶². Nesse sentido, desde simples contratos de compra e venda de produtos em sites de *e-commerce* a contratos realizados em bolsa de valores para a compra e venda de valores mobiliários, podem ser totalmente efetivados por robôs. Seria possível, nesses casos, conceber que houve a realização de um negócio jurídico e contrato em suas acepções tradicionais? Quando um robô decide, mediante estatísticas e probabilidades aos quais foi instruído a seguir ou até mesmo que aprendeu “sozinho” por técnicas de *machine learning*⁶³, pode-se considerar que há em cada ato de formação contratual a manifestação de vontade e exato consentimento da pessoa que utiliza esse robô? Esta pesquisa não se aprofundará nesses questionamentos, todavia, servem para demonstrar que há insuficiência na teoria do negócio jurídico como fundamento do contrato.

Com vista a complementar a discussão, na doutrina dos Estados Unidos sobre contratos, na qual há relevantes diferenças do ordenamento jurídico brasileiro, é possível constatar também problemas relacionados à insuficiência da tradicional interpretação do contrato como mero resultado da vontade das partes, manifestada pela oferta e aceitação. Nas palavras de Edward Allan Farnsworth:

A análise tradicional, em termos da oferta seguida pela aceitação, talvez descreva adequadamente o processo contratual em transações simples, as quais, por exemplo, uma parte apresenta um formulário impresso para a outra assinar ou ambas trocam cartas ou fac-símiles. Mas é difícil aceitar esse modelo como representativo de negociações complexas típicas de transações vultuosas – de “acordos” para fornecimento de energia de longo prazo, para o desenvolvimento de um *shopping center*, para a aquisição amigável de uma corporação, ou da assinatura da primeira etapa de um projeto. A maioria dos compromissos contratuais são tipicamente realizados em um longo documento, ou em uma série de documentos, assinados pelas

⁶² Cf. A conceituação do que é Inteligência Artificial é controvertida e complexa. Um dos problemas iniciais em que se depara a conceituação diz respeito à sua comparação com a inteligência humana, que é inadequada. Conforme coloca Matthew U. Scherer o conceito de inteligência artificial pode ser utilizado para designar uma máquina capaz de desenvolver determinadas atividades as usualmente se falaria que foi necessária inteligência humana – “*artificial intelligence*’ refers to machines that are capable of performing tasks that, if performed by a human, would be said to require intelligence”. (SCHERER, Matthew U. *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*. *Harvard Journal of Law & Technology*. Volume 29, Number 2 Spring 2016. p. 362)

⁶³ Cf. “*Machine Learning* é uma tecnologia onde os computadores têm a capacidade de aprender de acordo com as respostas esperadas por meio associações de diferentes dados, os quais podem ser imagens, números e tudo que essa tecnologia possa identificar. *Machine Learning* é o termo em inglês para a tecnologia conhecida no Brasil como aprendizado de máquina.” (IBM. *Introdução ao Aprendizado de Máquina*. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/analytics/machine-learning?p1=Search&p4=43700052630834825&p5=b&gclid=Cj0KCCQjwnueFBhChARIsAPu3YkTTob1fqhzZOIystU-KWxqNTQtcA7TxUdCrXvZa1-vnTHZLO3S-HAEaAg4IEALw_wcB&glsr=aw.ds>. Acesso em: 04 jun. 2021)

partes, em várias vias, e trocados mais ou menos simultaneamente ao fechamento. Os termos são alcançados por negociações, usualmente cara a cara, durante um considerável período de tempo e geralmente envolvem dirigentes da corporação, banqueiros, engenheiros, contadores, advogados e outros. As negociações estão longe da simples barganha prevista pelas regras clássicas da oferta e aceitação que invoca a imagem de uma barganha de objeto único, antagônica, de soma zero, oposta à negociação de múltiplos objetos, para resolução de problemas e maximização dos ganhos. Durante as negociações desses contratos, usualmente, não há oferta e contraoferta para cada parte aceitar, mas um processo gradual no qual acordos são alcançados em algumas etapas, a partir de uma sucessão de propostas.⁶⁴

Diante da constatação da insuficiência das teorias clássicas, ligadas à vontade, oferta e aceitação, Juliana Pedreira da Silva apresenta e discute a noção de contrato como *atividade*. Assim, expõe que a atividade “caracteriza-se pelo conjunto coordenado de atos cuja titularidade se atribui a uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas”⁶⁵. Com essa concepção, busca introduzir a ideia da desvinculação do contrato ao negócio jurídico. Por essa leitura, o entendimento do contrato como atividade, resultado de uma prática de atos coordenados voltados para um objetivo, por si só, serviria de suporte fático para aplicação de uma tutela jurídica específica. Desse modo, independentemente de haver ou não negócio jurídico consubstanciado em seus requisitos e pressupostos, poderia haver contrato.

É possível relacionar essa concepção de Juliana Pedreira da Silva à conhecida ideia de Enzo Roppo⁶⁶ do contrato como veste jurídico-formal de operações econômicas. Essas teorias serão aprofundadas e discutidas no próximo tópico, uma vez que são base fundamental ao entendimento da formação progressiva do contrato.

⁶⁴ Cf. “*Traditional analysis, in terms of an offer followed by an acceptance, may adequately describe the agreement process in simple transactions in which, for example, one party presents a printed form for the other to sign of both exchange letters of facsimiles. But it is difficult to accept this model as representative of the complex negotiations typical of substantial transactions – of “deals” for the long-term supply of energy, for the development of a shopping center, for the friendly takeover of a corporation, or the signing of a first-round draft choice. Major contractual commitments are typically set out in a lengthy document, or in a set of documents, signed by the parties in multiple copies and exchanged more or less simultaneously at a closing. The terms are reached by negotiations, usually face-to-face over a considerable period of time and often involving corporate officers, bankers, engineers, accountants, lawyers, and others. The negotiations are far cry from the simple bargaining envisioned by the classic rules of offer and acceptance, which evoke an image of single-issue, adversarial, zero-sum bargaining as opposed to multi-issue, problem-solving, gain-maximizing negotiation. During the negotiation of such deals 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*”. (FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*. Third Edition. New York: Aspen Law & Business, 1999. p. 115. Tradução do autor)

⁶⁵ SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 10-11.

⁶⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 11.

3.2 Contrato, Operação Econômica e Atividade: uma abordagem contemporânea

Como delineado no tópico anterior, a consagrada estreita relação entre negócio jurídico e contrato não se revela hábil para regular uma gama de relações jurídicas merecedoras de tutela, o que evidencia uma imperfeição na teoria contratual clássica. Dessa forma, várias situações terminam por ser explicadas, sob o aspecto jurídico, mediante um forçoso ou fictício enquadramento da situação fática no paradigma existente.

No caso do contrato com incapaz, após a aquisição do refrigerante pelo menor, é adequado cogitar a possibilidade de anulação do contrato por não ser válido? Quanto aos contratos efetuados por robôs, haveria nulidade em algum caso pela ausência de consentimento de quaisquer partes sobre alguma condição que incida sobre a operação? Haveria a possibilidade de anulação desses contratos por erro ou lesão? Assim, qual é a finalidade do contrato? Ele deixa de merecer a adequada tutela pela ausência de pressupostos e requisitos do negócio jurídico?

A partir dessas indagações, há situações que, se interpretadas pela teoria clássica que vincula o contrato ao negócio jurídico, concluir-se-ia que não existe contrato ou que existe um contrato que produz efeitos, mas é inválido. Quanto a esse aspecto, tem-se o art. 166, I, do Código Civil, que determina que “é nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (...)”.

Ocorre que, nas situações apresentadas, mesmo que o ordenamento jurídico no estado da arte atual imponha a invalidade do contrato com as suas respectivas consequências, a realidade é que permanecerá existindo uma operação econômica subjacente que, por consequência, não seria adequadamente tutelada, uma vez que não realizada a integração dos pressupostos normativos.

É no contexto de verificação e reconhecimento de que a função principal do contrato é regular uma relação econômica que existe anteriormente à aplicação do Direito que vem se desenvolvendo a compreensão de contrato desvinculada da noção de negócio jurídico e de sua análise estrutural, estritamente jurídica.

A doutrina contemporânea tem adotado, como marco teórico da concepção de contrato como formalização jurídica de operações econômicas, o trabalho desenvolvido por Enzo Roppo em sua conhecida obra “O Contrato”. Conquanto, é possível identificar obras do início e meados do século XX nas quais alguns juristas já reconheciam a função do contrato

como instrumento jurídico de circulação de riquezas, tais como, Francesco Carnelutti⁶⁷ em seu livro “*Teoria Giuridica della Circolazione*”.

Enzo Roppo explica que contrato é um conceito jurídico, uma construção da ciência jurídica elaborada com a finalidade de dotar de linguagem jurídica um termo capaz de resumir uma série de princípios e regras de direito⁶⁸. Dessarte, o contrato não se limita a codificar regras impostas pela natureza ou ditadas pela razão, mas constitui uma intervenção positiva, deliberada pelo legislador destinada a satisfazer determinados interesses e sacrificar outros para dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento conforme os interesses que se quer regular⁶⁹.

O sentido de reconhecer o contrato como veste jurídico-formal de operações econômicas significa entender que o legislador, em vista da situação fática subjacente, de existência de trocas que implicam transferência e modificação no patrimônio dos sujeitos de direito, inseriu no ordenamento jurídico seu estatuto, denominado “contrato”. Essa perspectiva implica na importante modificação da figura do contrato como resultado meramente da vontade das pessoas.

Humberto Theodoro Junior afirma que só se torna viável conhecer a verdadeira ideia de contrato se se tomar em consideração a realidade econômico-social que lhe se mostra subjacente e da qual ele representa não mais do que uma tradução científico-jurídica indissociável de todas aquelas situações, relações e interesses reais que estão em jogo quando se fale de contrato. Portanto, impossível identificar o “contrato” como um conceito pura e exclusivamente jurídico⁷⁰. Nesse contexto, afirma que:

Como não há contrato senão para viabilizar juridicamente uma *operação econômica* (circulação de riqueza), por mais que o jurista busque situar fora do plano socioeconômico o seu labor científico de análise de uma figura contratual, não logrará grande sucesso, pelo menos para o mundo prático de aplicação de sua ciência para a vida. Ainda que se possa pensar, em determinado estágio da pesquisa científica sobre o contrato, na distinção entre o *conceito jurídico* e o *conceito econômico*, sempre será forçoso reconhecer como verdade irrecusável que a formalização jurídica do instituto em cogitação “nunca é construída (com seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da *operação econômica*”.⁷¹

⁶⁷ Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Giuridica della Circolazione*. Padova: CEDAM, 1933.

⁶⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 7.

⁶⁹ ROPPO, Enzo. *op. cit.* p. 22.

⁷⁰ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Direitos do Consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 229

⁷¹ JUNIOR, Humberto Theodoro. *op. cit.* p. 229.

Enrico Gabrielle, por sua vez, vai além da concepção de Roppo quanto à noção de contrato como atividade. Para o autor, a concepção de contrato como “veste jurídica” da operação econômica se liga à existência de uma tipicidade contratual vinculada à causa abstrata que configura o tipo legal. Todavia, o contrato seria o que resulta de sua causa em concreto, o tipo exprime somente um modelo de organização de interesses, daquele contrato, moldado pelo legislador⁷².

Assim, o autor aprofunda o desenvolvimento da teoria do contrato e operação econômica, rompendo com qualquer ligação ao *tipo* contratual, pois afirma que a riqueza e complexidade do interesse que as partes necessitam disciplinar, seja sob o plano da valoração do interesse perseguido, de sua qualidade ou em termo de controle qualitativo e quantitativo de limites legalmente impostos, superam a restrita dimensão da tipicidade⁷³.

A autorregulação negocial não é composta somente do que é enunciado pela norma e pelas disposições pactuadas pelas partes, mas também pelo comportamento e pela *atividade* ligada e dependente dessas disposições. Nesse sentido, o ângulo pelo qual o ordenamento deve observar a relação estabelecida deverá ser aquele apresentado tanto pelo ato propugnado, quanto pelo comportamento das partes⁷⁴.

Nesse contexto, Enrico Gabrielle conclui que a operação econômica não se expressa somente quando emerge uma situação patológica do ato, mas na totalidade das situações relacionadas a autorregulação dos interesses das partes, seja na fase de formação do vínculo, na construção do regramento contratual, em sua execução e, sobretudo, na seleção do critério relevante para a interpretação desses atos de autonomia privada⁷⁵, muito importante nas situações nas quais é necessária a tutela de um conflito.

Há uma dificuldade, contudo, em trazer juridicidade ao conceito de operação econômica. Conforme Enrico Gabrielle, como categoria conceitual, o termo identifica uma

⁷² Cf. “*Ne segue la liberazione del tipo contrattuale dalla causa, nel senso che viene meno la sovrapposizione tra causa e tipo, e quindi viene meno anche la necessità di distinguere tra lo schema causale astratto, rappresentato dal tipo legale, e la causa concreta del singolo negozio. Il contratto, ogni contratto, è in definitiva quello che risulta dalla sua causa in concreto, ed il tipo esprime soltanto un modello de organizzazione di interesse.*” (GABRIELLI, Enrico. L’operazione econômica nella teoria del contrato. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Settembre 2009. Anno. LXIII. n. 3. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 905-939. p. 911)

⁷³ Cf. “*La ricchezza e complessità degli interessi che di volta in volta le parti tendono a disciplinare supera infatti la ristretta dimensione del tipo, sai sul piano di valutazione degli interessi perseguiti (e protetti), e dela qualità di tali interessi; sai in termini di controllo del rispetto dei limiti (qualitativi e quantitativi) che, a seconda dela natura dell’affare, l’ordinamento impone all’assetto di interessi fissato dalle parti nel contrato*” (GABRIELLI, Enrico. *op. cit.* p. 917)

⁷⁴ Cf. “*L’autoregolamento negoziale non si compone soltanto ed unicamente dele enunciative e delle disposizioni precettive delle parti, ma anche dei comportamenti e delle attività connesse e dipendenti da tali disposizioni, sicché l’angolo visuale dal quale l’ordinamento osserva l’assetto di interessi deve essere quello fornito sai dall’atto, sai dall’attività.* (GABRIELLI, Enrico. *op. cit.* p. 916)

⁷⁵ GABRIELLI, Enrico. *op. cit.* p. 918-919.

sequência unitária e composta que compreende em si o regramento que se exprime por todos os comportamentos que se associam para obtenção dos resultados pretendidos pelas partes, bem como, a situação objetiva em que se encontra o conjunto de normas e demais comportamentos, uma vez que todo o contexto define a importância substancial do ato de autonomia privada⁷⁶. No entanto, qual seria a sua valoração no plano do ordenamento jurídico?

O conceito de operação é geralmente compreendido em sua concepção meramente econômica, privando, assim, de um significado efetivo inserido no ordenamento jurídico. Quanto a esse ponto, Francisco de Paulo de Crescenzo Marino tece uma crítica ao afirmar que “parece excessivo equiparar contrato e operação econômica, desprezando as estruturas contratuais típicas em prol de uma entidade única (o ‘contrato operação econômica’)”. Assim, afirma que “ao menos no atual estágio da ciência do direito, o jurista não pode renunciar à consideração dos modelos contratuais, sob pena de negar as próprias bases teóricas de seu conhecimento”⁷⁷.

Por conseguinte, o problema de sua concepção como categoria do direito contratual pressupõe a solução do questionamento de se a relação entre contrato e operação econômica é meramente nominalístico ou se traz em si um valor que descreve determinado fenômeno⁷⁸.

Nessa conjuntura, Enrico Gabrielli indica que a solução para o problema da valoração jurídica do conceito de operação econômica será dúplice, tanto pela perspectiva nominalística quanto sistêmica. Nominalística porque é preciso notar que, no direito contratual moderno, a *fattispecie* “contrato” deve ser considerada e interpretada em uma dimensão conceitual que permita apreciar, em toda sua completude e complexidade, os interesses atinentes às partes na construção do ato de autonomia privada⁷⁹.

Quanto à perspectiva sistêmica, a operação econômica permite a reconstrução do fenômeno contratual como plúrimo, atribuível a uma mínima unidade de efeitos, enriquecida pelas circunstâncias peculiares de cada caso individual. Ela não mais se apresenta como um

⁷⁶ Cf. “La nozione di operazione economica, quale categoria concettuale, identifica una sequenza unitaria e composta che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti, e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, poiché anche tale situazione concorre nel definir la rilevanza sostanziale dell’atto di autonomia privata”. (GABRIELLI, Enrico. L’operazione economica nella teoria del contratto. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Settembre 2009. Anno. LXIII. n. 3. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 905-939. p. 916.)

⁷⁷ MARINO, Francisco Paulo de. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 29-30.

⁷⁸ GABRIELLI, Enrico. *op. cit.* p. 919.

⁷⁹ Cf. “Nominalistica perché si deve prendere atto che nel moderno diritto comune dei contratti la *fattispecie* << contratto >> va considerata ed interpretata in una dimensione concettuale che consenta di apprezzare, in tutta la loro completezza e complessità, gli interessi de dotti dalle parti nella costruzione dell’atto di autonomia privata”. (GABRIELLI, Enrico. *op. cit.* p. 924.)

critério hermenêutico capaz de evidenciar e dar relevância à operação econômica subjacente, além do esquema formal do contrato, mas também se manifesta como uma técnica para enquadrar uma pluralidade de atos dentro de uma ordem normativa⁸⁰.

Juliana Pedreira da Silva, ao desenvolver a perspectiva de contrato como atividade, exprime que as relações patrimoniais jurídicas podem ter como pano de fundo não um ato ou negócio jurídico isoladamente considerado, mas essa cadeia de atos que faz surgir o que se denomina *atividade*⁸¹. É do exercício da atividade que deriva uma *qualificação* que constitui pressuposto de aplicabilidade de uma disciplina específica⁸².

A teoria da atividade, proveniente, em especial, da doutrina italiana exposta, já é bastante reconhecida no Direito Empresarial. O conceito de empresário, expresso pelo art. 966 do Código Civil, o define como aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Portanto, o qualificador para o encaixe da situação fática no pressuposto fático da norma, de modo que se considere que alguém é empresário, é o exercício de atividade econômica nos moldes do art. 966.

Desse modo, para a existência da condição de empresário, não é necessário sequer o devido registro de atos constitutivos na Junta Comercial, conforme determina o art. 967 do Código Civil, mas que a pessoa desenvolva uma atividade da maneira que rege o Código. Não obstante, o registro dos atos constitutivos atrai àquele que o efetiva, a condição de empresário regular, com todos os benefícios que a legislação concede a essa condição, ao contrário daquele que não o faz. Nesse sentido, vale a observação que para fins tributários, por exemplo, a ausência do registro regular do empresário não elide a obrigação de pagar o tributo correspondente à atividade empresária desenvolvida, como se empresário regular fosse⁸³.

Nesse cenário, Juliana Pedreira da Silva desenvolve a concepção de atividade contratual indicando que os efeitos jurídicos que decorrem dela podem ser indiferentes à vontade das partes. Assim, discorre:

⁸⁰ GABRIELLI, Enrico. L'operazione econômica nella teoria del contratto. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Settembre 2009. Anno. LXIII. n. 3. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 905-939. p. 928.

⁸¹ SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 10.

⁸² SILVA, Juliana Pedreira da. *op. cit.* p. 11.

⁸³ Cf. "Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

I - da capacidade civil das pessoas naturais;

II - de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios; **I**

II - de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional." (BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Grifo do autor)

(...) embora o ato jurídico *stricto sensu* tenha seus efeitos ditados pela própria lei ou negócio jurídico anterior e o negócio jurídico seja conceituado como a declaração de vontade destinada à produção de efeitos queridos pelo agente, torna-se possível concluir que, mesmo que a coordenação dos atos não seja plenamente desejada, ela poderá ocorrer objetivamente.

Observa-se, assim, a conexão do objeto desta pesquisa com a compreensão de contrato como atividade e seus efeitos. Deve-se pensar na fase de negociações do contrato de compra e venda secundária de participação societária como um processo, na qual os diversos atos praticados pelas partes se identificam como integrantes da atividade contratual.

3.2.1 Atividade Contratual, Contato Social e Comportamento Social Típico

O processo de formação de contratos complexos e, mais especificamente, do contrato de compra e venda secundária de participação societária, possui a dinâmica demonstrada nos capítulos anteriores, que se inicia com o contato primitivo entre as partes, formadas por uma ou mais pessoas, demonstrando intenção de adquirir a participação societária da outra. Sinalizada a intenção da parte adversa em progredir com as negociações, cada vez mais, por meio de comunicações e documentos que vão sendo elaborados no processo contratual, o contato social das partes é intensificado.

Advém que a progressão e manutenção do contato social entre as partes ao longo do tempo gera efeitos jurídicos. As atitudes das partes ao longo da fase que costuma-se denominar de “pré-contratual” faz despontar na outra confiança na relação estabelecida a ponto de que passam a investir cada vez mais naquele contato. Desse modo, aquele primevo e incipiente contato adquire uma *qualificação*. Essa qualificação implica que atos das partes que passem a ir contra a relação que foi estabelecida resultarão em consequências jurídicas, pois ali existe um contato social qualificado.

Ao contato social qualificado, relaciona-se a ideia desenvolvida por Karl Larenz, quando, em 1956, discorreu sobre o estabelecimento de relações obrigacionais por meio do comportamento social típico⁸⁴. O ponto de partida do autor é a situação na qual uma pessoa adentra um bonde e o cobrador não percebe a sua presença durante todo o trajeto. Apenas ao chegar ao ponto de destino o cobrador compreende a situação e se dirige à pessoa para realizar

⁸⁴ LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico. Trad. HIRATA, Alessandro. *Revista Direito GV*. v. 2. n. 1. Jan-Jun 2006. p. 55-64.

a cobrança. Contudo, a pessoa o informa que não iria pagar a passagem uma vez que não havia firmado qualquer contrato de transporte.

A situação fática apresentada por Karl Larenz é bastante simples e, conforme a compreensão do direito das obrigações hoje, ao entrar no bonde e ser transportada, poder-se-ia considerar que ocorre um consentimento tácito, ou até mesmo expresso, da pessoa quanto ao contrato de transporte. Entrar no bonde é um ato inequívoco de quem deseja ser transportado, assim, há consentimento da pessoa com o contrato de transporte, mesmo que declare verbalmente que não quer firmar o contrato.

Outro exemplo trazido pelo autor alemão é o de uma pessoa que estacionava seu veículo diariamente em vagas públicas da cidade de Hamburgo, sob o controle e segurança de uma pessoa jurídica de direito privado. Esse estacionamento era permitido mediante o pagamento de um valor, semelhante ao que é conhecido no Brasil como “Zona Azul/Faixa Azul/Rotativo”. Nessa situação, havia um fiscal contratado que realizava a cobrança pelo estacionamento de quem por lá passava. Todavia, essa pessoa específica, sempre que estacionava seu veículo na vaga, se recusava a pagar o valor, pois declarava que não tinha intenção em firmar contrato para estacionar.

Aos olhos atuais, uma situação dessa parece absurda, ainda mais tratando-se de vagas de estacionamento em área pública, nos quais as taxas são geralmente positivadas por meio de lei ou de ato do Poder Executivo, fundamentado em lei. Entretanto, poder-se-ia cogitar de uma relação eminentemente privada quando uma pessoa se dirige a um *shopping center* e deixa seu veículo estacionado. Seria possível, ao final do período em que permaneceu no local, se dirigir ao guichê no qual se paga o valor para liberação do cartão que permite a saída do estacionamento e informar ao atendente que não irá pagar o preço, uma vez que entrou com seu veículo no local, mas não consentiu com o contrato de depósito que rege o estacionamento? É evidente que não.

Um dos fundamentos bastantes desenvolvidos hoje que poderia sustentar a obrigação de a pessoa pagar o estacionamento mesmo declarando que não desejava firmar o contrato⁸⁵ seria imputar-lhe o *venire contra factum proprium*⁸⁶, originado da leitura do princípio da boa-fé objetiva. Ao entrar no estacionamento, tendo sido previamente informada das

⁸⁵ Considerando, naturalmente, que o estacionamento do *shopping center* cumpriu todos os requisitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, de apresentar claramente o preço e as condições à pessoa, no momento em que adentra o estacionamento.

⁸⁶ Cf. “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível.” (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2013. p. 742)

condições e preço para lá permanecer, não há como a pessoa alegar que não desejava firmar contrato de depósito para deixar seu carro no estacionamento, por determinado período. Seu ato fático se sobrepõe à sua vontade subjetiva.

Karl Larenz, ao tratar do comportamento social típico, não fundamentou a obrigação de pagar a passagem do bonde ou o valor do estacionamento na boa-fé objetiva, mas em uma ideia que demonstra a desvinculação das obrigações e do contrato para com o negócio jurídico. Dessarte, o autor, ao identificar que a pessoa declarava sua vontade de não firmar o contrato, mas seu comportamento fático dirigia-se a um sentido oposto, deu luz à compreensão de que pode haver obrigações originadas não na vontade do sujeito, mas em seu comportamento social típico. Conforme explica:

O efeito obrigatório do comportamento do usuário não se baseia, repetindo mais uma vez, no fato de ele ser imputado ao sujeito como expressão de vontade própria de obrigar-se, mas sim no fato de que, sem levar em conta a vontade do agente, o comportamento será entendido, de acordo com os usos do tráfego, como justificador de uma obrigação. É a “resposta” ou “reação” social típica à oferta e tem, por isso, o significado socialmente típico de uma fonte de obrigação. Ninguém pode afastar as conseqüências jurídicas de seu próprio ato. A conseqüência do comportamento social típico do agente, inafastável, independente da sua vontade e, por isso, impossível de ser eliminada por ele, é ser o agente obrigado, por meio do recebimento de fato da prestação, à contraprestação de costume ou conforme tarifas. Essa conseqüência provém da avaliação social do ato, que é a manifestação de uma convicção jurídica geral.⁸⁷

Karl Larenz, alguns anos após escrever seu conhecido artigo intitulado, em alemão, “*Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*”, parece ter sucumbido à pressão de seus pares e, assim, reviu sua concepção inicial de obrigação derivada apenas do comportamento social típico. Assim, passou a defender a ideia de que tanto no caso do bonde, quanto no do estacionamento, haveria vontade tácita da pessoa e, portanto, o fundamento obrigacional ainda estaria inserido no campo do negócio jurídico, como destaca e explica Gustavo Tepedino⁸⁸, no Prefácio da obra de Juliana Pedreira da Silva.

A concepção que eu segui até agora foi recusada progressivamente pela doutrina. Ela não encontra amparo na lei e só com dificuldades se deixa fundamentar com as exigências do comércio em massa moderno. Já desde a terceira edição desse livro defendo a concepção, contrária à opinião de Haupt, que se precisa exigir, por parte do usuário, pelo menos capacidade negocial, porque se trata de uma participação no comércio jurídico. Mas contudo, a distinção para a opinião majoritária ainda é muito

⁸⁷ LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico. Trad. HIRATA, Alessandro. *Revista Direito GV*. v. 2. n. 1. Jan-Jun 2006. p. 55-64. p. 60.

⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. Prefácio: Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual. In.: SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. vii-xxi. p. xiii.

pequena. Isso porque, na maioria dos casos existe uma vontade negocial pelo menos no sentido de que o usuário sabe e aceita ‘silenciosamente’ (tacitamente) que dele será exigida uma contraprestação. Por isso, abandono a ideia defendida até agora. Necessário e suficiente é, também aqui, a vontade negocial e uma correspondente atividade/atuação da vontade. Quando, em casos excepcionais, como o do estacionamento, não surge nenhum vínculo contratual, isso precisa ser aceito (presumido). O usuário precisa contar com outras desvantagens, como, por exemplo, que seu carro seja guinchado, ou com pretensões de enriquecimento. Em todos os casos deve-se aplicar o § 151 (‘Aceitação sem declaração frente ao proponente. O contrato surge através da aceitação de uma oferta, sem que esta aceitação precise ser declarada frente ao proponente, quando, segundo os usos do tráfego, tal declaração não seja esperada ou o proponente a tenha dispensando. O momento no qual a oferta se extingue é determinado segundo a vontade do proponente, deduzida da própria oferta ou das circunstâncias.’) Isso possibilita a aplicação correspondente da maioria dos dispositivos sobre o negócio jurídico, se eles forem aqui cabíveis.⁸⁹

Em que pese a referida mudança de entendimento de Karl Larenz, o fundamento da formação de obrigações e do contrato, em decorrência do comportamento social típico, auxilia a compreensão da ideia, hoje melhor desenvolvida, da existência do contrato como sucedâneo das operações econômicas subjacentes.

Ademais, talvez, de fato, no caso do bonde e do estacionamento seja forçoso atribuir a formação do contrato à desvinculação do negócio jurídico, uma vez que, como apresentado acima e como posteriormente defendido pelo próprio Karl Larenz, o ato de entrar no bonde ou parar o carro no estacionamento, pode ser considerada aceitação tácita ou até mesmo expressa da oferta, independentemente da declaração subjetiva de vontade contrária do agente, repelida pelo *venire contra factum proprium*.

Outrossim, perante os outros exemplos apresentados neste trabalho: do incapaz que adquire o refrigerante de uma máquina automática; da realização de contratos por robôs, com utilização de técnicas de *machine learning*; e do próprio contrato de compra e venda secundária de participação societária, não é possível identificar claramente a obediência a todos os requisitos do negócio jurídico a que se vincula a formação do contrato.

Este último possui longo período de negociação no qual as partes progressivamente ajustam as obrigações que constarão no documento que se costuma intitular “contrato definitivo”. Todavia, sua formação progressiva e dinâmica não consegue ser adequadamente tutelada pela tradicional teoria do negócio jurídico, sob pena de ou se considerar que as partes não possuem qualquer vínculo obrigacional quando, na realidade, já o possuíam, ao menos para

⁸⁹ LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Atual. Manfred Wolf. 9. ed. München: Beck, 2004. p. 578-580. Traduzido por: Karina Nunes Fritz. apud. TEPEDINO, Gustavo. Prefácio: Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual. In.: SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. vii-xxi. p. xiii-xiv.

determinadas obrigações, ou de se atribuir vinculação obrigacional a partes que, pelo processo contratual ainda não a haviam estabelecido, “forçando-as” a contratar.

Nesse sentido, Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder e Paula Greco Bandeira⁹⁰ lecionam que, quando há formação progressiva do contrato, a responsabilização do negociante que age de forma abusiva, por violação ao princípio da boa-fé, pode se revelar insuficiente para tutela da integralidade das situações, próprias desse período pré-contratual. Assim, discorrem:

A solução mostra-se insatisfatória em situações complexas nas quais obrigações contratuais são assumidas gradativamente, de modo que o agente, por vezes, ao mesmo tempo em que negocia futuras bases contratuais, no âmbito de tratativas ou negócios preliminares, executa obrigações verdadeiramente contratuais, relativamente a parcelas do conteúdo do negócio já definitivamente estabelecidas, passo a passo, de maneira irrevogável. Identifica-se, em cenário assim delineado, o que se tem designado como formação progressiva dos contratos, cujo conteúdo se estabelece gradualmente ao longo das negociações preliminares. Em outras palavras, o contrato se forma aos pedaços, mediante obrigações paulatinamente assumidas pelas partes. Vale dizer, uma vez estabelecida a importância do componente volitivo na formação do contrato, há de se indagar se, nas fases de tratativas, não se pode conceber a formação contratual em etapas, de modo que muitos dos vínculos contratuais possam ir se formando gradualmente, antes da celebração do contrato definitivo.

Diante desse contexto, os referidos autores compreendem que, para se admitir a formação progressiva do contrato, sem impor aos negociadores a contratação coativa, ou a conversão arbitrária das tratativas em vínculo obrigacional, o que seria autoritário e injustificado, pode-se revisitar as teorias que, fundadas nos comportamentos sociais típicos permitem a admissão de atividade contratual extraída do contato social estabelecido durante as tratativas⁹¹. A partir dessa ideia, expõem:

Tratar-se-ia de entrever, dito por outras palavras, pequenos contratos formados sem negócio jurídico que lhes dê origem, com fundamento no comportamento (socialmente típico) mediante o qual obrigações unilaterais ou bilaterais são progressivamente assumidas mesmo sem a celebração de negócio jurídico. Em tais casos, cada vez mais frequentes na prática negocial, a teoria da culpa in contrahendo, da qual decorrem exclusivamente interesses negativos, apresenta-se incompatível com a realidade dos fatos, diante das obrigações contratuais já efetivamente assumidas e em relação às quais parece razoável que a parte possa legitimamente almejar, em caso de violação, interesses positivos. A admissão de interesses positivos na ruptura no âmbito de tratativas, a qual encontra óbice doutrinário e jurisprudencial pelo fato de não ter se consumado o contrato, mostra-se plausível desde que se considere, em relação a certas obrigações, o contrato (ou parte autônoma dele) já formado, extrapolando-se, portanto, a fase pré-contratual.⁹²

⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do Direito Civil: Contratos*. v. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 85.

⁹¹ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *op. cit.* p. 85.

⁹² TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *op. cit.* p. 86.

À semelhança de Juliana Pedreira da Silva, os autores defendem que o contrato pode ser compreendido como *atividade*. Nessa perspectiva, levando a cabo a compreensão de que o período usualmente denominado como “pré-contratual”⁹³ está inserido na *atividade* contratual e em seu respectivo *processo* de formação, baseado na operação econômica subjacente, Juliana Pedreira da Silva conclui que, conforme a natureza dos comportamentos adotados, poderão ser observados dois desdobramentos:

- (a) considerado socialmente típico o comportamento, será reconhecida a relação jurídica sobre a qual será imputada eficácia obrigacional (obrigação originária, de prestar), a despeito da ausência de vontade individual para instauração do contrato, conforme as condições do tráfego e princípios do ordenamento;
- (b) não sendo considerado socialmente típico o comportamento, mas suficiente para despertar na contraparte a confiança na conclusão do negócio jurídico, recairá sobre o autor da conduta a responsabilidade civil pré-negocial pelos danos causados àquele que confiou.⁹⁴

Dessarte, é essencial identificar, no contexto da formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária, os comportamentos sociais típicos dos agentes que podem ensejar a formação de vínculo obrigacional. Ainda, imprescindível conhecer a tipificação do contrato objeto da análise. O estudo desses pontos permitirá concluir quando há formação de obrigações contratuais entre as partes para que, por conseguinte, seja possível o exame da tutela jurídica aplicável à relação.

⁹³ Cujos Juliana Pedreira da Silva compreende não ser a expressão correta, preferindo se referir a “pré-negocial” uma vez “a expressão *pré-negocial* é a melhor para designar tal fase, vez que quer a doutrina se referir ao período que antecede às declarações de vontade, ao acordo propriamente dito. A expressão *pré-contratual* pode conduzir a erro, uma vez que nem todo contrato tem base negocial, conforme se sustenta por meio deste trabalho”. (SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 31-32)

⁹⁴ SILVA, Juliana Pedreira da. *op. cit.* p. 36-37.

4 IDENTIFICAÇÃO TÍPICA DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA SECUNDÁRIA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA

Considerando que cada contrato de compra e venda secundária de participação societária possuirá suas peculiaridades tanto relativas às negociações, quanto ao seu conteúdo, não há como definir, *a priori*, diretamente, um momento geral e irrestrito em que se forma o vínculo obrigacional aplicável a todo e qualquer contrato desse tipo.

Todavia, ao considerar o processo de formação desse tipo de contrato, é viável estabelecer critérios a serem cotejados pelos operadores do Direito, perante o caso concreto, de modo a identificar comportamentos sociais típicos das partes contratantes, manifestados durante o processo de formação contratual, que se apresentem como indícios de que houve a formação do contrato.

Cabe apontar que a análise aqui realizada não diz respeito à verificação *da prova* de existência de um contrato não-escrito. Não se trata meramente provar a existência de oferta e aceitação entre as partes. Como apresentado nos capítulos anteriores, essa ideia corresponde ao paradigma contratual clássico, que aos poucos vem sendo superado, pois insuficiente para tutelar inúmeras situações. Muitos bons trabalhos que discutem o momento da formação do contrato não se desprendem da concepção dele como resultado da clara e inequívoca manifestação de vontade das partes, por meio de comportamentos concludentes, apesar de trazerem pertinentes subsídios ao exame dos comportamentos e atos praticados pelas partes na fase pré-contratual.

Destaca-se que os comportamentos concludentes, quando ocorrerem, servirão como forte indício da manifestação de vontade da parte de querer a formação do negócio jurídico e seus efeitos. Contudo, a perspectiva abordada perpassa a manifestação de vontade como fato estritamente imprescindível à existência do contrato, pois este não necessariamente origina-se do negócio jurídico.

Juliana Pedreira da Silva explica que, nas relações jurídicas de cunho patrimonial, a correlação entre os centros de interesses, as partes da relação, pode surgir do negócio jurídico, ou não, podendo o vínculo nascer como resposta do ordenamento jurídico aos atos e atividades realizadas no seio social, conforme as necessidades do tráfego. Assim, “as relações nascidas do negócio jurídico são identificáveis uma vez reunidos os pressupostos, elementos e requisitos do

negócio jurídico”⁹⁵. Por outro lado, compreende a autora que a identificação dos contratos sem negócio jurídico fundante se dará de modo diverso, a partir de alguns elementos.

Com essas considerações, analisar-se-á a atividade e processo contratual na compra e venda secundária de participação societária. Importante estabelecer o termo inicial e final do processo. Desse modo, o termo inicial pode ser identificado como o contato primitivo entre as partes no qual uma comunica à outra a intenção de adquirir participação societária titularizada por ela – e por terceiros, se for o caso –, referente a uma sociedade-alvo. O termo final, identificável pela análise já exposta, é o do fechamento/*Closing* da operação, considerando-se que todas as obrigações contratuais foram estritamente adimplidas, seja pelo fechamento imediato ou pelo fechamento diferido⁹⁶.

No intermédio entre o termo inicial e o final, há as diversas fases do processo contratual. Como já delineado anteriormente, a troca e/ou assinatura da Carta de Intenções sucede o contato primitivo entre as partes conferindo às negociações maior grau de seriedade, fazendo despontar o contato social qualificado. Cada contato que segue a esse início representa mais um ato inserido no processo negocial. Se houver a mencionada *due diligence*, o processo avança, com uma qualificação do contato social, ainda mais intensa.

Ainda, ao longo das diversas reuniões, trocas de informações e documentos, ajustes sobre os inúmeros pontos que deverão constar em um contrato de compra e venda de participação societária, as partes terão definido o objeto, preço e forma de pagamento. Ao

⁹⁵ SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 82.

⁹⁶ Cf. Ressalta-se que é possível a compreensão de que não pode não haver um termo final exato do processo contratual. Isso, pois, os estudos contemporâneos sobre a responsabilidade civil pós-contratual, incidente após o adimplemento total das obrigações contratuais e o consequente fim da denominada “fase contratual”, expõem que há deveres derivados da teoria da *culpa post factum finitum* que podem perdurar no tempo indefinidamente. Conforme leciona Anderson Schreiber: “A expressão *responsabilidade pós-contratual* ou *post pactum finitum* é empregada para destacar que o cumprimento da prestação não elimina a responsabilidade que pode surgir por fatos posteriores capazes de comprometer a realização do interesse consubstanciado no contrato. A boa-fé objetiva vem gerar, no dizer da doutrina, essa projeção temporal da responsabilidade, ao impor às partes o dever de se comportarem de modo leal e confiável, abstendo-se de frustrar *a posteriori* os efeitos do contrato. São exemplos aos quais se aplica a responsabilidade pós-contratual: (a) a venda do ponto comercial com posterior instalação de loja concorrente pelo vendedor na mesma rua, comprometendo os efeitos daquela alienação; e a (b) venda de imóvel anunciado com vista para o mar seguida do início de construção pelo alienante no terreno em frente. A doutrina recorda, ainda, a situação do empregador que, após o término da relação de trabalho, presta informações incorretas ou distorcidas sobre seu ex-empregado, causando embaraço ou dúvida a respeito de sua idoneidade. Alguns autores consideram que a responsabilidade pós-contratual consiste em uma responsabilidade de natureza contratual, baseada no que denominam pós-eficácia das obrigações. Para outra parcela da doutrina, todavia, trata-se de responsabilidade aquiliana ou extracontratual, fundada em deveres *ex bona fide*, que tem fonte legal, independentemente do que consta do contrato, ainda que o preenchimento de seu conteúdo varie conforme o escopo contratual. A questão tem pouca relevância prática, na medida em que a própria dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual é, hoje, objeto de crítica.” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 222). Contudo, por fins metodológicos, considerando a parcela do processo contratual relevante para a análise do contrato de compra e venda secundária de participação societária, foi definido o referido ato como termo final.

visualizar o contrato como um processo, deve-se pensar em sua finalidade. A que esse processo é dirigido? Se o processo for regularmente executado e concluído, ao que as partes irão chegar? Notavelmente, à formação integral de um contrato, tipicamente, mas não impreterivelmente, materializado em um instrumento escrito, com a definição de todos os aspectos relevantes para regular aquela relação específica.

4.1 Os índices de tipo como qualificadores da atividade contratual sem negócio jurídico

Sobre o contrato típico de compra e venda, base do contrato ora analisado, os arts. 481 e 482 do Código Civil estabelecem que “*um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro*” e que “*a compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço*”. Desse modo, nos ditames da lei, pelo contrato de compra e venda há a obrigação de transferência de domínio de coisa certa, pelo vendedor, mediante o pagamento do preço, pelo comprador.

Sob esse prisma, uma discussão há longo tempo existe no direito brasileiro, que engloba o conceito da *causa* dos contratos. Ao dissertar sobre contrato sem negócio jurídico, Juliana Pedreira da Silva aponta a *causa* como seu elemento qualificador, como sua mínima unidade de efeitos. Quando não há vontade negocial manifestamente expressa nos contratos sem negócio jurídico, os elementos estanques, definidos na lei, qualificadores do contrato, podem ser de difícil identificação⁹⁷.

Nesse contexto, a análise de uma via aplicável à qualificação do contrato sem negócio jurídico auxiliará no reconhecimento do regime jurídico incidente sobre aquele processo/atividade contratual. Assim, a autora cita a existência dos “índices de tipo”, dentre os quais a *causa* pode ser um de seus componentes. Os índices de tipo “são indicadores ou apontamentos que induzem à qualificação do negócio”⁹⁸. Eles se diferem da doutrina dos elementos essenciais (*essentialia negotii*) do negócio jurídico, pois concebem que os elementos do contrato poderão ser identificados mediante investigação de outros indicadores, dentro e fora do negócio jurídico.

⁹⁷ SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 59-60.

⁹⁸ SILVA, Juliana Pedreira da. *op. cit.* p. 74-75.

Assim, enquanto a doutrina dos *essentialia negotii* despreza os elementos naturais e acidentais para a caracterização do contrato, a doutrina dos índices do tipo eleva à categoria de indicadores tal como os elementos essenciais e, além disso, desprende-se dos elementos apenas estruturais (elementos do negócio), para reconhecer em elementos externos indicadores determinantes (ou não) para a qualificação do negócio.⁹⁹

Pedro Pais de Vasconcelos, ao dissertar sobre a formação e as características dos “tipos” no Direito, leciona que, em sua formação, ao contrário de em um “conceito abstrato”, a realidade referida ou designada no *tipo* é aglomerada e enquadrada sem a abstração do incomum. Assim, nos tipos, a parcela de realidade designada se mantém íntegra sem ser amputada do diferente. Nesse sentido, afirma que “os tipos juntam o comum e o incomum em torno de algo que constitui o critério de tipificação e que dá coerência ao conjunto”¹⁰⁰. Por sua vez, pontua que “o legislador, quando define tipos, fechando-os, actua geralmente por preocupações de segurança e de rigor, com o intuito de proporcionar exactidão ao exercício jurídico, certeza à aplicação do Direito”¹⁰¹.

Sobre a relevância dos tipos, assinala o autor que:

Para Fikentscher os tipos servem para a criação do direito, embora não sejam ainda direito; servem para preparar a subsunção, embora a não possam substituir; servem para a formação de uma “Fallnorm” para a decisão do caso concreto. Segundo Larenz, a formação dos tipos estruturais contribui para a formação do sistema jurídico científico. Como complexos regulativos dos quais um ou mais elementos podem variar ou mesmo faltar sem que o caso deixe de corresponder ao tipo, podem ser considerados como “sistemas móveis”, no sentido que lhes é dado por Wilburg.¹⁰²

Sobre a incidência dos tipos no direito contratual, explica Pedro Pais de Vasconcelos que podem eles ser legais ou extralegais: “legais são os que constam tipificados na lei; extralegais são os que estão tipificados na prática”¹⁰³. Nesse contexto, discorre:

Os tipos legais de contratos não esgotam os tipos contratuais. Para além dos que constam tipificados na lei, outros tipos contratuais existem na prática da vida da contratação. Na sua generalidade, os tipos contratuais legais foram construídos sobre os correspondentes tipos extralegais, sobre práticas contratuais que já eram típicas na sociedade. Esses tipos, que são tipos normativos, quando contrapostos aos tipos legais, que são tipos jurídicos estruturais, podem designar-se adequadamente por “tipos sociais”.

⁹⁹ SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 75.

¹⁰⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 37-38.

¹⁰¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *op. cit.* p. 41.

¹⁰² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *op. cit.* p. 53.

¹⁰³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *op. cit.* p. 61.

Diante dessas considerações, constata-se que, para Pedro Pais de Vasconcelos, a tipificação dos contratos não se dá somente pela subsunção da situação fática aos tipos previstos expressamente em lei. Há na realidade diversos “tipos sociais” contratuais que existem em decorrência da prática contratual. Os tipos expressos pela legislação, nada mais são, portanto, que tipos sociais que se consolidaram com o tempo, por meio de sua reiterada utilização na prática, os quais o legislador decidiu por lhes afigurar uma relevância jurídica para que, na situações fáticas em que se verifique que as partes pactuaram um contrato que insere-se em determinado tipo, haja a incidência normativa daquilo que é, em tese, esperado, segundo definido na lei, nas hipóteses em que as partes não tenham pactuado cláusulas específicas. Assim, explica o autor:

Não existem, nem podem ser construídos, critérios firmes e exactos para o juízo sobre se uma certa prática contratual constitui já um tipo social, até porque a tipicidade social é graduável. Para que de um tipo social se possa falar é preciso, em primeiro lugar, que se verifique uma pluralidade de casos: a tipicidade não é compatível com a individualidade. Em segundo lugar, é necessário que essa pluralidade se traduza numa prática, quer dizer, que entre os casos que constituem a pluralidade haja uma relação ou ligação tal que eles se reconheçam como aparentados ou do mesmo tipo e que essa prática seja socialmente reconhecível, quer dizer, que seja, no meio social em que é praticada, reconhecida como uma prática e não apenas como uma ou mais coincidências fortuitas. Em terceiro lugar, é preciso que exista, no meio social em que é praticada, uma consciência assumida, em termos tendencialmente gerais e pacíficos, da vigência e da existência dessa prática como algo vinculativo, como modelo de referência e padrão de comparação, e como norma de comportamento, isto é, é preciso que exista o reconhecimento do carácter vinculativo dessa prática e desse modelo. São, no fundo, estes os requisitos do reconhecimento do direito consuetudinário. Os tipos contratuais sociais são direito consuetudinário.¹⁰⁴

Dentro dessa concepção, Pedro Pais de Vasconcelos a relaciona com a teoria dos comportamentos sociais típicos, afirmando que “as condutas sociais típicas têm um sentido que lhes é inerente e que lhes dá o carácter de condutas humanas que são. Este sentido é um fator importantíssimo na configuração e na identificação dos tipos sociais.”¹⁰⁵. Portanto, a descoberta do tipo contratual desempenha função primordial no Direito, pois permite a interpretação e integração da atividade contratual com base na norma jurídica aplicável à espécie.

A necessidade da descoberta do tipo contratual relacionado a uma atividade contratual faz com que seja necessário um mecanismo para identificar o tipo contratual da relação. Tradicionalmente, a doutrina civilista expõe os “elementos essenciais” como qualificadora e classificadora do contrato. Sob essa ótica, o conteúdo do contrato divide-se entre elementos essenciais (*essentialia*), naturais (*naturalia*) e acidentais (*accidentalia*). Os

¹⁰⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 62-63.

¹⁰⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *op. cit.* p. 63.

“*essentialia*” corresponderiam ao mínimo que as partes têm de acordar para que exista o contrato, como, por exemplo, a coisa, o preço e a forma de pagamento, na compra e venda. Por sua vez, os “*naturalia*” seriam o que as partes costumam convencionar e que se referem a efeitos jurídicos alheios ao conteúdo substancial do contrato, mas que mesmo sem a pactuação produz efeitos em decorrência da lei, como, por exemplo, a incidência de juros moratórios ou o direito de requerer indenização em caso de inadimplemento contratual. Por fim, o “*accidentalialia*” são as disposições pactuadas que imprimem ao contrato efeitos jurídicos diversos das que seriam atribuídas pelas normas subsidiárias do Direito, como, por exemplo, uma modificação na responsabilização do devedor em caso de inadimplemento e o estabelecimento de prazos e condições¹⁰⁶.

Pedro Pais de Vasconcelos critica a artificialidade da doutrina dos “elementos essenciais do contrato”, pois, conceitualmente, ela restringe a função de qualificação a algumas das características, que integram a definição (*essentialia*), com abstração de outras, que são relegadas para o âmbito dos “*naturalia*”, que se constituiria como os efeitos do contrato. Nesse sentido, o autor expõe que:

Esta separação é artificial e de rejeitar, por um lado, porque os elementos essenciais, embora sejam qualificativos, são também determinantes do regime e, por outro, porque os elementos naturais, além de determinarem o regime também são determinantes da qualificação na medida em que, sendo típicos, são imprescindíveis na formação do tipo jurídico estrutural, sem o qual a qualificação se desfigura. Além disso, é tautológico afirmar que o tipo é individualizado pelos elementos essenciais e que estes são os que individualizam o tipo. A doutrina tipológica não distingue, no que respeita à qualificação, entre elementos essenciais e naturais. Todos os elementos típicos são, em princípio, hábeis para fornecer indícios, que contribuem, uns mais e outros menos, para a qualificação para constituir “índices de tipo”.¹⁰⁷

Dentro desse contexto, os “índices de tipo” são aquelas qualidades ou características que têm capacidade para individualizar, distinguir e comparar a atividade contratual, quer com outros tipos na formação de séries e de planos, quer com o caso, na qualificação e na concretização¹⁰⁸.

Segundo Pedro Pais de Vasconcelos:

São características que dão alguma contribuição útil, quer à individualização, quer à distinção, quer à comparação, ainda que esse contributo não seja, por si só, determinante. Não se trata apenas dos elementos “*sine quibus non*”, à imagem dos “*essentialia*”; também as características simplesmente coadjuvantes que só na presença de outras adquirem significado indiciário e ainda as características

¹⁰⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 73-74.

¹⁰⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *op. cit.* p. 117.

¹⁰⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *op. cit.* p. 118.

simplesmente frequentes ou mesmo ocasionais constituem índices do tipo, sempre que tenham qualidade indiciária, isto é, sempre que indiciem, que dêem indício ou constituam um sintoma da presença deste ou daquele tipo de contrato e que sejam hábeis para contribuir para o juízo de correspondência ao tipo, para a comparação de tipos entre si, ou de casos com tipos.

Os índices de tipo são algo muito mais amplo do que os “essencialia”. Os chamados elementos essenciais são características cuja presença, na totalidade, é necessária e suficiente para determinar a subsunção e cuja ausência, de uma apenas que seja, é suficiente para determinar a exclusão. Os “essencialia” são elementos necessários e suficientes; são um facto de classificação. Os índices de tipo abrangem ainda os “naturalia” e por vezes também os “accidentalia”.¹⁰⁹

Portanto, os índices de tipo são indícios, não exaustivos, como os elementos essenciais do contrato, que servem de mecanismo para qualificar adequadamente a atividade contratual existente em um tipo contratual, seja positivado na legislação ou seja um tipo contratual social. Dentre os principais índices de tipo existentes, o autor destaca: a causa, o objeto, a contraprestação (“contrapartida”), a configuração, o sentido, a qualidade das partes e a forma do contrato.

Dentre esses índices de tipo, importante assimilar a relevância da causa na qualificação dos contratos sem negócio jurídico. Desse modo, far-se-á uma breve digressão sobre o que é a causa e como ela se insere no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, será possível entender a causa do contrato de compra e venda secundária de participação societária para que essa atividade contratual possa ser devidamente identificada, por meio da compreensão de sua tipificação.

4.2 O conceito de causa e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro

Não há consenso na doutrina sobre a definição e utilidade exata do conceito de causa para o direito das obrigações e para o direito contratual. Nas últimas décadas, a depender do doutrinador a estuda, uma ou mais classificações podem ser encontradas, com mais ou menos aplicabilidade aos atos jurídicos, em sentido lato. Não obstante, há certa consolidação de entendimento quando se aborda o aspecto objetivo da causa, proveniente de doutrina italiana.

Do ordenamento jurídico estrangeiro, o art. 1.325 do *Codice Civile* italiano impõe que a causa é um dos requisitos do contrato: “*Il requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle*

¹⁰⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 118.

parti; 2) *la causa*; 3) *l'oggetto*; 4) *la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità.*"¹¹⁰.

Por sua vez, o Capítulo 6 do Código Civil argentino também reconhece a causa como um dos requisitos do contrato e, em seu art. 1.013 impõe sua existência na formação, na sua celebração e na execução do contrato, sob pena de ser reconhecida nulidade e até mesmo a sua extinção: "*La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato*"¹¹¹.

O Código Civil espanhol, em seu art. 1.261, também estabelece a causa da obrigação como um dos requisitos do contrato, assim dispendo: "*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca*"¹¹².

No Direito Francês, antes da reforma do *Code Civil*, em 2016, ocorrida por meio da "*Ordonnance n°2016-131, du 10 février 2016*", a causa estava expressa no seu artigo 1.131, que assim dispunha: "*L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet*"¹¹³. Todavia, a reforma parece ter suprimido a noção de causa do referido Código, em que pese haver relevantes discussões no ordenamento jurídico francês sobre a continuidade de sua aplicabilidade, independentemente da supressão do Código.

Para explicar o papel da causa nos negócios jurídicos, Antônio Junqueira de Azevedo discorre sobre os negócios denominados abstratos e causais. Os abstratos seriam aqueles nos quais predomina a forma, como a emissão de um cheque ou nota promissória, por exemplo, que devem seguir a estrita forma definida em lei sob pena de o título de crédito "cheque" ou "nota promissória" serem considerados inexistentes. Quanto aos causais, há predominância de seu objeto, em que pese a lei poder impor que deva seguir determinada forma. A compra e venda de imóvel de valor superior a trinta salários-mínimos é bom exemplo no qual

¹¹⁰ ITÁLIA. NORMATTIVA: Il portal della legge vigente. *Regio Decreto 16 marzo 1942*. Approvazione del testo del **Codice Civile**. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-04-04&atto.codiceRedazionale=042U0262&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo=10&qId=a00a9619-3c95-4df9-9993-7c93460393f6&tabID=0.778907484860087&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

¹¹¹ ARGENTINA. *Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014. p. 207. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

¹¹² ESPANHA. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

¹¹³ FRANÇA. *Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804. Code Civil*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006436262/1804-02-17/>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

a ausência da forma, qual seja, ser o negócio realizado por meio de escritura pública, implica em sua invalidade, mas não em sua inexistência. Segundo o autor:

Naturalmente, tanto os negócios abstratos têm objeto quanto os causais têm forma; os últimos, aliás (e aqui se percebem, mais uma vez, as vantagens metodológicas de separar existência, validade e eficácia), podem, até mesmo, ter forma solene (negócios ditos formais ou solenes), mas, ainda assim, não se caracterizam pela forma. Daí que, se, num negócio causal, faltar a forma solene, o problema será de nulidade (a forma prescrita é requisito de validade), e não de inexistência; já a falta, no ato abstrato, de uma “formalidade” (*rectius*, elemento categorial) o torna inexistente como aquele negócio.¹¹⁴

Além disso, Antônio Junqueira de Azevedo separa os negócios nos quais incidem o que chama de causa pressuposta e de causa final. Por essa concepção, a causa consiste na dupla realização da prestação e da contraprestação.

Desse modo, em um contrato bilateral, sinalagmático, o inadimplemento posterior da prestação, autoriza a resolução do contrato, pois a contraprestação atrelada à prestação inadimplida se tornou sem causa. Evita-se, assim, que a parte prejudicada pelo inadimplemento seja obrigada a cumprir prestação. Dessarte, a causa final atua no plano da eficácia do negócio, quase que como uma condição resolutiva¹¹⁵. O autor entende que, ao fazer referência à “cláusula resolutiva tácita”, o art. 474 do Código Civil insere a causa como justificador da resolução contratual, uma vez que a cláusula resolutiva nunca poderia ser tácita, pois deve ser expressamente aposta ao negócio pelas partes. Assim sendo, é a compreensão da ausência de causa no adimplemento das prestações que poderia fazer emergir a resolução “tácita” do negócio.

Antônio Junqueira de Azevedo, ao continuar a explicação sobre o papel da causa nos contratos bilaterais, ressalta que ela não se limita à questão da eficácia, uma vez que, se assim o fosse, serviria quase que como uma explicação adicional à possibilidade de resolução do contrato pelo inadimplemento. Outrossim, ela é uma explicação geral para os casos de ineficácia superveniente de negócios jurídicos causais, com causa final. Nesse sentido, pontua sobre a realização de acordo judicial de pagamento de prestação alimentícia na qual a causa final é analisada sob a ótica da necessidade do alimentando. No caso, cessada a necessidade, não justificar-se-ia a manutenção da prestação alimentícia.

Nos atos unilaterais, a causa também pode ser analisada no plano da eficácia. Assim, exemplifica por meio do ato de constituição de uma fundação na qual seu objeto seria a

¹¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 140.

¹¹⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *op. cit.* p. 155.

realização de pesquisa para encontrar um “remédio contra o câncer”. Na hipótese, se esse remédio viesse a ser descoberto no íterim da constituição da fundação e mesmo assim ela fosse constituída, sua causa seria deficiente, uma vez que esvaziada pelo acontecimento da descoberta, devendo a fundação ser extinta e seu patrimônio destinado a outra fundação congênere¹¹⁶.

A causa também pode influenciar no plano da validade dos negócios quando ausente o seu fato justificador. Nesse sentido, há nulidade do contrato de mútuo caso não haja a entrega da coisa fungível a qual o mutuário é obrigado a restituir, posteriormente, ao mutuante. No depósito, o contrato será nulo se não houver a entrega do objeto móvel o qual o depositário é obrigado a guardar. Por sua vez, é nula a fiança que garante débito inexistente. Esses são casos de causa pressuposta, sem a qual, o negócio pode existir, mas é nulo por falta de causa. O autor critica o direito brasileiro que, em sua visão, procura atingir o mesmo resultado por vias menos claras que a da nulidade por falta de causa. Assim, nos exemplos citados, poder-se-ia considerar que não houve a constituição do negócio jurídico, mesmo havendo um contrato assinado, sendo hipóteses de inexistência do negócio e não de nulidade.

Mesmo com esses exemplos, pode ainda ser difícil identificar qual é o conceito de causa. Para objetivá-lo, o autor descreve a causa como “a função prático-social ou econômico-social do negócio”¹¹⁷. Isso significa dizer que, por exemplo, no contrato de compra e venda, a causa seria a obrigação de transferir o domínio de uma coisa, mediante o recebimento do preço.

Sobre outros contratos relacionados a operações de *M&A*, em um *Non-Disclosure Agreement* (NDA), a causa seria a não revelação da informação indicada como confidencial entre as partes. Por sua vez, em um contrato de *joint-venture*, pode-se identificar a causa no ato de união de esforços para o desenvolvimento de um empreendimento comum, com a respectiva repartição dos lucros. Esses exemplos buscam clarificar a compreensão de causa que é de difícil assimilação. Todavia, não se ignora que um estudo específico dos diversos tipos de contrato será mais assertivo na indicação da causa de cada um deles, em especial, se houver a compreensão propugnada pelos juristas italianos que serão apresentados, adiante.

Orlando Gomes situa a causa ao lado do consentimento, do objeto e da forma como elemento intrínseco do contrato¹¹⁸. Ao discorrer sobre o conceito de causa, destaca a controvérsia e dificuldade da doutrina tanto em defini-la, quanto em aplicá-la. Todavia,

¹¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 159.

¹¹⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *op. cit.* p. 150.

¹¹⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 42.

reconhece que a corrente objetivista a tornou mais inteligível. Partindo dessa corrente, também expõe que há três modos de conceituar a causa. Pelo primeiro, a causa é a função econômico-social do contrato; pelo segundo, é o resultado jurídico objetivo que os contratantes visam obter quando estipulam o contrato; e, pelo terceiro, é a razão determinante da ação que moves as partes a celebrar o contrato. Em função desses três modos, assim resume o conceito de causa:

Identifica-se a causa, outrossim, como a unidade teleológica das prestações, isto é, como o reflexo dos interesses que as partes querem satisfazer ou como síntese dos efeitos essenciais do contrato de determinação de seu conteúdo mínimo.¹¹⁹

Por esse conceito, a causa pode ser interpretada como o *motivo típico* do contrato que corresponde à causa final, explicada por Antônio Junqueira de Azevedo. Importante a observação de que não se pode confundir a causa com motivo pessoal, interno dos contratantes. Os que compreendem a causa pelo aspecto subjetivo, nada mais fazem que integrar no processo volitivo dos contratantes a causa-função. Entretanto, como pondera o autor, o motivo típico não se confunde com os motivos individuais, de variação extrema, que levam as pessoas a realizar contratos. “Os motivos individuais são juridicamente irrelevantes, salvo quando a lei lhes atribui valor”¹²⁰.

Por conseguinte, a causa deve ser vista como o fim imediato, relevante para o Direito, relacionado do motivo típico do contrato. Isso quer dizer que, se alguém utiliza um contrato para alcançar fim que não pode ser alcançado por aquele tipo contratual ou para fim ilícito, pode-se dizer que o contrato é nulo por ter falsa causa ou causa ilícita. Assim, Orlando Gomes explica que a possibilidade de verificar a nulidade dos contratos por esse fundamento é que faz com que a causa seja juridicamente relevante. Nesse contexto, “apesar da obscuridade, não se pode eliminar dos contratos a causa. Doutro modo, não se terá fundamento próprio para invalidá-los, quando desviados da sua função típica, ou quando repugnem à consciência jurídica”¹²¹.

Maria Celina Bodin de Moraes, ao discorrer sobre a causa dos contratos, indaga que “no fundo, o problema central da causa é o problema do reconhecimento jurídico do negócio: é o problema do porquê existe o negócio, de qual é a sua razão (jurídica) de ser, em suma, a sua

¹¹⁹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 51.

¹²⁰ GOMES, Orlando. *op. cit.* p. 51.

¹²¹ GOMES, Orlando. *op. cit.* p. 52.

causa.”¹²². A autora compreende que a principal utilidade do elemento causal é apontada no serviço que presta como meio de recusa de proteção jurídica a negócios sem justificativa ou sem significação social. Dessa maneira, o negócio pode ter como requisitos de validade apenas a declaração de vontade, o objeto e a forma, nos ditames do art. 104 do Código Civil. Contudo, a causa é a especificação da função desempenhada, ou seja, é o elemento próprio e único que define o negócio e que serve para diferenciá-lo de qualquer outro, seja típico ou atípico. Assim, a causa dá ou nega ao negócio a juridicidade.

Marcelo de Oliveira Milagres, por sua vez, leciona que a causa apresenta-se como fundamento típico do negócio jurídico realizada sem vinculação a externalidades ou à significação social, sendo a razão econômico-jurídica do negócio. Portanto, a causa não se confundiria com a condição que se ajusta ao plano da eficácia, subordinando o efeito do negócio a evento futuro e incerto. Outrossim, segundo o autor:

Pode-se apontar, pois, a causa como fundamento da própria autonomia negocial ou, como destaca Maria Celina Bodin de Moraes, como a síntese dos efeitos essenciais do negócio jurídico. A causa poderia ser pensada como requisito de validade, como limite à vontade negocial e também como elemento de eficácia, reconhecendo-se efeitos do negócio jurídico em consonância com a realidade socioeconômica.¹²³.

Gustavo Tepedino explica que, no direito italiano, a concepção subjetiva da causa, excessivamente próxima aos motivos e impulsos psicológicos é superada pela ideia de função objetiva ou finalidade prática que o contrato persegue. Isso serviu, no direito italiano, “para afastar a proteção jurídica a negócios socialmente improdutivos, juridicamente indiferentes ou economicamente fúteis”¹²⁴. Assim, apresenta dois exemplos: de um acordo voltado para financiar campanha eleitoral, com objetivo de eleger o financiado por meio de contrato que determinaria a maneira na qual os eleitores deveriam votar bem como a renúncia preventivamente acordada por alguns eleitos; e do pacto o qual ex-marido firmou com a ex-esposa para que, mediante contraprestação pecuniária, ela se submetesse a exame médico perante tribunal eclesiástico com a finalidade de que o resultado do exame fosse utilizado em processo para anulação do casamento religioso.

¹²² BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *civilistica.com*. a. 2. n. 1. 2013. Disponível em: <<https://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica.com-a.2.n.1.2013-4.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2021. p. 7.

¹²³ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A Causa do Contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 14. Jan-Mar/2018. p. 159-178.

¹²⁴ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do Direito Civil: Contratos*. v. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 58.

Gustavo Tepedino, além de descrever a visão da causa como função econômico-social do contrato, apresenta a doutrina de Salvatore Pugliatti, que entende que pensar na causa apenas como função econômico-social é uma redução que empobrece o esquema jurídico, pois ela “designaria um *quid* de todo estranho ao Direito”. Por esse fundamento, Salvatore Pugliatti propõe a interpretação de que a causa é a *função jurídica do negócio*, expressa pela síntese de seus efeitos jurídicos essenciais¹²⁵. Isto posto, Gustavo Tepedino explica que “a concepção de Pugliatti, portanto, retira a causa da consciência social e a localiza dentro do ordenamento, na própria norma”¹²⁶.

Enrico Gabrielli parece compreender a noção de causa no mesmo sentido, ao explicar que se deve principalmente a Giovanni B. Ferri a superação de sua concepção como função econômico-social do ato de autonomia privada e a passagem à ideia de causa como função econômico-individual¹²⁷. O autor leciona que ela se torna o elemento de coesão de todos os outros elementos que compõem a construção do negócio e da atividade. Ao mesmo tempo, representa o índice de como a regra privada expressa os fins subjetivos que as partes do negócio pretendem perseguir, sendo o elemento que conecta tecnicamente a operação econômica, entendida em sua totalidade, aos sujeitos da relação.

No entanto, o contrato é aquilo que resulta da causa em concreto, o tipo se relaciona à causa abstrata, mas que expressa somente um modelo de organização de interesses¹²⁸, posto pelo legislador. Nesse sentido, a valoração do ato de autonomia privada se move do plano da causa (abstrata) e do tipo para o plano do interesse, uma vez que a tipicidade de um contrato não representa, necessariamente, o objeto perseguido pelas partes.

Dessarte, ao invés de uma causa como fonte da identificação da tipicidade contratual, deve referir-se à natureza do interesse perseguido pelas partes. Por essa visão, segundo o autor, também seria superado o problema de ilicitude da causa do negócio típico, pois a tipicidade identifica não o objeto do interesse das partes, mas a disciplina normativa a ser aplicada para a realização desse interesse. Dentro dessa perspectiva, a causa se torna a função econômico-individual do contrato, na medida em que resguarda uma operação que exprime as necessidades e interesses dos indivíduos, partes da operação¹²⁹.

¹²⁵ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do Direito Civil: Contratos*. v. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 59.

¹²⁶ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *op. cit.* p. 59.

¹²⁷ GABRIELLI, Enrico. L'operazione econômica nella teoria del contratto. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Settembre 2009. Anno. LXIII. n. 3. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 905-939. p. 911.

¹²⁸ GABRIELLI, Enrico. *op. cit.* p. 911-912.

¹²⁹ GABRIELLI, Enrico. *op. cit.* p. 912.

Em que pese o direito brasileiro não ter positivado expressamente a causa como elemento do negócio jurídico ou do contrato, alguns dispositivos da legislação, como o já mencionado art. 474 do Código Civil, trazem normas que necessitam do conceito de causa para que sejam melhor interpretados e aplicados. Além do referido artigo, há menção expressa à causa no art. 884 que trata do instituto do enriquecimento sem causa: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Sobre o instituto, Caio Mário da Silva Pereira explica que os Códigos modernos adotaram técnicas diferentes para solucionar o problema advindo do “enriquecimento indevido”. Isso possivelmente se deve ao fato de que a matéria não foi desenvolvida satisfatoriamente no Direito romano. Assim, naquele sistema, não se chegou a construir um sistema de princípios, limitando-se a apontar dispersas soluções inspiradas na equidade. No Direito romano, o meio técnico que visava alcançar a finalidade do instituto eram as *condictiones*, nas quais quem se locupletasse de coisa alheia deveria restituí-la ao seu dono¹³⁰. Assim, discorre:

Todas as hipóteses conhecidas eram envolvidas na epígrafe ampla das *condictiones sine causa*, denominação que permitiu aos juristas modernos generalizar, dizendo: quando alguém recebia indevidamente alguma coisa, ou quando cessava a razão justificativa de tê-la recebido ou quando a aquisição provinha de furto ou de um motivo imoral, não tinha o direito de retê-la, por lhe faltar uma causa. Esta, porém, não era elementar na *obligatio*, que se contraía independentemente de seu conceito, porém necessária a que o adquirente conservasse a propriedade ou a posse da coisa recebida. Faltando, então, a causa, o adquirente perdia o direito de reter a coisa, e devia restituí-la. A via ou o meio técnico eram as *condictiones*.

O Código Civil de 1916 também não trazia ao ordenamento o instituto do enriquecimento sem causa. Falava em seus arts. 964 ao 971¹³¹ sobre o “pagamento indevido”.

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. v. II. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 265.

¹³¹ Cf. “Art. 964. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir.

A mesma obrigação incumbe ao que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

Art. 965. Ao que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro.

Art. 966. Aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas a coisa dada em pagamento indevido, aplica-se o disposto nos arts. 510 a 519.

Art. 967. Se, aquele, que indevidamente recebeu um imóvel, o tiver alienado, deve assistir o proprietário na retificação do registro, nos termos do art. 860.

Art. 968. Se, aquele, que indevidamente recebeu um imóvel, o tiver alienado em boa fé, por título oneroso, responde somente pelo preço recebido; mas, se obrou de má fé, além do valor do imóvel, responde por perda e danos.

Parágrafo único. Se o imóvel se alheou por título gratuito, ou se, alheando-se por título oneroso, obrou de má fé o terceiro adquirente, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.

Pela previsão do Código, aquele que recebeu o que não lhe era devido, ficava obrigado a restituir. A norma parecia dar mais ênfase à prova da existência de um dever ou obrigação justificadora do pagamento, do que propriamente ao enriquecimento sem causa, que possui caráter mais abrangente pelo fato de não estar necessariamente relacionado ao pagamento. A finalidade precípua do instituto é impedir a permanência no ordenamento jurídico de uma situação fática na qual há a modificação patrimonial de uma pessoa, caracterizada por seu enriquecimento, mediante o empobrecimento de outra, sem a existência de fundamento jurídico que a torne idônea. Em vista disso, “o legislador pretende estabelecer que o enriquecimento se considera quando falta a causa no momento que o beneficiado auferiu o proveito (recebimento *sine causa*), e bem assim quando a causa para a retenção venha a faltar posteriormente (*causa non secuta*)”¹³².

Dessarte, a referência à existência ou não à causa e a compreensão do que ela vem a ser, é importante para aplicabilidade da norma. É necessário identificar qual é a causa do ato jurídico (*lato senso*) em análise e se ela existiu ou não para inferir se houve enriquecimento sem causa, de modo a aplicar a sanção positivada pela norma, qual seja, a de quem tenha enriquecido restitua a quem de direito aquilo que percebeu “sem causa”, com correção monetária.

As reflexões sobre a causa são fundamentais para este estudo. Em vista disso, adotar-se-á a concepção de causa, como propugnada por Salvatore Pugliatti e trazida por Gustavo Tepedino na qual é concebida como a função jurídica do negócio onde se identifica sua *mínima unidade de efeitos*, bem como a de Enrico Gabrielli de que a causa é a função econômico-individual do contrato, relacionando-se ao interesse perseguido pelas partes naquela operação econômica específica.

O contrato de compra e venda secundária de participação societária terá sua causa definida a partir da perspectiva do contrato de compra e venda “ordinário”, uma vez que, em que pese o interesse perseguido pelas partes não corresponder a uma compra e venda ordinária, há similitude da operação econômica efetivada. Sobre a causa do contrato de compra e venda, Gustavo Tepedino discorre:

Art. 969. Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o por conta de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a ação ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas o que pagou, dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador.

Art. 970. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação natural.

Art. 971. Não terá direito a repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.” (BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Lei Federal n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.)

¹³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. v. II. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 269.

Vale dizer, ainda que o conteúdo contratual abranja diversas prestações, a compra e venda caracteriza-se por duas prestações essenciais contrapostas, que a um só tempo definem o seu sinalagma e a sua causa: as prestações de entrega do bem para a transferência da propriedade e o pagamento do preço convencionado. Sem a causa, não se tem a perspectiva funcional de qualificação, já que os demais elementos essenciais se limitam a definir a estrutura da compra e venda. Cuida-se, portanto, da identificação da função prático-social alcançada pela autonomia privada, mediante a mínima unidade de efeitos essenciais produzidos pelo negócio jurídico, a serem analisados em concreto.

A identificação da causa do contrato de compra e venda secundária de participação societária será essencial à qualificação da relação e da respectiva definição da tutela jurídica aplicável, pois “a causa é que torna o negócio jurídico e também as relações, mesmo as não negociais, jurídicas”¹³³. No processo de formação do contrato, há o momento no qual ainda não existem declarações de vontade expressas das partes, aperfeiçoando um negócio jurídico. Não obstante, há a possibilidade de formação de um contrato sem negócio.

Nos contratos típicos, com negócio jurídico, as partes declaram a vontade, mas a escolha da estrutura é prevista em lei, não deixada ao arbítrio das partes. Todavia, quando se trata de contratos sem negócio jurídico seria impossível que a escolha da estrutura fosse deixada “nas mãos” das partes, uma vez que é característica dos contratos dessa natureza a inexistência de declaração de vontade ou de capacidade negocial¹³⁴. Portanto, a identificação da causa, como mínima unidade de efeitos do contrato é o que permitirá a qualificação da relação jurídica estabelecida e a aplicação do regime jurídico cabível.

Sobre a diferenciação da análise da causa em contrato com negócio jurídico e sem negócio jurídico, Juliana Pedreira da Silva esclarece que, quando há negócio jurídico, a manifestação de vontade das partes projeta quais são os efeitos pretendidos naquela relação. Todavia, apenas norteiam a valoração dos efeitos, pois serão efetivamente atribuídos pela ordem jurídica. Desse modo, a investigação da causa deverá considerar a projeção de efeitos formulada pelas partes, sendo mais complexa quanto mais especificidades existirem nas declarações. Por sua vez, nas relações contratuais sem negócio, como ainda não há projeção dos efeitos formulada pelas partes, pois ausentes as declarações de vontade, a ordem jurídica irá impor os efeitos sem a necessidade de analisar qualquer projeção, pois não há predisposição de regulamento contratual com força obrigatória¹³⁵.

¹³³ SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 53.

¹³⁴ SILVA, Juliana Pedreira da. *op. cit.* p. 53.

¹³⁵ SILVA, Juliana Pedreira da. *op. cit.* p. 55.

4.3 A causa do contrato de compra e venda secundária de participação societária

4.3.1 Compra e venda de participação societária

Demonstrado o conceito e importância da causa, como índice de tipo que auxilia o entendimento e a interpretação da formação do contrato sem negócio jurídico, buscar-se-á a sua aplicação ao processo, à atividade contratual de formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária. A identificação da causa desse contrato deve necessariamente partir da análise de sua função e do interesse perseguido pelas partes. Para isso, necessário entender melhor a natureza e “para que serve” esse contrato.

Como ponto inicial, é possível partir da tipificação do contrato ordinário de compra e venda positivada no art. 481 do Código Civil, uma pessoa se obriga a transferir o domínio de “certa coisa”, mediante o pagamento do preço. Poder-se-ia afirmar que esta é a causa de um contrato simples e típico de compra e venda. Todavia, a compra e venda de participação societária, como exaustivamente exposto, é um subtipo¹³⁶ especial de contrato de compra e venda, de complexidade elevada. Essa complexidade irá variar em razão da organização societária, do tamanho, atividade, ativos e passivos da sociedade envolvida, mas a definição do preço e objeto exigem análise de outros pontos geralmente ausentes em uma compra e venda ordinária.

Nesse sentido, a verificação da causa do contrato de compra e venda secundária de participação societária deve passar, primeiramente, pela análise da correspondência dessa atividade contratual ao tipo geral do contrato de compra e venda. Apesar da denominação conferida ao contrato, a operação se enquadra na espécie como propugnada pelo Código?

Sobre essa questão, Gabriel Saad Kik Buschinelli¹³⁷ apresenta algumas indagações sobre a correção em se tratar essa operação como uma compra e venda. Ao comentar o referido artigo do Código Civil brasileiro, o autor explica que ele se difere do congênere italiano, que define a compra e venda como o contrato que tem por objeto a transferência da propriedade de

¹³⁶ “Os tipos relacionam-se entre si de modos diversos. Um tipo pode coexistir com vários subtipos. O tipo contratual da compra e venda, por exemplo, coexiste com vários subtipos, como são, sem ser exaustivo, a venda a contento, a venda em prestações, a venda a retro. (...) A relação dos tipos com os subtipos não tem a ver com um processo indutivo-dedutivo, de abstração e especificação, mas antes com a elasticidade, abertura e graduabilidade própria do tipo, e com um processo analógico que se desenvolve num só plano. Os subtipos da compra e venda não são formas especiais, inferiores, de compra e venda, mas sim partes, zonas áreas daquele tipo, cujos contornos são desenhados tendo em referência um critério mais estrito.” (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 76)

¹³⁷ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 85.

uma coisa ou outro direito contra o pagamento do preço¹³⁸. Por sua vez, a tipificação brasileira aborda somente a transferência de domínio de uma *coisa* e por haver na doutrina inúmeras reservas sobre a possibilidade de se tratar cotas ou ações como coisa, haverá repercussão na possibilidade de aplicar o regime da compra e venda aos contratos que as tenham como objeto.

Sobre a definição de coisas e bens, Marcelo de Oliveira Milagres leciona que “em uma primeira acepção, coisa é compreendida como gênero, como tudo que existe no universo, à exceção do sujeito de direito”¹³⁹. Nessa compreensão, “bens seriam as coisas economicamente apreciáveis”¹⁴⁰. Por outra acepção, bens seriam todos os valores, materiais ou imateriais, corpóreos ou incorpóreos, necessários às relações de vida compreendendo a ideia de valoração patrimonial ou extrapatrimonial. Portanto, coisas seriam espécies de bens corpóreos, materiais¹⁴¹.

O autor compreende que este parece ser o entendimento adotado pelo Código Civil brasileiro, no qual coisa é colocada como espécie de bem, afigurando-se mais ajustado à realidade jurídica. Todavia, comenta o fato de que, apesar de o Código Civil brasileiro não desconhecer os bens materiais nem incorpóreos como essenciais ao desenvolvimento da personalidade humana, o “Direito das Coisas – ou Direitos Reais”, na Parte Especial do Código, traz uma ideia de redução temática ou de restrição à disciplina das relações jurídicas concernentes aos bens incorpóreos ou materiais. Nesse sentido, explica:

As formas de manifestação de domínio se cingem a esses bens, não sendo compreendido pela codificação o regime jurídico de bens imateriais, como marcas, patentes, *softwares* – objeto de legislação especial –, em que pese a reconhecida possibilidade de penhor e de usufruto de ações¹⁴².

A relevância na definição dos conceitos de coisa e bem reside na aplicabilidade dos diversos institutos e regime jurídico próprios do direito das coisas, uma vez que há implicações práticas em se considerar que algo é ou não uma *coisa*. Tratando-se do instituto da posse, por exemplo, especialmente, após a revolução tecnológica que permeia a sociedade desde o início

¹³⁸ Cf. “Art. 1470. *Nozione. La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo.*” (ITÁLIA. NORMATTIVA: Il portal della legge vigente. *Regio Decreto 16 marzo 1942. Approvazione del testo del Codice Civile.* Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-04-04&atto.codiceRedazionale=042U0262&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo=10&qId=a00a9619-3c95-4df9-9993-7c93460393f6&tabID=0.778907484860087&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em 05 jun. 2021).

¹³⁹ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Manual de Direito das Coisas*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 28.

¹⁴⁰ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *op. cit.* p. 28.

¹⁴¹ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *op. cit.* p. 29.

¹⁴² MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *op. cit.* p. 30.

dos anos 2000, a doutrina e jurisprudência não possuem entendimento uniforme sobre a adequação do conceito aos bens imateriais e incorpóreos.

Em precedente de 2016 que analisava a possibilidade de interposição de recurso de Embargos de Terceiro fundamentado na defesa da posse de cotas de fundo de investimento, nos termos do art. 1.046 do Código de Processo Civil de 1973¹⁴³, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afirma que a doutrina tradicional compreende que o instituto pode apenas incidir sobre bens corpóreos, apesar da instigante controvérsia sobre sua aplicação, no que tange o direito material. Portanto, rejeitaram esse fundamento como hábil a sustentar e interposição dos Embargos de Terceiro.

Resta analisar a questão do cabimento dos embargos de terceiro para defender o direito a essas cotas.

Sob o ponto de vista do direito material, trata-se de uma controvérsia antiga, que já opôs dois dos maiores juristas brasileiros do início do século passado. De um lado, RUI BARBOSA manifestava-se pelo cabimento da posse de bens incorpóreos, enquanto, de outro lado, CLÓVIS BEVILÁQUA, pugnava pela limitação da posse aos bens corpóreos, seguindo a tradição romana, tese que acabou prevalecendo no Código Civil de 1916, sendo mantida no código atual.

A definição do objeto da posse é importante porque, pela literalidade do art. 1.046 do Código de Processo Civil de 1973, os embargos de terceiro teriam natureza estritamente possessória de modo que somente seriam cabíveis nas hipóteses de constrição de bens sujeitos à posse.

(...)

Assim, na linha da doutrina tradicional, que somente admite posse de bens corpóreos, os embargos de terceiro ficariam restritos à defesa desse tipo de bem.

Nas últimas décadas, porém, os bens incorpóreos passaram a ter tamanha relevância na sociedade contemporânea, que a controvérsia acerca do objeto da posse voltou à tona.

(...)

Sob a ótica do direito material, portanto, tem-se uma instigante controvérsia acerca da posse de bens imateriais.¹⁴⁴

As seguintes provocações, que não serão objeto de maior análise por este estudo, tangenciam a investigação proposta, pois auxiliam na identificação da natureza jurídica do

¹⁴³ Cf. “Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

§1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

§2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.

§3º o Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.” (BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Lei Federal n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Grifo do autor)

¹⁴⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.554.729/RJ*. Terceira Turma. Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Recorrente: Chade e Advogados S/C. Recorrido: Primo Rossi Administradora de Consórcio LTDA. Julg. 03/05/2016. DJe. 10/05/2016.

objeto do contrato em estudo: há posse sobre ações e cotas¹⁴⁵? São elas coisas ou somente bens? Se não são coisas, como é possível a instituição de usufruto sobre participações societárias? Se não são coisas podem ser objeto de contrato de compra e venda?

Álvaro Villaça Azevedo, em comentário inicial ao dispositivo do art. 481 do Código Civil, não aborda inicialmente a referência expressa ao termo *coisa* na definição do contrato de compra e venda. Assim, perpassando o termo, mistura as definições de coisa, bem, objeto e comenta do artigo da seguinte forma:

Os elementos conceituais do contrato de compra e venda encontram-se no art. 481 do atual Código Civil, antes no art. 1.122 do Código de 1916, quando retrata que, por ele, o contratante-vendedor obriga-se a transferir o domínio de determinado bem e o contratante-comprador a pagar-lhe o preço em dinheiro.

(...)

Daí posso dizer que a compra e venda é o contrato pelo qual o vendedor se obriga a vender, e o comprador a comprar, determinado objeto por determinado preço.¹⁴⁶

No entanto, ao seguir na leitura do capítulo, quando trata especificamente do objeto do contrato de compra e venda, delimita melhor o sentido da expressão “coisa” aferindo que o objeto do contrato será sempre coisa corpórea, objeto do domínio e não de coisas incorpóreas, cuja transferência ocorre por cessão¹⁴⁷. É bem possível que, ao redigir o referido artigo, durante os longos anos nos quais o Código Civil de 2002 permaneceu sendo elaborado, o legislador pode não ter se atentado para a restrição conceitual que traz a tipificação contratual. Certamente, em época na qual não havia maiores discussões sobre o incorpóreo, pois o mundo digital ainda estava longe da realidade das pessoas.

Afinal, se a compra e venda apenas pode ter como objeto coisa e a esta será sempre corpórea, não poderá haver compra e venda de bens digitais, pois não são considerados coisa?

¹⁴⁵ Cf. “A noção jurídica de ‘coisa’ foi construída sobre as coisas corpóreas simplesmente porque eram essas as coisas de maior densidade econômico-social. (...) *O fato da imaterialidade* se apresenta, assim, aos nossos olhos, postulando a reconstrução teórico-dogmática das categorias pelas quais, no Direito, pensamos a realidade. No que concerne ao objeto dessas notas, esse caminho foi aberto, na Modernidade, justamente pela usucapião dos títulos de crédito, mas podemos cogitar, em vista da jurisprudência, de outras hipóteses. Assim, por exemplo, a marca comercial cuja propriedade, até a vigência de lei específica era adquirida pela “ocupação prolongada”. (...) Ações são valores mobiliários, mas estando sujeitas a um mercado, são mercadorias. Na comparação com os títulos de crédito se apresentam *‘mais como res do que como créditos’*. Como *res* que são, ingressam, por definição do direito, na categoria de coisas móveis e fungíveis e, portanto, no regime protetor da posse, que se ampara em dois eixos, um conceitual, outro operativo. Conceitualmente a idéia de posse vem revestida pela idéia de *legitimação*, ou investidura formal, enquanto a propriedade acionária é dita ‘titularidade’. Operativamente, pelas formas através das quais se opera o *modus acquisitionis*”. (MARTINS-COSTA, Judith. Usucapião de Coisa Incorpórea: breves notas sobre um velho tema sempre novo. In: TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 631-653. p. 647-651)

¹⁴⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Comentários ao Novo Código Civil: Das várias espécies de contratos. Da Compra e venda. Do compromisso de compra e venda. Arts. 481 a 532. 2. ed. v. 7. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 32.

¹⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *op. cit.* p. 36.

Um *software* ou marca não se enquadram no conceito de coisa, pois incorpóreos, não se submetem, assim, ao regime jurídico da compra e venda¹⁴⁸? A releitura atual do dispositivo evidencia que há certa impropriedade em sua redação. Seria mais adequado se referir a *bem* e não a *coisa* ou, no mínimo copiar seu congênere italiano que inclui a transferência da propriedade de coisa ou direito.

Quanto à releitura do termo “coisa” trazido no art. 481 do Código Civil, Gabriel Saad Kik Buschinelli¹⁴⁹ expõe alguns argumentos para fundamentá-la, pois não justificar-se-ia interpretação restritiva do objeto do contrato de compra e venda no direito brasileiro.

Portanto, primeiramente, destaca a divergência doutrinária quanto à conceituação de “bens” e “coisas” de forma que o próprio Código Civil brasileiro utiliza os termos em várias ocasiões, sem o adequado rigor técnico e sem efetivamente conceituar “coisa”. Por exemplo, o penhor de direitos sobre coisas móveis é tratado como um direito real, dentro do Livro III, dos Direitos das Coisas. Contudo, sendo incorpóreo o direito sobre o qual será instituído penhor, mais adequado seria tratá-lo como bem e não como coisa.

Outro argumento apresentado por Gabriel Buschinelli relaciona-se às discussões sobre a natureza jurídica da energia. Nesse sentido, discorre que, na década de 1930, debatia-se na Alemanha se o consumo de energia elétrica deveria ser regulado pela compra e venda, sendo a energia seu objeto, ou teria natureza de uma prestação de serviço, pois a doutrina tradicionalista negava o caráter de coisa à energia elétrica. Portanto, em tese, não poderia ser objeto de um contrato de compra e venda.

O Tribunal do Império, por sua vez, apesar de reconhecer que a energia não poderia ser considerada coisa admitiu uma “leitura jurídica” do termo coisa, que prescindiria de algo físico. Assim, o consumo de energia ficou sujeito às normas atinentes ao contrato de compra e venda, pois, apesar de não ser coisa, como coisa era tratada no tráfego negocial.

O Código Civil brasileiro define a energia, diretamente, como um bem móvel, dotado de valor econômico, sem atribuir-lhe a natureza de coisa. Dessarte, isso não impede que sejam efetivados contratos de compra e venda de energia elétrica. Nesse contexto, conclui o autor: “O direito privado, dessa forma, caminha para a superação da necessária verificação de

¹⁴⁸ Considerando-se, naturalmente, que vários *softwares* não são efetivamente vendidos, com a transmissão do direito de propriedade, mas é concedida licença de uso. Todavia, um regime jurídico não elimina a possibilidade de utilização de outro se for esse o propósito negocial.

¹⁴⁹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 102.

um corpo tangível (*corpus mechanicum*) para que os bens recebam a tutela dispensada às coisas objeto do direito de propriedade, como ocorre na propriedade intelectual”¹⁵⁰.

Ainda diante dessa discussão, trazendo-a para o objeto desta pesquisa, Gabriel Buschinelli demonstra que parte da doutrina e precedente antigos do Superior Tribunal de Justiça¹⁵¹ exprimiam que não se vendem cotas ou ações, mas essas só poderiam ser objeto de “cessão”. Cita, assim, Modesto Carvalhosa que já afirmou que “pela sua natureza de bens incorpóreos, as escriturais não são objeto de compra e venda, mas de cessão e por isso não se prestam à tradição”¹⁵².

Todavia, ao analisar minuciosamente os negócios jurídicos relativos à transferência de titularidade de participações societárias, Gabriel Buschinelli demonstra importante distinção quanto à existência dos negócios jurídicos causais, no qual pactuam-se obrigações e aqueles negócio jurídicos dispositivos, onde há a efetiva transferência de um direito real sobre um bem.

Sobre a diferença entre direitos reais e direitos obrigacionais, Marcelo de Oliveira Milagres leciona que os direitos reais incidem sobre coisa certa e determinada, o titular do domínio exerce o seu direito subjetivo, patrimonial, indistintamente em relação a qualquer pessoa. Por sua vez, os direitos obrigacionais têm por objeto uma prestação estando as coisas presentes ou não nas relações obrigacionais¹⁵³. Assim, discorre:

Como bem sintetiza Darcy Bessone, o que caracteriza o direito real é o poder imediato e direto sobre a coisa (*jus in re*), sem a intermediação de outro sujeito. A sujeição passiva é universal. O direito real seria mais forte que o direito obrigacional, porquanto o titular do direito real, em razão da sequela, pode perseguir a coisa onde quer que esteja, estando ainda em uma posição de maior vantagem em relação a outros credores que não providos de garantia real (direito de preferência).

De sua vez, a relação jurídica obrigacional consiste em vínculo que liga a pessoa do devedor à do credor, competindo ao primeiro a obrigação de realização do objeto (dar

¹⁵⁰ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 102.

¹⁵¹ Cf. “Na hipótese não há como equiparar a quota social à ação, que é um bem de segundo grau, podendo ser materializado em documento e circular no mercado. A quota não é objeto de propriedade, não se desliga da pessoa do sócio, como também não é apenas uma fração ideal do capital social. A quota é a representação da titularidade do sócio na sociedade, nas suas relações com ela mesma e com os demais sócios. É um conjunto de direitos e obrigações ou um conjunto de poderes e deveres personalíssimos que não pode ser objeto livre de compra e venda. Por isso que, nunca se diz que o quotista é proprietário da quota, mas titular dela, da mesma forma que não há compra e venda de quota, mas cessão de direito de quota. Se assim é, segundo a lei vigente, a cessão de quotas sociais, de sociedade comercial, no caso concreto, é negócio jurídico que não é perquirido e nem o pode ser fora do contexto da própria sociedade. O negócio só interessa aos sócios e à sociedade, uma vez que a condição de sócio é personalíssima, ou seja, não há substituição sem o consentimento dos demais e muito menos a submissão da composição societária à aprovação de terceiros.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 32.246/SP*. Min. Rel. Waldemar Zveiter. Recorrente: Sara Kauffman Harrouche. Recorridos: Jacob Kauffman, João Valetim Sinhoretto, Isa Kauffman e outros. Julg. 11/05/1993. Pub. D.J. 31/05/1993)

¹⁵² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 247.

¹⁵³ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Manual de Direito das Coisas*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 35.

coisa certa, dar coisa incerta, fazer ou não fazer algo). Ainda que a obrigação tenha por objeto uma coisa, o credor depende do comportamento do devedor, ou seja, ele não tem direito sobre a coisa, mas um direito à coisa (*jus ad rem*).¹⁵⁴

Desse modo também expõe Judith Martins-Costa, ao tratar das fases do processo obrigacional, quando envolve a transferência de domínio. Explica a autora que a relação obrigacional, quando destinada a viabilizar a transmissão do domínio perpassa os planos do Direito das Obrigações, em que estão situadas as fases do nascimento e da execução e o plano dos Direitos Reais, em que se situa a fase do adimplemento que ocorre pelo ato-fato da tradição ou pelo acordo de constituição ou transmissão de direito real pela transcrição e/ou registro do negócio obrigacional em registro público¹⁵⁵. Nesse contexto, disserta:

Os planos da relação obrigacional são distintos das fases. A distinção em planos é compreensível em vista do Direito Comparado. No modelo germânico, discerne-se entre atos geradores de obrigações e atos de disposição do domínio, bem como entre atos causais e abstratos. Diferenciam-se, portanto, os atos pelos quais a obrigação é gerada e o domínio é transferido, o primeiro situando-se no plano do Direito Obrigacional e o segundo no dos Direitos Reais. No Direito francês, diversamente, a transmissão do domínio é operada pelo contrato: tudo se passa no plano do Direito Obrigacional.

O modelo brasileiro é, nesta maneira, semelhante ao do Direito Germânico, de modo que, nos negócios endereçados à transmissão (e.g., acordo de transmissão da propriedade) ou constituição de direito real (e.g., acordo de constituição do direito real de superfície), a relação obrigacional se desenvolve como um processo que atravessa *diferentes fases e distintos planos*: nasce e se desenvolve no plano do Direito das Obrigações, mas seu adimplemento está situado no plano dos Direitos Reais.¹⁵⁶

A partir dessas observações e distinções dos negócios que são entabulados na compra e venda de participação societária, Gabriel Buschinelli sustenta a possibilidade e assertividade jurídica em se tratar o contrato que envolve a transferência de titularidade onerosa de participação societária em um contrato de compra e venda de participação societária. Há dois momentos distintos na compra e venda de participação societária. Um diz respeito à formação do vínculo obrigacional, sendo o contrato de compra e venda um contrato causal. Por seu turno, a cessão da participação societária identifica-se como segundo momento no qual há a efetiva transferência de domínio sobre a participação societária, com a respectiva transmissão dos direitos reais aplicáveis à espécie.

Não há, desde já, quando pactuado o contrato de compra e venda de participação societária, a cessão daquela participação, mas uma relação obrigacional de compra e venda de

¹⁵⁴ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Manual de Direito das Coisas*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 36.

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 417-418.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 418.

um bem – a participação societária – que deve ser cedido para que ocorra o adimplemento da obrigação. Assim, Gabriel Buschinelli explica:

Considerando essa aptidão do contrato de compra e venda para ter por objeto a obrigação de entrega de outros bens que não sejam físicos, afirma-se, com razão, que, no lugar da tradição do bem móvel, ou da transmissão da propriedade do bem imóvel mediante registro público, seria possível que a compra e venda conduzisse à disposição de outras posições patrimoniais. Aceita-se, com isso, que a compra e venda pode incluir como objeto a obrigação de transmissão de crédito, hipótese em que a cessão de crédito se apresenta como negócio dispositivo para adimplemento da compra e venda, que atua como negócio básico causal. Igualmente, admite-se que o contrato de transferência de participações societárias, sejam ações ou quotas, pode-se inserir como medida para o adimplemento de contrato de compra e venda.¹⁵⁷

Em que pese o *closing* da operação de *M&A* de compra e venda secundária de participação societária se dar quando, mediante o pagamento, é efetivada a transferência das participações societárias adquiridas ao comprador, seja pelo registro das ações nominativas, registrais ou escriturais, nos respectivos livros ou do ato de alteração do contrato social na Junta Comercial, a cessão das participações só ocorrerá em função de prévio vínculo obrigacional formado durante o processo.

4.3.2 A modificação do *status socii* como causa do contrato de compra e venda secundária de participação societária

A classificação como compra e venda do contrato na qual uma pessoa se obriga a transferir a outra participação societária poderia levar à conclusão de que a sua causa é a obrigação de transferir o domínio das cotas ou ações, mediante o pagamento do preço. No entanto, quando se trata de compra e venda secundária de participação societária de sociedades limitadas e sociedades anônimas fechadas, deve-se observar que o comprador, por meio da aquisição da titularidade da participação, objetiva o *status socii*.

Nesse sentido, a causa do contrato de compra e venda secundária de participação societária não se esgota em pensar na mera transmissão da titularidade e domínio sobre as cotas ou ações, mas na modificação para que o comprador obtenha a posição de sócio, o *status socii* perante aquela sociedade.

Status socii é a expressão que designa a condição de sócio perante uma sociedade. Essa condição atrai todos os direitos e deveres de um sócio para com a sociedade e perante

¹⁵⁷ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 103.

terceiros que com ela se relacionam. Ao adquirir a participação societária nas companhias fechadas e nas sociedades limitadas o comprador será titular das ações ou cotas que lhe conferirão os direitos de voto, de receber dividendos, de ter preferência em eventual aumento de capital da sociedade ou na compra de participação societária de outro sócio, de fiscalizar as atividades da sociedade, de ter acesso às suas demonstrações financeiras e contábeis, de participar proporcionalmente na divisão do ativo e passivo da sociedade, em caso de sua dissolução, dentre outros.

Também lhe serão atribuídos os deveres inerentes à posição de sócio, em especial, o de integralizar o capital social pelas cotas ou ações subscritas e o de zelar pelos interesses da sociedade, cooperando com suas atividades, sendo vedado ao sócio, sob pena de ser excluído da sociedade por falta grave, quando age contra o fim da sociedade.

Ao discutir a natureza jurídica das participações societárias, Gabriel Buschinelli, analisando-as como objeto de direito, elucida que “todos os direitos e deveres inerentes à condição de sócio são resumidos em uma unidade passível de transmissão a terceiros ou de ser gravada por direitos reais como o usufruto ou o penhor”¹⁵⁸. Assim, conclui que a participação societária funciona como um mecanismo para mobilizar a posição de sócio. Nesse contexto, o autor depreende que a figura jurídica que parece melhor explicar a natureza do ato de transferência de titularidade de participações societárias é a *cessão de posição contratual*, por meio da qual são transferidas posições jurídicas ativas e passivas em sua totalidade¹⁵⁹.

Gabriel Buschinelli pondera que, por essa característica, de as participações societárias mobilizarem uma posição contratual quase que como um contrato de cessão de crédito e assunção de dívida, tratá-las exclusivamente como um bem pode não ser inteiramente adequado uma vez que nenhum outro bem traz consigo esses deveres e obrigações advindos da titularidade da participação societária, que ultrapassam outros exemplos de obrigações *ad rem*.

Todavia, menos adequado seria tratá-la como uma espécie *sui generis*, classificação que lhe pode ser atribuída por negação¹⁶⁰. Uma vez autonomizada, a participação societária é passível de circulação como um bem¹⁶¹, podendo ser, assim, objeto de contrato de compra e venda como já delineado nos tópicos anteriores.

Com fundamento nessas peculiaridades que envolvem a natureza da compra e venda de participação societária, conclui-se que a causa do contrato de compra e venda de

¹⁵⁸ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 92.

¹⁵⁹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *op. cit.* p. 96.

¹⁶⁰ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *op. cit.* p. 93.

¹⁶¹ BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *op. cit.* p. 96.

participação societária é a obrigação de transferir o domínio sobre as cotas ou ações para que o comprador obtenha o *status socii* perante a sociedade-alvo, mediante o pagamento do preço ao vendedor.

4.4 O momento da formação do contrato de compra e venda de participação societária, sem negócio jurídico

Compreendido como se forma e do que é composto um contrato de compra e venda secundária de participação societária bem como identificada a sua causa, como um dos relevantes índices de tipo, que qualificam a atividade contratual, torna-se possível definir o momento em que a relação entre as partes evoluiu da fase pré-contratual, tutelada pela responsabilidade civil extracontratual, para uma fase contratual, mesmo que sem a expressa manifestação de vontade das partes e sem a assinatura de um contrato definitivo.

Conforme a teoria dos índices de tipo de Pedro Pais de Vasconcelos, entende-se, portanto, que os seguintes índices, não absolutos, manifestados na atividade contratual, poderão levar à constatação que o contato social qualificado se tornou tão estreito de modo que houve a formação de um contrato sem negócio jurídico na situação fática examinada:

- (i) evidência do interesse da(s) parte(s) compradoras em obter o *status socii*, por meio da aquisição da titularidade da participação societária da(s) vendedora(s), e desta(s), em alienar sua participação societária para o recebimento do preço, identificando-se a *causa* da relação;
- (ii) a adequada delimitação do objeto da atividade contratual ao longo do processo contratual;
- (iii) a inserção de todas as pessoas titulares das cotas/ações, objeto da operação, no processo contratual e no desenvolvimento da atividade contratual;
- (iv) a clara identificação de quantas cotas/ações são objeto da operação, quem é(são) seu(s) titular(es) e a qual(is) classe(s) elas pertencem;
- (v) a manutenção de negociações e permanência das partes no processo contratual após a obtenção do resultado de uma *due diligence*;
- (vi) a identificação de parâmetros mínimos da equação econômica estabelecida para definição do preço do objeto do contrato;

- (vii) a identificação de quais são as principais contingências e/ou passivos apontados pelas partes que poderão influenciar no preço das cotas/ações adquiridas;
- (viii) a identificação da forma de pagamento perseguida pelas partes: se em dinheiro; por meio de dação em pagamento (ações/cotas de outras sociedades); por permuta, entre outras.

Identificados esses índices, não haverá possibilidade de uma ou mais partes simplesmente “desistir” de firmar o instrumento contratual definitivo. Se já há relação contratual, a assinatura do “contrato definitivo” será apenas ato de formalização em instrumento da relação já existente e válida.

Nesse cenário, poder-se-ia, equivocadamente, afirmar que o Código Civil já prevê que um contrato pode ser pactuado verbalmente. Em que pese haver uma aproximação do meio de prova de um contrato verbal à do meio de prova do contrato formado sem negócio jurídico, são questões distintas. O paradigma de contrato baseado na manifestação de vontade insere-se na evidenciação e na própria constituição da prova de formação de um contrato verbal.

Nesse sentido, usualmente, exige-se que, para comprovação de existência de um contrato verbal, seja demonstrado que as partes expressaram, verbalmente e inequivocamente, a vontade de contratar. Por outro lado, a prova da existência do contrato sem negócio jurídico, formado progressivamente, tem fundamento na realização de uma série de atos concatenados, dirigidos à formação do contrato, independentemente da manifestação de vontade. Esses atos expressam o exercício da atividade contratual que, quando alcança o suporte fático configurado pela identificação dos índices de tipo acima indicados, culminará na formação do contrato. Nesses termos, a relação das partes passará a se tutelada pela responsabilidade contratual, pois já ultrapassada a incidência da responsabilidade extracontratual.

Observa-se que a ausência de um instrumento contratual definitivo torna a tutela e interpretação da relação jurídica entre as partes mais difícil. Muitas obrigações acessórias à prestação principal não estarão claras e poderão fazer com que, em um conflito, tenham de ser supridas por provimento jurisdicional, seja pelo Poder Judiciário ou por Arbitragem, que podem não corresponder à melhor solução jurídico-administrativa-econômica para o caso concreto.

Nesses termos, importante adentrar no mérito da tutela jurídica desse contrato para que as partes, julgadores e outros terceiros relacionados, possam partir de fundamento sólidos na resolução de eventuais conflitos que possam advir de um contrato de compra e venda secundária de participação societária formado sem negócio jurídico.

5 INTERPRETAÇÃO E TUTELA DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA SECUNDÁRIA DE PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA FORMADO PROGRESSIVAMENTE, SEM NEGÓCIO JURÍDICO

Verificada a existência do contrato de compra e venda de participação societária formado progressivamente, sem negócio jurídico, importante discorrer sobre quais bases devem pautar a relação estabelecida entre as partes. A ausência de um instrumento contratual definitivo que expresse de modo claro as obrigações principais e acessórias poderá suscitar inúmeros conflitos interpretativos que, sem bases jurídicas sólidas, terão o condão de motivar decisões desvencilhadas do fim econômico-individual do contrato firmado.

Nesse contexto, a análise de alguns aspectos que incidem sobre o contrato firmado se mostra relevante para a adequada tutela da relação jurídica estabelecida. Desse modo, necessário identificar, primeiramente, se o contrato firmado corresponderia a um contrato preliminar ou a um contrato definitivo e se há implicações jurídicas relevantes caso se considere que há um ou outro contrato. Por conseguinte, para tutela da relação, será analisada a viabilidade de execução específica das obrigações formadas.

A interpretação dessas obrigações deverá se dar com base na boa-fé objetiva e na autonomia privada das partes, dois fundamentos essenciais do direito contratual que serão examinados. Ademais, considerando-se a natureza econômica do contrato, serão delineados alguns fundamentos da análise econômica do direito contratual para verificar a compatibilidade da interpretação do paradigma contratual obtido nesta pesquisa a fim de promover às partes condutas eficientes, que mitiguem o oportunismo, estimulem a cooperação e que também poderão pautar a interpretação do contrato formado.

5.1 Contrato Preliminar ou Contrato Definitivo

Em que pese a adoção da teoria dos índices de tipo para qualificar a atividade contratual propugnada pelas partes, dificilmente poder-se-á identificar a integralidade de disposições que devem compor um contrato definitivo de compra e venda secundária de participação societária. Apesar de, a partir dos índices, ser possível identificar diversos elementos que compõem o contrato, alguns outros não o serão. Desse modo, como ocorrerá a integração contratual considerando-se as várias obrigações acessórias que costumam existir em

um contrato de compra e venda de participação societária? A ausência da estipulação dessas obrigações é característica de um contrato preliminar, o qual, nos termos da lei, exige-se apenas que contenha os “requisitos essenciais” do contrato definitivo¹⁶².

Nesse contexto, a identificação dos índices de tipo apresentados anteriormente no tópico 4.4, se consubstanciarão nos “requisitos essenciais” do contrato definitivo, que devem constar no contrato preliminar, ou expressam, por si só, “prestações substanciais”¹⁶³ de um contrato definitivo, já firmado? A controvérsia jurídica, portanto, é identificar se o contrato sem negócio jurídico formado no caso em estudo seria um contrato preliminar ou o próprio contrato definitivo.

Orlando Gomes, ao discorrer sobre o tema, menciona que há na doutrina quem, sob a influência do Direito francês, conteste a independência do contrato preliminar e do contrato definitivo, negando a autonomia do pré-contrato. O autor considera que criar a obrigação de celebrar contrato definitivo é algo supérfluo uma vez que “se alguém prometeu obrigar-se em dia certo, obrigado estará nesse dia, como se nele houvesse contraído a obrigação”¹⁶⁴.

No entanto, afirma o autor que prevalece a doutrina da substantividade própria do contrato preliminar, inclusive na França, de forma que este não se confunde com o contrato definitivo. Desse modo, leciona que há duas principais teorias para explicar o contrato preliminar – ou pré-contrato como denomina. Conforme a primeira, o contrato preliminar é um *pactum de contrahendo* no qual seu conteúdo consiste na obrigação de contratar. Nessa circunstância, quem estipula contrato preliminar obriga-se a emitir a declaração de vontade e a praticar os atos indispensáveis à conclusão do contrato definitivo, que foi projetado para ser realizado.

Pela segunda teoria, o contrato preliminar subordina a conclusão do contrato definitivo a uma condição meramente potestativa na qual o contrato definitivo seria concluído apenas sob a condição *si volet*, se as partes o quiserem. Orlando Gomes afirma que esta teoria deve ser “liminarmente” rejeitada, pois é uma condição defesa, uma vez que traz uma contradição interna na medida em que as partes firmam um contrato para submeter-se a ele e, ao mesmo tempo, a não se submeter, criando e não criando uma obrigação ao mesmo tempo¹⁶⁵.

¹⁶² Cf. “Art. 462. O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado.” (BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil)

¹⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. Atual. Caitlin Mulholland. v. III. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 72.

¹⁶⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 131.

¹⁶⁵ GOMES, Orlando. *op. cit.* p. 131.

Os textos de Orlando Gomes, apesar de atualizados até a presente data, foram escritos anteriormente à promulgação do Código Civil de 2002. Por essa razão, o autor menciona o desenvolvimento de uma tendência a considerar o contrato preliminar “um negócio jurídico pelo qual as partes estipulam a faculdade de exigir a eficácia imediata de outro contrato já delineado em seus elementos fundamentais”¹⁶⁶. Seria, assim, desnecessária uma nova declaração de vontade para formar o contrato definitivo, pois, ao celebrar o contrato preliminar tudo que é necessário ao estabelecimento do vínculo contratual definitivo já haveria sido estipulado, estando o segundo, contido no primeiro.

A partir dessa concepção, Orlando Gomes defende que o que faltaria à essa relação contratual seria somente a execução das obrigações de modo que é inútil a teoria de que o contrato preliminar constitui uma obrigação de fazer. Não admite, nesse contexto, a interferência judicial para suprimento do contrato definitivo, pois a formação dos contratos não permitiria interferência judicial em suas disposições que devem ser definidas somente pelas partes. O papel do Judiciário, no caso, seria de executar as obrigações constantes no contrato preliminar.

Sabe-se, todavia, que o Código Civil de 2002 adotou expressamente a teoria do contrato preliminar como aquele que obriga as partes a concluir o contrato definitivo, sendo, assim, eminentemente uma obrigação de fazer. Na hipótese delas se recusarem a fazê-lo, o Judiciário poderá suprir a declaração ausente por meio de provimento jurisdicional. Nesse contexto, o art. 462 do Código Civil determina que: “o contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado”. Por conseguinte, o art. 463 expressa que: “concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive”.

Sobre o contrato preliminar, Caio Mário da Silva Pereira o conceitua como “aquele por via do qual ambas as partes ou uma delas se comprometem a celebrar mais tarde outro contrato, que será o principal”¹⁶⁷. O autor distingue o contrato preliminar do contrato “principal”, explicando que, no primeiro, o objeto é a conclusão do segundo, ao passo que, no contrato definitivo, o objeto é “uma prestação substancial”. Caio Mário também diferencia o contrato preliminar das negociações preliminares, as quais afirma que não envolvem

¹⁶⁶ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 132.

¹⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. Atual. Caitlin Mulholland. v. III. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 72.

compromissos nem geram obrigações para os interessados¹⁶⁸, limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses, ao passo que o contrato preliminar positiva deixando preciso para as partes o contrato futuro.

Gustavo Tepedino, por seu turno, leciona que o contrato preliminar constitui negócio jurídico por meio do qual as partes se obrigam a celebrar, no futuro, o contrato principal ou definitivo e que sua celebração se justifica quando as partes ainda não têm definido todo o conteúdo do contrato definitivo, mas já alcançaram consenso quanto a elementos suficientes para decidirem sobre a celebração do contrato futuro¹⁶⁹.

A resolução dessa questão possui especial relevância no que tange a possibilidade de execução específica do contrato sem negócio jurídico formado: caso seja contrato preliminar, a obrigação consubstanciada pelas partes é de firmarem, posteriormente, contrato definitivo e assim deveria ser tutelada a relação. Por outro lado, se for considerado que o contrato firmado já é o próprio contrato definitivo, ali já estão integradas as obrigações principais, as “prestações substanciais”, como denomina Caio Mário da Silva Pereira, a serem adimplidas pelas partes.

Judith Martins-Costa, ao tratar da fase “negociatória contratual em sentido estrito”, discorre que, por meio dos instrumentos dessa fase, as partes podem comunicar intenções e informações, disciplinar as fases do processo de negociação, estabelecer os pontos em relação aos quais estão de acordo, pactuar opção e preferência; e até mesmo firmar o próprio contrato, em caráter preliminar, consistindo seu adimplemento na conclusão de contrato definitivo.

Assim, há dentre os negócios jurídicos integrantes da fase das tratativas, aqueles qualificados como verdadeiros negócios jurídicos unilaterais ou bilaterais, cuja finalidade reside em permitir a conclusão do contrato definitivo, ou concluí-lo com certo conteúdo já parcialmente fixado. Dentre esses, a autora menciona os contratos preliminares, os negócios de opção (*call option*, opção de compra ou *put option*, opção de venda), pelos quais se atribui ao titular da opção direito potestativo a ser unilateralmente exercitado, os pactos de preferência e outras figuras similares¹⁷⁰. Nesse contexto, comenta:

Destaque-se, dentre os pactos preliminares, os contratos preliminares, cujo objeto consiste em concluir contrato definitivo. Já se manifesta, portanto, eficácia contratual,

¹⁶⁸ O autor parece compreender que em nenhuma hipótese as negociações preliminares culminarão na formação de vínculo obrigacional entre as partes. Isso, por ser adepto da compreensão clássica da formação de obrigações e do contrato pela manifestação de vontade, relacionada à oferta e aceitação. Este trabalho entende, por outro lado, que há situações nas quais as negociações preliminares, a depender de seu desenvolvimento, do processo e atividade contratual relacionada à situação fática culminarão na formação de vínculo obrigacional-contratual.

¹⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do Direito Civil: Contratos*. v. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 93.

¹⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 427.

pois contrato preliminar é contrato, fonte de relação jurídica obrigacional complexa, geradora de direitos e obrigações primários, secundários e laterais, correspondentes a interesse de prestação, ao contrário das meras tratativas – que albergam relação jurídica fundada na confiança a emanar apenas direitos e deveres laterais, correspondentes a interesses de proteção.

Custódio de Piedade Ubaldino Miranda, em seus Comentários ao Código Civil, traz um importante aprofundamento sobre a natureza do contrato preliminar, sua incompletude e sobre a sua execução. Sob a fundamentação de Alcides Tomasetti Jr., o autor expõe que há três “graus de programação” do contrato definitivo, contida no contrato preliminar: uma máxima ou completa, na qual o conteúdo do contrato definitivo está totalmente traçado no contrato preliminar, sendo, nesse caso, o contrato definitivo mais um *ato devido* que um negócio jurídico; um termo médio de programação quando *algo falta* no projeto contido no contrato preliminar, do conteúdo do contrato definitivo, estando, o ato devido e o negócio jurídico no mesmo plano, nessa hipótese; e uma programação mínima do contrato definitivo, quando subsistirem em aberto pontos negociais que carecem de acordos residuais ulteriores em virtude da complexidade ou da determinação *in fieri* do conteúdo do segundo contrato quando se dá a conclusão do contrato preliminar¹⁷¹. Nesse último caso, expõe:

O preliminar seria, nesta hipótese, um contrato com reserva de complementação a ser integrada pelo segundo contrato e este executado de acordo com certos *pressupostos vinculantes* contidos no primeiro contrato.

A doutrina tradicional é no sentido de exigir uma completa coincidência de conteúdos entre o contrato preliminar e o contrato definitivo; limita-se este último a ser um *ato devido*, muito mais que um negócio jurídico, porque este é praticamente decorrência do primeiro, onde já fora totalmente pré-anunciado.¹⁷²

Custódio de Piedade Ubaldino Miranda critica a concepção tradicional do contrato preliminar, relacionada à necessidade de ele conter todos os “‘elementos’ ou ‘dados’” do contrato principal, pois, não sendo assim, o contrato preliminar não existe como negócio jurídico. Isso faz com que não haja, na concepção tradicional, qualquer espaço para eventuais acordos residuais, que seriam outros negócios jurídicos necessariamente ulteriores¹⁷³.

A concepção traz resultado à própria função típica do contrato preliminar que é a de as partes se outorgarem um contrato definitivo com o mesmo conteúdo. Como explica o autor:

¹⁷¹ MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. v. 5. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 347

¹⁷² MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *op. cit.* p. 347-348.

¹⁷³ MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *op. cit.* p. 348.

(...) ou, dizendo de outro modo, este terá de ser o mesmo nos dois contratos, porque no primeiro uma das partes ou ambas obrigaram-se a emitir declarações negociais nesse sentido, surgindo, assim, para quem a emitiu, assumindo uma obrigação de fazer, a necessidade de cumpri-la nos precisos termos em que nela se investiu.¹⁷⁴

O autor leciona que a discussão sobre a natureza e elementos para formação do contrato preliminar não são meramente acadêmicas, mas possuem especial importância prática no que tange a sua execução. Nesse contexto, o artigo deve ser lido no sentido de que se exige no contrato preliminar todos os elementos – que dizem respeito ao plano da existência – e requisitos – que dizem respeito ao plano da validade – do contrato definitivo. Contudo, o que interessa para os efeitos do contrato preliminar é o seu objeto. Consequentemente, o contrato definitivo deve ter o mesmo objeto do contrato preliminar¹⁷⁵.

Custódio de Piedade Ubaldino Miranda compreende o objeto (imediate) do negócio, como “aquele conjunto de interesses que as partes se propõem regulamentar no conteúdo do negócio”. Assim, discorre:

(...) é um pressuposto indeclinável deste, não constituindo propriamente um seu elemento, na medida em que não integra, como o conteúdo, a estrutura do negócio. É a causa o elemento, melhor dizendo, o *pressuposto* que configura os diversos tipos de negócio, a “síntese dos seus efeitos jurídicos essenciais” (Pugliatti), que permite distinguir os diversos modelos negociais, marcando-lhes a fisionomia específica.¹⁷⁶

Desse modo, defende que a causa é pressuposto do negócio que se refere não à sua estrutura, mas à função econômico-social que o negócio desempenha como instrumento da autonomia privada. Dessarte, objeto e causa são dois aspectos de uma mesma realidade. Assim, concebe que o negócio jurídico pode ser olhado de modo estático, quando há foco na sua estrutura, pelo objeto ou de modo dinâmico, quando visualizada a sua função, pela causa¹⁷⁷.

Em vista dessa ideia, o contrato preliminar é concebido como um tipo negocial autônomo que possui uma causa distinta da causa do contrato definitivo¹⁷⁸. Desse fato, emerge a autonomia do contrato preliminar em face do contrato definitivo. Os elementos e requisitos do contrato definitivo que devem constar no contrato preliminar não constituem a causa e o objeto principal do tipo. A função econômico-social pretendida pelo contrato preliminar é que

¹⁷⁴ MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. v. 5. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 348.

¹⁷⁵ MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *op. cit.* p. 349.

¹⁷⁶ MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *op. cit.* p. 349-350.

¹⁷⁷ MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *op. cit.* p. 350.

¹⁷⁸ MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *op. cit.* p. 350.

ele se constitua como instrumento idôneo para *alcançar os efeitos jurídicos os quais o contrato definitivo de destina*¹⁷⁹. Nesse sentido, expõe:

O conteúdo do contrato preliminar, só de *per si*, ou integrado por normas dispositivas que regulam o tipo contratual em causa, dirá qual o objeto do contrato definitivo; sendo o preliminar um contrato que obriga as partes a vincularem-se para alcançar no futuro determinados efeitos (causa), cuja síntese caracteriza o tipo contratual visado, e que já terá de estar delineado no contrato preliminar (objeto), é perfeitamente conciliável a existência, no complexo contratual em exame de uma *dualidade de causas e de unidade de objeto*.¹⁸⁰

Diante desses subsídios à compreensão da natureza do contrato preliminar, pode-se entender que a sua causa se constitui na “vinculação para o futuro, de efeitos que constituem a causa (e objeto) do contrato definitivo”¹⁸¹. Sendo assim, a identificação de qual tipo de contrato é formado em função do processo contratual da formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária se dará a partir da verificação de sua causa.

Nesse sentido, ao identificar que a causa do contrato preliminar é uma vinculação para o futuro, como apontado acima, conclui-se que, em sua essência, o contrato de compra e venda secundária de participação societária formado pela atividade contratual apresentada anteriormente não é contrato preliminar, mas *contrato definitivo*, por si só.

Ao longo da atividade contratual, as partes não têm como interesse a formação de um contrato que as obrigue a firmar contrato definitivo para conferir efeitos ao conteúdo do contrato preliminar. Na realidade, o processo de formação progressiva do contrato de compra e venda secundária de participação societária tem, em regra, como função econômico-individual a formação do próprio contrato com todas as suas prestações substanciais. Dessa forma, essencialmente, não há identidade de causa do contrato de compra e venda de participação societária – transferência de domínio sobre as cotas ou ações com a respectiva obtenção do *status socii*, mediante o pagamento do preço – com a do contrato preliminar – vinculação para o futuro, de efeitos que constituem a causa (e objeto) do contrato definitivo.

Sem embargo, há de se observar que isso não é absoluto no sentido de impedir qualquer reconhecimento de formação de um contrato preliminar, em decorrência da atividade contratual desenvolvida. Se a análise da atividade, por meio da verificação dos índices de tipo, resultar na conclusão de que o interesse perseguido pelas partes e a função econômico-individual daquela atividade desenvolvida é a formação de uma relação obrigacional que tenha

¹⁷⁹ MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. v. 5. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 351.

¹⁸⁰ MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *op. cit.* p. 351.

¹⁸¹ MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *op. cit.* p. 352.

como cerne a causa do contrato preliminar, este tipo contratual poderá ser devidamente reconhecido.

5.2 Execução Específica de Obrigações

Um relevante problema de direito material e de direito processual que envolve o reconhecimento do contrato sem negócio jurídico é como efetivar a execução específica de obrigações, uma vez que, no caso, não haverá necessariamente um instrumento contratual devidamente assinado pelas partes.

De início, cabe a constatação de que, pelo estado atual da legislação, não seria possível propor uma ação de execução, na forma dos artigos 771¹⁸² e seguintes do Código de Processo Civil, em virtude da necessidade de um título executivo extrajudicial para que a ação de execução seja levada a cabo. Esses títulos são taxativamente enumerados pelo art. 784 do Código de Processo Civil. Dentre eles, o que mais poderia se aproximar do caso concreto é o positivado no inciso III do referido artigo: documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas¹⁸³.

Contudo, na situação fática apresentada, quase que na totalidade das vezes, no máximo, haverá os documentos *Term Sheet*, *LOIs* e *MOUs* assinados pelas partes, com disposições parciais sobre o contrato firmado. Mesmo que a leitura conjunta dos diferentes documentos quando a negociação já estiver em estado avançado possa traduzir a totalidade do contrato entabulado, certamente não se constituirá como um título executivo extrajudicial

¹⁸² Cf. “Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.” (BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil)

¹⁸³ Cf. “Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; **III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas**; IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal; V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte; VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio; VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio; IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas; XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei; XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.” (BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Grifo do autor)

único, hábil a fundamentar uma ação de execução. Há, ainda, o detalhe de que os documentos precisariam também estar assinados por duas testemunhas, fato que raríssimamente ocorrerá durante a fase de negociações. Ademais, para ser utilizado em ação de execução de título executivo extrajudicial, há a necessidade de o título gozar de certeza e liquidez¹⁸⁴, mais um requisito que, seguramente, na maioria dos casos, não seria cumprido pelos documentos negociais produzidos.

Nesse cenário, ao tratar da temática de execução específica de obrigações em função do contrato sem negócio jurídico, na realidade, o que é analisado é o reconhecimento pelo Poder Judiciário ou pela jurisdição arbitral de que um contrato foi devidamente formado, com seus pressupostos de existência e requisitos de validade. Além disso, busca-se identificar quais são as obrigações que deverão ser cumpridas pelas partes. Diante desse panorama, necessariamente, haverá um processo judicial ou procedimento arbitral que perpassará pela fase de conhecimento, para que haja uma sentença declaratória de existência do contrato e de quais obrigações foram efetivamente pactuadas entre as partes. Apenas após essa sentença é que será possível falar em execução específica (*stricto sensu*) das obrigações contratuais.

A problemática da declaração jurisdicional da existência do contrato e de quais são as obrigações pactuadas entre as partes permeia a sensível questão de possível interferência na autonomia privada e da dificuldade efetivar a integração contratual por meio de uma sentença. Como foi exposto, é provável que se consiga identificar os elementos essenciais do contrato de compra e venda de participação societária pactuados, contudo, muitas condições e cláusulas acessórias que permeiam o negócio podem não ser identificadas por não terem sido pormenorizadamente delineadas e pactuadas entre as partes ao longo do processo contratual.

Nesse contexto, haverá interferência direta na relação estabelecida entre as partes, uma vez que, por meio de provimento jurisdicional, elas poderão ser ver compelidas a cumprir determinada obrigação de uma maneira indesejada¹⁸⁵ e que poderá representar prejuízo à equação econômica pretendida caso a operação fosse regularmente efetivada, sem a ingerência judicial ou arbitral.

Nessa esteira, é necessário pensar nos critérios que o julgador, seja da jurisdição estatal ou da jurisdição arbitral, deverá seguir para tomar decisões sobre o reconhecimento de existência do contrato bem como, quando não houver consenso entre as partes, para decidir

¹⁸⁴ Cf. “Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.” (BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil)

¹⁸⁵ Não no sentido de desejo relacionado à vontade das partes, mas da própria função econômico-individual (ou econômico-social) daquele processo contratual.

sobre as obrigações e condições de integração contratual. Para tanto, compreende-se que essa análise deverá se dar pelo respeito aos princípios da boa-fé objetiva e da autonomia privada.

5.3 Boa-fé Objetiva

Segundo lição de Judith Martins-Costa, a boa-fé objetiva é um instituto jurídico indicativo de (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um *standard* comportamental¹⁸⁶. Pela vagueza semântica da expressão “boa-fé”, ela carece de concretização que ocorre sempre e necessariamente pelo exame casuístico do contexto no qual ela é analisada. Não obstante, especificar o seu conteúdo nos variados casos concretos é tarefa de difícil realização¹⁸⁷.

O conteúdo específico da boa-fé está ligado às circunstâncias determinantes do contexto de sua aplicação. Nesse sentido, é impossível apresentar uma definição apriorista e bem-acabada do que é a boa-fé objetiva. Portanto, “o conceito de boa-fé parece mais interessar por sua função que por sua definição”¹⁸⁸. Sem embargo, a vagueza semântica e genericidade da expressão boa-fé não se constitui como um cheque em branco a ser preenchido de acordo com o impressionismo jurídico e pelo incontrolável e subjetivo “sentimento de justiça”. Desse modo, há um conteúdo mínimo conotado ao termo boa-fé, que deve ser observado¹⁸⁹.

No mesmo sentido, António Menezes Cordeiro expõe a boa-fé como um conceito indeterminado e cláusula geral: “carecidos de valoração, os conceitos indeterminados não são, necessariamente, de utilização arbitrária: existe toda uma série de indícios que inculcam as variáveis a ponderar e o seu peso relativo, aquando das operações de preenchimento”¹⁹⁰.

Dentro dessa perspectiva, afirma Judith Martins-Costa:

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

Porém, no plano concreto das relações de vida que o Direito é chamado a ordenar, nem sempre é fácil saber quais são essas exigências de probidade, correção e lealdade;

¹⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 42.

¹⁸⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 43.

¹⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 43.

¹⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 43.

¹⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1180.

o que é um tráfico negocial adequado à finalidade e utilidade do negócio; em suma, o que caracteriza um comportamento segundo a boa-fé.¹⁹¹

Dessarte, explica a autora que, conquanto seja impossível definir tecnicamente o que é a boa-fé objetiva, pode-se indicar, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes, servindo para *discernir funcionalmente* a sua atuação e eficácia como:

- (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do *alter*, copartícipe da relação obrigacional;
- (ii) baliza de modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual; e
- (iii) como canône hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais.

Sabe-se que o dever de observar a boa-fé objetiva foi positivado como cláusula geral, no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente pelo art. 113¹⁹² do Código Civil, que impõe que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé; pelo art. 422¹⁹³, do mesmo Código, que coloca que os contratantes são obrigados a guardar na conclusão e execução do contrato os princípios de probidade e boa-fé; e também, primordialmente, pelo art. 51¹⁹⁴, IV do Código de Defesa do Consumidor, que impõe a nulidade de cláusulas contratuais de fornecimento de produtos ou serviços que estabeleçam obrigações incompatíveis com a boa-fé e com a equidade¹⁹⁵.

A boa-fé objetiva, dessa forma, insere-se no ordenamento jurídico brasileiro como uma *cláusula geral* que tem por função “auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico, propiciando seu progresso mesmo se ausente a inovação legislativa”¹⁹⁶. Nesse sentido, a boa-fé permite que ingresse no corpo legislativo princípios, máximas de conduta, *standards* e diretivas

¹⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 44.

¹⁹² Cf. “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.” (BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil)

¹⁹³ Cf. “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil)

¹⁹⁴ Cf. “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)” (BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências)

¹⁹⁵ Inaplicável à relação estudada nesta pesquisa, mas de importante menção pelo fato de ter sido o primeiro diploma normativo brasileiro que tratou expressamente da boa-fé objetiva como princípio a ser observado no Direito Privado.

¹⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 174.

sociais e econômicas que viabilizam a captação e inserção de elementos extrajurídicos que promovem a “adequação valorativa” do sistema¹⁹⁷.

Judith Martins-Costa leciona que as cláusulas gerais não se limitam a abrir o sistema jurídico às mudanças de valoração dos institutos, mas, ao permitirem a sistematização de novos casos, conotam ao sistema a característica da *mobilidade interna*. Desse modo, ocorre um processo de abertura, assistematização, mobilidade e ressiematização, inclusive com a criação de novos institutos jurídicos¹⁹⁸.

Quanto a essa função da cláusula geral, a autora demonstra o exemplo de como a própria boa-fé objetiva foi apreendida pelos juristas e tribunais, quando de sua inserção nos artigos 187¹⁹⁹ e 422 do Código Civil de 2002. Explica que, em um primeiro momento, a apreensão da boa-fé objetiva nos referidos artigos conduziu a uma algaravia, ainda não cessada, na qual se misturavam as noções de equidade, função social dos contratos, enriquecimento sem causa, boa-fé subjetiva, entre outros. Contudo, ao longo dos anos, a compreensão do significado da boa-fé objetiva como norma comportamental direcionada aos vetores da lealdade e da confiança foi pouco a pouco de assentando. Nessa esteira, ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro institutos como o do inadimplemento antecipado, do adimplemento substancial e a formulação de deveres (ou ônus jurídicos) como o de mitigar o seu próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*)²⁰⁰⁻²⁰¹.

Ressalta a autora que, inicialmente, quando da efetiva inserção da boa-fé como cláusula geral no Código Civil, as decisões judiciais eram bastantes casuísticas sem sequer

¹⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 174.

¹⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 179.

¹⁹⁹ Cf. “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.” (BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil)

²⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 180.

²⁰¹ Cf. “Diante do inadimplemento de uma obrigação, o direito brasileiro impõe que o credor adote as medidas que sejam razoáveis para minimizar ou reduzir os danos daí decorrentes. A norma de mitigação, embora não esteja contemplada expressamente no Código Civil, é corolário da boa-fé objetiva, sendo possível encontrar seu fundamento no direito positivo nos arts. 422 e 187. (...) A regra de mitigação, de tal forma extraída da boa-fé, contribui para evitar o desperdício de recursos social e economicamente relevantes. Ora, na sua ausência, o credor será indenizado por todos os prejuízos que sofrer. Partindo do pressuposto de que a indenização é medida perfeita das perdas e danos e que o devedor é solvente, o credor terá, portanto, pouco incentivo para evitar prejuízos a seu próprio patrimônio, pois esse será recomposto pelo devedor. No entanto, quando este paga a indenização, o recurso econômico apenas muda de mãos, mas aquele bem ou direito perdido pelo credor não é mais recomposto socialmente. Ao estabelecer que não haverá indenização pelos danos evitáveis, a norma de mitigação cria um incentivo para que o credor adote medidas para que a sociedade não perca, de forma definitiva, recursos econômicos. A mitigação tem inegavelmente o efeito de tornar menos oneroso para o devedor o descumprimento de uma obrigação. Inadimplementos que eram eficientes na ausência da norma de mitigação se tornarão mais eficientes; alguns daqueles que eram ineficientes passarão a ser eficientes.” (LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263 e 265)

mencionar expressamente os referidos institutos ou deveres impostos, mas, progressivamente, foram sendo reconduzidas aos enunciados legais atuando como elementos de ancoragem no sistema.

Ao mencionar a concepção de Walter Wilburg sobre “sistema móvel”, Judith Martins-Costa ensina que é possível e lícito cogitar, em campos normativos relativamente “dúcteis”, como o Direito das Obrigações, uma estruturação enucleada em uma pluralidade de elementos que podem ser articulados em combinações variáveis, sem que exista uma hierarquia prévia e rígida entre esses elementos. Assim, traz o exemplo do contrato, como instituto jurídico, no qual, em algumas situações, prevalecerá o princípio da autonomia privada, incidindo normas contratuais que lhe dão entidade e, em outras, terá mais peso o princípio da boa-fé que tutelar o contrato com fundamento principal no dever de considerar os legítimos interesses da contraparte. Dessa forma, a autonomia privada não pode reivindicar exclusividade na disciplina contratual, refletindo, assim, valores conflitantes²⁰².

A boa-fé objetiva é, por conseguinte, princípio relevante a ser aplicado ao caso concreto quando da análise e interpretação de situações de conflito, nas quais o julgador necessita impor uma tutela para sanar dúvidas e para realizar a integração de contratos. No caso da interpretação do contrato de compra e venda secundária de participação societária, formado progressivamente e sem negócio jurídico, o julgador deverá ter em vista especialmente dois aspectos da boa-fé objetiva ao longo do processo contratual: os atos praticados pelas partes ao longo do processo contratual e a peculiaridade da aplicação da boa-fé nas relações de Direito Empresarial.

O primeiro aspecto, dos atos praticados pelas partes, auxiliará o julgador a valorar o contato social qualificado existente entre elas e a preencher incompletudes no reconhecimento das obrigações formadas progressivamente por cada uma das partes.

Clóvis do Couto e Silva expõe a relação obrigacional como uma totalidade orgânica dirigida para sua finalidade que é o adimplemento. Portanto, explica que o adimplemento atrai e polariza a obrigação, sendo o seu fim. Assim, a relação obrigacional é modernamente visualizada sob o ângulo da totalidade e o exame do vínculo como um todo não se opõe à sua compreensão como um processo. Desse modo, “como totalidade a relação obrigacional é um sistema de processos”²⁰³.

²⁰² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 180-181.

²⁰³ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 17.

Sobre essa visão, complementa Judith Martins-Costa que, considerada como processo, a obrigação perpassa as fases de formação, desenvolvimento e extinção. A fase formativa é a do nascimento da relação, que pode ter sido antecedida pela fase das tratativas preliminares; a do desenvolvimento do vínculo e a da sua execução, conforme projeto delineado pelos contraentes e pela lei.

Quanto ao processo contratual, Judith Martins-Costa leciona que, quando não há contrato entre as partes, o princípio reitor de sua relação é o do *noeminem laedere*, regra basilar para possibilitar a convivência social, pois o que aproxima os sujeitos é o mero fato de viverem em sociedade, em um contato social mais distante. Desse modo, a boa-fé atua prevalentemente com uma função corretora de comportamentos no tráfico jurídico, como sinalizada no art. 187 do Código Civil, que veda, por exemplo, o exercício disfuncional de posições jurídicas, inclusive sob a forma de abuso de direito. Nesse sentido, não havendo contrato, não há o que se falar em interesse à prestação, pois este só nascerá com a conclusão do contrato e a projeção de sua eficácia.

Não obstante, essa solução não se aplica à situação na qual há uma aproximação dos sujeitos com a finalidade de conclusão de um contrato. Nessa hipótese, a boa-fé objetiva possuirá a função de *qualificar* o contato social, inclusive para gerar deveres de proteção aos bens e interesses jurídicos das partes. Essa qualificação deriva do grau de proximidade do contato social entre as partes e faz nascer para os sujeitos os interesses à proteção e à preservação da integridade da esfera jurídica e da confiança que os uniu²⁰⁴. Nesse contexto, a partir da análise dos atos praticados e dos documentos assinados e trocados pelas partes ao longo do processo contratual, o julgador deverá avaliar, também com fundamento na boa-fé objetiva se, naquela relação, deve ser reconhecida a existência de vínculo obrigacional-contratual e sob quais parâmetros.

Como mencionado no Capítulo 3, Judith Martins-Costa relata a dificuldade em interpretar os contratos formados progressivamente nos quais, na fase de negociações, há a troca de minutas, consentimentos não definitivos, propostas não aceitas, pactos de preferência, cartas de intenções, *pourparlers*, para saber se há, nesses casos, eficácia negocial típica, vinculação a deveres de proteção ou se não há qualquer eficácia obrigacional, *lato sensu*²⁰⁵.

Assim, discorre que a aplicação da boa-fé objetiva na fase de formação de um contrato civil ou interempresarial suscita intrincados problemas de ordem teórica e prática, em

²⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 420-421.

²⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 424.

razão de uma complexidade que advém da multiplicidade de formas que podem incidir sobre a essa fase. Haverá contratos que serão formados, executados e adimplidos instantaneamente, sem qualquer negociação prévia entre as partes e, por outro lado, haverá contratos negociados por um período extenso e altamente heterogêneo em sua forma, no qual os agentes se aproximarão e negociarão para avaliar se é conveniente ou não o negócio.

Neste segundo caso, afirma a autora que o consentimento contratual pode ser formado progressivamente bem como delimitado, pouco a pouco, o conteúdo do contrato que será delineado. Nesses termos, expõe:

O ajuste final entre as partes só é alcançado “depois de uma laboriosa fase vestibular, em que os interessados, de transigência em transigência, mediante sucessivas declarações, vão atingindo o acordo final, ou seja, o consentimento”. Materializa-se tal acordo na “minuta final” (em geral documentada por escrito), onde resta refletido o consenso material das partes, a sua decisão em contratar e em como contratar, gerando justificada confiança das partes de que o contrato será efetivado nos termos do acordo alcançado (contrato de formação progressiva).²⁰⁶

O exemplo retratado por Judith Martins-Costa adequa-se perfeitamente a este estudo, pois é nesses moldes que costuma ocorrer a formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária. A aplicação da boa-fé na interpretação da relação estabelecida é importante, pois, por mais que a verificação dos índices de tipo possa indicar a existência de um contrato, como delineado nos tópicos anteriores, é o conjunto de condutas, documentos e atos praticados ao longo do processo que fornecerão o subsídio adequado para que, em um conflito, o julgador reconheça se, naquele caso, houve a formação do vínculo contratual, independentemente do negócio jurídico.

A autora também relata a situação dos contratos formados progressivamente e discorre que:

Mas pode ser que, ao invés de materializar em um único instrumento o seu acordo final, os agentes pactuem, também progressivamente, por meio de vários acordos parciais ou pontuais, sendo o “todo” compreensível, portanto, pela apreensão dos vários acordos pontuais que se conjugam, mas que podem também, apresentar de eventuais discrepâncias entre si. Gera-se então sérias dificuldades hermenêuticas quando se há de solver qual decisão há de prevalecer e em que momento se ingressou, efetivamente, na fase da vinculação contratual, pois um contrato, tanto quanto é produto de um consenso, é o resultado de uma decisão.²⁰⁷

²⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 425.

²⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 425.

Neste ponto, chega-se à compreensão da função dos documentos assinados e trocados na fase de negociações. Os atos de troca e assinatura desses documentos, por si só, não representam, necessariamente, a formação de vínculo obrigacional. O vínculo obrigacional será identificado a depender se há no documento os requisitos clássicos para a formação de um contrato com negócio jurídico, o qual o ordenamento jurídico atribui expressamente força vinculante ou, de outro modo, os documentos servirão como indícios (e provas²⁰⁸) da atividade contratual desenvolvida pelas partes. Neste caso, o julgador verificará se existem os índices de tipo necessários ao reconhecimento do contrato formado sem negócio jurídico.

Para resolver a questão hermenêutica, de interpretação desse contexto, a partir dos fundamentos da boa-fé objetiva e relacionando-a às relações eminentemente de Direito Empresarial, deve-se observar que, a depender do caso e, de maneira mais ampla, de sua natureza, a boa-fé objetiva irá se traduzir em diferentes *standards* e padrões de conduta exigíveis das partes. Nesses termos, em que pese o Direito Empresarial ser operacionalizado por regras e institutos do Direito Civil, a incidência do princípio da boa-fé, neste campo, é peculiarizada por alguns traços que modificam as exigências e a leitura das condutas que devem ter as partes no processo contratual²⁰⁹.

Conforme Judith Martins-Costa, a boa-fé no Direito Empresarial se liga: (i) à noção de mercado; (ii) ao dinamismo coerente à noção de atividade empresarial; (iii) ao forte impacto que a *práxis* tem no campo, coligando a boa-fé aos usos do setor e às práticas das partes; (iv) à informalidade e a atipicidade; e (v) à dinâmica circulação/apropriação de modelos provenientes da praxe internacional ou da experiência comparatista²¹⁰.

Nesse sentido, a autora propõe que, no âmbito das relações de Direito Empresarial, em que mais informais costumam ser os atos praticados na fase das tratativas, há de se atentar se existe, ou não, *um razoável grau de probabilidade da conclusão do contrato*. Este, muitas vezes, informalmente concluído, mediante a troca de mensagens eletrônicas, “aceites” a formulários de adesão ou a “contratos tipo”. A autora explica que, na maior parte das vezes, o início da execução do contrato por qualquer das partes e os usos e práticas do setor indicarão se há ou não um contrato formado, ainda que ausente a forma escrita²¹¹. Outrossim, destaca que a formação do contrato poderá se dar pelo efetivo encontro entre proposta e aceitação, quando já estiverem definidos os elementos essenciais do negócio: *res, pretium, conditiones*.

²⁰⁸ Pensando-se no aspecto processual.

²⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 301-302.

²¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 301-302.

²¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 428.

Pelo pensamento apresentado pela autora, verifica-se que ela parece se referir somente à formação do contrato decorrente de negócio jurídico, fundado na oferta e aceitação. Em função da legislação vigente, que reconhece o negócio jurídico como fonte de geradora de obrigações e, por consequência, de contrato, não se nega que ele possa ser assim constituído. Sem embargo, entende-se que, mais relevante para a própria teoria contratual e, especialmente para os contratos formados progressivamente, é o desenvolvimento da atividade contratual que poderá ser a fonte de obrigações, independentemente do negócio jurídico.

Contudo, com ou sem negócio jurídico, os princípios do Direito Contratual são preservados e servem de alicerce para a adequada interpretação e integração de todo o processo contratual. Dessa forma, a dinâmica específica da boa-fé no Direito Empresarial, como propugnada por Judith Martins-Costa, é aplicável ao caso em estudo.

Dessarte, há de ser analisado no comportamento das partes pelo julgador, para aferição da existência de uma atividade contratual dirigida à formação do contrato e ao seu adimplemento, se há sérias intenções de contratar. Esclarece a autora que, na seara do Direito Empresarial, há uma presunção advinda da *intent to create legal relations*, quando há tratativas sérias. Dessarte, há uma presunção de que as partes não iniciam um processo contratual sem que haja real intenção de formar um contrato caso exitosas sejam as negociações.

Essa presunção deriva da sobrevalorização no campo das relações comerciais do dever de manter “comportamento exemplar” no plano da correção, bem como da confiança particular que deve presidir as relações entre os membros da “*business community*”²¹². Nesses termos, explica:

Os negociadores se devem mutuamente, na fase formativa, extremada lealdade e correção, pois ambos “têm razões para crer e confiar na outra, especialmente em que as duas negociações se desenvolvam seriamente, com diligência e sem má-fé configuradora do dolo positivo ou negativo”.²¹³

A presunção de que, em negociações empresariais há, em regra, a intenção de criar um vínculo jurídico foi retratada em um precedente da *House of Lords* do Reino Unido, do ano de 1924²¹⁴. No caso julgado pela Corte inglesa, a *Rose and Frank Company*, sociedade

²¹² MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 428.

²¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 429.

²¹⁴ Cf. *Leading case* inglês que culminou no entendimento de que, desde que não haja manifestação expressa em contrário das partes, em negociações comerciais, há presunção de que as partes possuem intenção de contratar. (UNITED KINGDOM. House of Lords. [1925] AC 445, [1924] UKHL 2. *Rose and Frank Company v. Crompton and Brothers Limited*. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1924/2.html>> Acesso em: 1º dez. 2020)

americana, possuía como atividade a venda de papel carbono (*carbonising tissue paper*). Esse papel era comprado da Inglaterra, da sociedade *James R. Crompton and Brothers, Limited*, recebia um tratamento pela *Rose and Frank Company* e, assim, era revendido nos Estados Unidos.

O conflito levado a julgamento pela Corte envolvia três “ajustes” realizados entre as partes, no ano de 1905, os quais, em tese, contratualmente, outorgavam à *Rose and Frank Company* um direito de exclusividade na venda do papel carbono da *Crompton and Brothers’* nos Estados Unidos. Esses “ajustes” ainda estabeleciam que, para a sua rescisão unilateral, a *Crompton and Brothers’* deveria notificar a *Rose and Frank Company* com doze meses de antecedência.

Ocorre que, em 1913, algumas circunstâncias levaram as partes a rever essa relação, quando a *Rose and Frank Company* tomou conhecimento que uma terceira sociedade, a *Brittains, Limited*, estava interessada em fornecer conjuntamente com a *Crompton and Brothers’* o papel comercializado pela *Rose and Frank Company*. Nesse contexto, as três sociedades realizaram um acordo escrito, no qual consignou-se que as duas fabricantes inglesas do papel limitariam a sua venda direta nos Estados Unidos e Canadá, com algumas exceções, e a *Rose and Frank Company* passaria a comprar o produto para revenda nessas localidades exclusivamente de ambas. Em função desse acordo, as duas sociedades inglesas também se comprometeram a realizar os melhores esforços para expandir a venda do produto. O acordo teria validade de três anos, mas as partes poderiam requerer uma rescisão unilateral, desde que notificassem as outras com seis meses de antecedência.

Havia, contudo, uma peculiar cláusula que dispunha:

Este acordo não é celebrado, nem este memorando é escrito como um acordo formal ou legal e não deverá se sujeitar à jurisdição dos Tribunais dos Estados Unidos ou da Inglaterra, mas é somente a expressão definitiva e um registro do propósito e da intenção das três partes interessadas, ao qual cada uma se compromete honrosamente e na mais completa confiança – com base em negócios anteriores entre si – de que será realizado por cada uma das três partes com lealdade e cooperação amigáveis.²¹⁵

²¹⁵ Cf. “*This arrangement is not entered into, nor is this memorandum written, as a formal or legal agreement and shall not be subject to legal jurisdiction in the Law Courts either of the United States or England, but it is only a definite expression and record of the purpose and intention of the three parties concerned, to which they each honourably pledge themselves with the fullest confidence – based on past business with each other – that it will be carried through by each of the three parties with mutual loyalty and friendly co-operation.*” (UNITED KINGDOM. House of Lords. [1925] AC 445, [1924] UKHL 2. *Rose and Frank Company v. Crompton and Brothers Limited*. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1924/2.html>> Acesso em: 1º dez. 2020. Tradução do autor)

Dessa forma, as partes firmaram um acordo, em tese, não vinculante, para compra, venda e fornecimento com exclusividade do papel fabricado pelas duas sociedades inglesas. As partes mantiveram a relação com a efetiva existência de pedidos de fornecimento do papel e a subsequente venda ao mercado americano até meados de 1919. Neste ano, algumas divergências levaram as sociedades inglesas a compreender que a *Rose and Frank Company* não estava conduzindo os negócios adequadamente, o que causava prejuízo às sociedades inglesas. Assim, notificaram a sociedade americana para adotar determinadas condutas, sob pena de abordarem diretamente os consumidores do produto (em infração à exclusividade).

A sociedade americana, por sua vez, respondeu às inglesas informando que não iriam aceitar a rescisão do acordo e que tomariam as medidas cabíveis, caso houvesse violação do contrato. Nesses termos, requereram o imediato envio do carregamento de papel que haviam realizado. Por fim, as sociedades inglesas, responderam, uma vez mais, negando definitivamente o fornecimento de qualquer mercadoria à *Rose and Frank Company*.

Em decorrência desse conflito, a *Rose and Frank Company* apresentou uma ação na qual alegou que os ajustes firmados em 1905 e em 1913 eram contratos que vinculavam as partes e, portanto, pediram a condenação das sociedades inglesas por perdas e danos em razão do inadimplemento contratual, tanto pela violação da cláusula de exclusividade, quanto pela não entrega da mercadoria requisitada. Em sua defesa, as sociedades inglesas alegaram que o acordo de 1913, em função da cláusula expressa, não vinculava as partes e que os ajustes anteriores de 1905, haviam “expirado” em decorrência do longo tempo que havia se passado e pela própria realização do acordo posterior em 1913 que, segundo elas, prevaleceria sobre os anteriores. Ademais, alegaram que os pedidos de fornecimento de mercadoria – mesmo com o seu efetivo fornecimento por parte das sociedades inglesas à americana – não se adequavam aos requisitos legais para serem considerados contratos, ainda que ocorrida a oferta e aceitação.

O caso retratado, em que pese as relevantes diferenças de ordenamento jurídico entre o Brasil e o Reino Unido e a data de sua ocorrência, é interessante pois se relaciona com a temática discutida neste trabalho, tanto pelo aspecto de observar a existência de uma atividade contratual efetivamente desenvolvida, quanto à discussão da presunção de que as negociações comerciais objetivam a criação de um vínculo jurídico.

A decisão final de mérito da *House of Lords* foi no sentido de considerar que o acordo de 1913, por haver cláusula expressa de não vinculação entre as partes, de fato, não poderia ser considerado um contrato. Por outro lado, os ajustes realizados ao longo dos anos, desde 1905, não eram contratos propriamente, mas possuíam, individualmente uma valoração jurídica, que deveria ser levada em consideração.

Esse caso, é o *leading case* inglês que definiu dois parâmetros a serem seguidos na interpretação de relações comerciais: (i) que, em geral, em relações comerciais as partes têm a intenção de se vincular juridicamente e que (ii) se as partes expressarem em um acordo que não desejam que ele seja vinculante, os tribunais devem respeitar essa disposição.

Se o caso específico fosse ser analisado hoje, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, possivelmente, chegar-se-ia à conclusão pela superação da cláusula expressa de não vinculação, pois, a boa-fé objetiva operaria no sentido de vedar o *venire contra factum proprium* e de aplicar a *supressio* à cláusula. Desse modo, mesmo havendo a cláusula expressa no contrato, que indica que ele não é vinculante, ela perderá seu efeito caso as partes efetivamente desenvolvam, durante anos, uma atividade contratual, na qual há recorrentes pedidos de fornecimento de mercadoria, o efetivo fornecimento, a realização do pagamento e a subsequente venda ao mercado.

Esse precedente inglês, não obstante, ajuda a elucidar a situação na qual não há vontade declarada das partes em se vincular contratualmente, mas desenvolvem a atividade contratual, independentemente da declaração, e essa atividade gera consequências jurídicas. Na realidade, pelo conceito de contrato demonstrado ao longo deste estudo, há ali contrato, pois há operação econômica e há a causa com o respectivo cumprimento da função econômico-individual daquela relação. Sobretudo, foram adimplidas as prestações de fornecimento da mercadoria pelas sociedades inglesas, de pagamento pela sociedade americana e do respeito, pelo período estipulado, da manutenção da exclusividade da sociedade americana em revender o papel carbono fornecido pelas inglesas, nos Estados Unidos e Canadá.

A análise que o julgador fará da relação estabelecida e dos documentos trocados e assinados pelas partes no processo contratual de compra e venda secundária de participação societária terá como premissa que há verdadeira intenção de se concluir um contrato. Essa presunção só será afastada se uma parte provar que se tratava de mera prospecção, de uma fase bastante incipiente de negociações, sem que tenha havido o termo inicial do processo contratual, ou que, por sua autonomia privada as partes estavam certas de que aquela relação apenas seria vinculante a partir de determinado ato, como, por exemplo, da assinatura do contrato definitivo da operação, se assim compreendessem pertinente.

Demais disso, importante destacar que o rótulo, a denominação, conferida aos documentos trocados pelas partes no processo contratual são irrelevantes para aferição de seu verdadeiro conteúdo e natureza jurídica. Nesse sentido:

Há acordos que, embora denominados “memorandos de entendimento” (ou nomes semelhantes) constituem verdadeiros contratos preliminares, dotados, por isso mesmo, de eficácia vinculativa *contratual*, assim como há documentos apodados como “contratos preliminares” que constituem, a rigor, outras espécies de declaração negocial. A vinculabilidade, ou não, desses variados instrumentos – e a sua força vinculativa, se *inôcu*a, se *obrigacional* em sentido amplo, ou se especificamente *contratual* – decorre do que neles estará materialmente consignado, não do título que eventualmente encabeçar o documento.²¹⁶

Tendo como base o narrado caso da *Rose and Frank Company*, também se compreende que é incompatível com o ordenamento jurídico a elaboração de um “ajuste”, “acordo”, “memorando de entendimentos”, “carta de intenções”, “pré-contrato”, entre outros, que estipule expressamente direitos e obrigações para as partes e, ao final, possua uma cláusula informando que aquele documento não é vinculante. Como afirmou Orlando Gomes, na realidade, em uma crítica a uma das concepções do contrato preliminar, que deixava totalmente à vontade das partes a opção de concluir ou não contrato definitivo, mesmo com a assinatura daquele²¹⁷:

A condição *si volueris* é defesa, tornando nulo o contrato que a estipula, porque encerra uma contradição interna, eis que se quer submeter e, ao mesmo tempo, não se submeter, criar uma obrigação e, ao mesmo tempo, não criá-la.

Outro fator que deve ser levado em consideração na análise das relações contratuais empresariais é a relevância dos usos e práticas seguidas pelos agentes econômicos. No entanto, importante fazer breve conceituação do termo “contratos empresariais” para que seja adequadamente entendida sua referência neste estudo, sem que se adentre no mérito de discussões mais profundas sobre a autonomia dos “contratos empresariais” ou “contratos mercantis”, em contraposição aos “contratos civis”.

Nesse sentido, o conceito de “contratos empresariais” auxilia a entender a razão pela qual se considera que o contrato de compra e venda secundária de participação societária se enquadra nessa categoria. Quanto a esses contratos, Paula Forgioni leciona que:

O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no *escopo de lucro de todas as partes envolvidas*, que condiciona seu comportamento, sua ‘vontade comum’ e, portanto, a *função econômica* do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar.

Por um lado, o contrato, singularmente considerado, perfaz determinada operação econômica. Porém, quando imerso na empresa, revela-se como parte ou manifestação

²¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 429.

²¹⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 131.

da atividade do ente produtivo. Assim, é inegável o impacto da atividade da empresa sobre cada um dos negócios por ela encetados.

Dizemos que a “natureza e o espírito do contrato” comercial são condicionados pela “vontade comum” das partes, direcionada que é pelo *escopo de lucro* que grava cada uma delas.²¹⁸

Judith Martins-Costa, em compreensão similar, explica que os contratos empresariais, longe de serem disciplinados com base em critérios formais, o são por um fator de ordem substancial, pois são instrumentalizados ao fenômeno da atividade empresarial, funcionando como objeto principal ou instrumento jurídico auxiliar da respectiva atividade desenvolvida.²¹⁹

O contrato de compra e venda secundária de participação societária se enquadra no conceito de contrato empresarial, pois modifica a estrutura político-econômica da sociedade-alvo, em função da alteração de seus sócios, com as finalidades de: (i) os vendedores realocarem suas participações societárias conferindo-as a terceiros que possuam maior interesse e, até mesmo, maior competência na direção e na respectiva tomada de decisões atinentes à atividade empresarial desenvolvida e, por sua vez, (ii) os compradores adquirirem a participação societária com o objetivo de influenciar e dirigir a sociedade para que ela desenvolva suas atividades com maior lucratividade, seja para que possa crescer organicamente, inorganicamente e/ou para que distribua maiores dividendos aos sócios. A relação jurídica estabelecida, objetiva, em tese, uma melhor alocação dos ativos entre agentes econômicos para maximização da riqueza, em função da potencial catalização da atividade empresarial.

A relação dessa leitura com a boa-fé objetiva é demonstrada, pois, por ser o contrato de compra e venda secundária de participação societária, um contrato empresarial, ele possui, ao longo de sua formação, um grau de informalidade, uma atipicidade e traz consigo, a importação de modelos internacionais, principalmente anglo-saxônicos, relacionada ao *ius mercatorum*, que regem as relações empresariais. Judith Martins-Costa argumenta que essas características dos contratos empresariais criam uma tensão entre a sua informalidade, atipicidade e o princípio da segurança jurídica que rege o ordenamento. Assim, afirma:

Não se valendo o Direito Comercial, da rigidez dos tipos e formas como fator de segurança (exceto quanto aos títulos de crédito), outros fatores transparecem como “âncoras” para a interpretação e integração dos contratos mercantis. Dentre esses, os

²¹⁸ FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 2. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 38.

²¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 305.

usos e as práticas normalmente seguidas pelas partes, dotados de *ampla possibilidade de objetivação*, na medida em que indicam a regularidade das condutas no mercado.²²⁰

Ressalta-se que, como ensina a autora, o que há de peculiar nas relações de Direito Empresarial é a maior imantação pela prática, que condiciona o sentido da boa-fé. Nesse sentido, afirma que a boa-fé adquire significações advindas da confiança, como *confiabilidade ou credibilidade*, de forma a se valorizar a posição do agente “isto é, o investimento de confiança daquele que recebe determinada ação ou declaração bem como, por exemplo, a posição de autoridade do emissor da declaração”²²¹; e a confiança como previsibilidade “necessária para o cálculo do investidor, sócio ou empresário para poder mensurar o risco”²²².

Na prática, a utilização da boa-fé objetiva na interpretação do caso pelo julgador faz com que ele tenha de avaliar a dinâmica já consolidada pelo mercado de como ocorre a formação do contrato objeto do conflito. Nesse cenário, para aferir se há contrato formado com ou sem negócio jurídico, será necessário avaliar as diversas declarações e manifestações expressas pelas partes ao longo do processo negocial. Outrossim, na compatibilização dos índices de tipo indicados no tópico 4.4, que fornecem os subsídios para a qualificação da atividade contratual desenvolvida, há de se atentar que não poderá haver o reconhecimento da existência de um contrato, caso se verifiquem falhas informacionais relevantes. Temerário seria reconhecer a existência de um contrato formado sem negócio jurídico numa situação em que as partes não tenham tido consciência de informações mínimas, usualmente avaliadas, quando da típica pactuação de uma compra e venda secundária de participação societária.

De outra maneira, caso identifique-se que as partes obtiveram acesso a essas informações, quando, por exemplo, uma *due diligence* é adequadamente realizada e, mesmo diante das informações obtidas, o processo contratual não foi encerrado, mas continuado com o objetivo de se chegar à formação final do contrato definitivo, a boa-fé atuará no sentido de deixar mais qualificado aquele contato social e de impedir condutas incompatíveis com o estado avançado da negociação.

Desse modo, é preservado o *standard* específico da boa-fé no âmbito das relações empresariais. Dessarte, privilegia-se tanto o direito informacional necessário à tomada de decisão de investimento por parte do comprador, quanto do vendedor. Este, para que aliene sua participação societária, pode ser necessário ter um mínimo de conhecimento a respeito da

²²⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 307.

²²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 309.

²²² MARTINS-COSTA, Judith. *op. cit.* p. 309.

idoneidade do comprador e de que ele possui eventuais características que lhe são relevantes, ao se pensar, por exemplo, na perpetuação da sociedade que foi construída.

Paula Forgioni, apesar de defender a função da boa-fé como um instituto apto a auxiliar na integração contratual na resolução de problemas advindos de contratos incompletos, faz uma ressalva:

O completamento do regramento contratual com base no que usualmente ocorre no mercado deve ser apartado da mera atribuição de poder a terceiro que, em nome da preservação do contrato, ditaria seus termos futuros. No entanto, na realidade dos fatos essa fronteira não se delineia de forma clara e os julgadores acabam muitas vezes utilizando a boa-fé para justificar decisão que implica o aviltamento da legítima liberdade de contratar.

É preciso evitar o risco de empregar a boa-fé como remédio para todos os males, empregando-a em nome de amorfa busca da “justiça social”.²²³

A boa-fé objetiva é princípio do direito contratual que deve ser aplicado ao caso concreto em análise pelo julgador, pois é fonte do estreitamento do contato social qualificado que cria efetivos deveres e obrigações para as partes da relação contratual. No âmbito dos contratos empresariais, a prática do mercado servirá como fundamento para decisões que envolvam a integração contratual. Na dúvida entre decidir pelo reconhecimento da existência de uma obrigação diversa da que é usualmente pactuada em contratos empresariais de mesmo tipo e outra reconhecida e utilizada pela prática do mercado, o julgador deverá reconhecer a segunda, pois compatível com o princípio.

Quanto à utilização da boa-fé como fundamento de integração contratual, Paula Forgioni não compreende que viola a autonomia privada e a liberdade de contratar, pois “a consideração da boa-fé como vetor da disciplina dos contratos substitui a lógica oportunista, *advantage-taking*” por outra colaborativa, que impele os agentes econômicos à atuação em prol do fim comum²²⁴. Nesse contexto, explica que “o dever de colaboração impõe-se para a consecução desse *fim comum*; a partir dele borbotarão condutas obrigatórias para as partes, objetivadas [e previsíveis] pelo mercado”²²⁵.

Não obstante, conclui-se que a boa-fé não pode ser o único fundamento utilizado para se chegar a uma decisão sobre a existência de relação contratual, com ou sem negócio jurídico, e para a definição de quais obrigações foram efetivamente pactuadas. A boa-fé terá o condão de limitar atos de autonomia privada incompatíveis com o processo contratual,

²²³ FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 2. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 279.

²²⁴ FORGIONI, Paula A. *op. cit.* p. 277.

²²⁵ FORGIONI, Paula A. *op. cit.* p. 278.

conquanto, não poderá suprimir, em absoluto, a liberdade de contratar das partes, constitucionalmente protegida.

5.4 Autonomia Privada

No contexto apresentado, também é imprescindível a análise do que se compreende por autonomia privada, fundamento da liberdade de contratar. As conclusões aqui obtidas não implicam em uma violação da autonomia privada quando é demonstrado que um contrato pode ser reconhecido, independentemente da expressa manifestação de vontade das partes.

Como se sabe, a ideia atual de autonomia *privada* evoluiu do superado princípio da autonomia *da vontade*, fruto do voluntarismo, dogmática jurídica que coloca o consensualismo do modelo liberal jusnaturalista de contrato como fundamento exclusivo de sua formação. Por essa pretérita concepção, que ainda hoje possui reflexos no entendimento e interpretação dos contratos, estes se formam pelo fato de as partes desejarem diretamente aquela vinculação e seus efeitos. Conforme explica Luciano Benetti Timm:

Baseado, portanto, na autodeterminação individual, ou seja, na liberdade de contratar, esse modelo jurídico de contrato funda-se nos postulados de que todos são livres para contratar se, com quem, como e da forma que quiserem. Assim, uma vez declarada a vontade, havendo o encontro entre proposta e aceitação, *tout court* (ou seja, independentemente de qualquer formalidade na manifestação das vontades), não poderia mais a parte contratante se abster do cumprimento do contrato (*pacta sunt servanda*), salvo as hipóteses de vícios de consentimento ou sociais, sob pena de rescisão e/ou de responsabilidade civil contratual. Mais, o contrato teria efeitos relativos apenas entre as partes contratantes, porque somente elas consentiam com as obrigações criadas.²²⁶

Essa visão, extremamente focada na vontade dos indivíduos, emergiu do paradigma moderno com a liberação da propriedade, livre dos entraves feudais, como expressão da natureza humana e como instrumento da liberdade individual. Conforme explica Enzo Roppo, na construção do *Code Civil* francês, liberdade e propriedade estavam associadas a um binômio indissolúvel que considera que a propriedade privada é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público. Por sua vez, a liberdade constituiria a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la em conformidade com a sua natureza e com as suas funções. Em suma, havia a ideia de que sem

²²⁶ TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 80.

propriedade não há liberdade e não pode haver propriedade sem a liberdade de dela gozar, dispor, transferir e promover sua circulação²²⁷.

A partir desse pensamento, concluíam-se que se o homem é livre para dispor de sua propriedade, como desejar, também seria livre para celebrar contratos, que são o mecanismo de circulação de bens e serviços por natureza, como bem entendesse²²⁸. O Código Civil brasileiro de 1916, por sua vez, foi construído tendo como bases a referida ideia do contrato como fruto da vontade e do individualismo. Assim, “foi construído a partir da ideia jusnaturalista moderna de que o indivíduo (histórica ou conceitualmente) antecede o Estado, sendo portador de um estado de liberdade absoluta que é renunciado para possibilitar a coexistência em sociedade (construída pelo contrato social, isto é, pelo consenso)”²²⁹.

O modelo liberal de contrato foi superado durante o século XX, quando o dogma da vontade se mostrou insuficiente para que o contrato acompanhasse a evolução social. Nesse sentido, conforme aponta Luciano Benetti Timm, o contrato encontrava uma “clausura normativa ‘autônômica’” sem qualquer abertura de troca sistêmica social, uma vez que era reduzido ao acordo de vontades e ao extremo formalismo jurídico²³⁰.

Nesse paradigma, o modelo moderno de contrato não estabelecia contato com o subsistema ético de valoração e avaliação da atuação das partes na consecução dos negócios. Portanto, acreditava-se que o equilíbrio do sistema contratual se preservaria pelo próprio embate entre os contratantes, pela execução forçada dos contratos inadimplidos e pelo próprio mercado que, segundo a concepção liberal, ordenaria “automaticamente” e de modo eficiente a distribuição de bens e serviços escassos para necessidades ilimitadas²³¹.

Esse contexto retrata uma situação na qual não era possível a análise e aplicação à realidade da relação contratual de normas jurídicas heterônomas, exteriores à vontade das partes, como o princípio da boa-fé e dos padrões de conduta que dele derivam, limitações judiciais à liberdade de contratar, modificação judicial do contrato, entre outros. Nesse sentido:

Essa rígida separação entre os subsistemas sociais criou, indubitavelmente, inconvenientes para o desenvolvimento judicial e doutrinário do sistema contratual. A sua prisão à ficção da vontade das partes supostamente iguais provocou um choque “sistêmico” irreconciliável, tendo o direito contratual ficado para trás dos acontecimentos sociais e políticos (ficou de fora a reflexão sobre a boa-fé na execução dos contratos, por exemplo, já que os juristas não se permitiam entrar no campo da

²²⁷ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 42-43.

²²⁸ TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 82.

²²⁹ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.* p. 33.

²³⁰ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.* p. 83.

²³¹ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.* p. 84.

investigação da moral; também a solidariedade e a cooperação entre os contratantes não foi abordada pelos civilistas adeptos do dogma da vontade). Portanto, a ética dos contratantes não seria um dos pontos de uma discussão judicial a respeito de um inadimplemento contratual, pela insegurança que esta deliberação acarretaria ao sistema.²³²

O sistema jurídico contratual não possuía qualquer abertura sistêmica ou interconexão com os demais subsistemas sociais, sem mecanismos de oxigenação extrassistêmicos, ficando o direito contratual fechado, enclausurado e estático²³³. Outrossim, esse paradigma do direito contratual apresentava-se inadequado à realidade social, em constante mudança.

O direito contratual, que regula as diversas relações privadas, sempre inovativas e com a criação de novas formas de contratação, não poderia ser estático. O mundo no início do século XX começava a intensificar a sua industrialização e a massificar o fornecimento de produtos e serviços. Desse modo, não se mostrava coerente e adequado que todos os contratos firmados pelas pessoas fossem fundamentados simplesmente na “vontade” de contratar, até mesmo nas situações nas quais a vontade era imposta, por não haver outra alternativa, como, por exemplo, em diversos tipos de contrato de consumo e em contratos de trabalho.

Esse panorama deu asés à criação de leis protetivas que buscavam certa equalização das partes contratantes, em alguns casos, hipossuficientes, institucionalizando o direito contratual e possibilitando a sua abertura a elementos normativos não consensuais, heterônomos, para evitar sua “anomia social”²³⁴. Assim, com a sociedade vivendo o chamado *Welfare State*, o Estado passou a atuar na realidade social e no âmbito do direito contratual surgiu o modelo solidarista de contrato, pautado por esse dirigismo, no qual diversas normas heterônomas influenciam na forma e no conteúdo do contrato, na busca de um ideal socializador.

Luciano Benetti Timm expõe que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social ocorreu tardiamente no Brasil se comparado aos países europeus. Assim, aqui foram promulgados, inicialmente, a Lei de Acidentes Ferroviários e a Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, apenas após a Constituição da República de 1988 e a legislação infraconstitucional derivada: Código de Defesa do Consumidor; Estatuto da Criança e do Adolescente; Lei da União Estável; e o Código Civil de 2002, que o Direito Social se tornou o

²³² TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 85.

²³³ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.* p. 85.

²³⁴ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.* p. 87-88.

núcleo duro do Direito Positivo Privado brasileiro²³⁵. O aspecto da visão solidarista de contrato, suas contradições e prejuízos que a sua leitura e utilização radicais trouxeram ao Direito Contratual, no início do século XXI, a partir do Código Civil de 2002, como o da equivocada aplicação da “função social” do contrato, não serão aprofundados.

Sem embargo, a partir dos fatos expostos, verifica-se que o conceito passou da autonomia da vontade, completamente subordinado ao que as partes desejam, para uma autonomia limitada pelas normas heterônomas que impõem deveres e condutas a serem seguidas pelas partes durante a relação contratual. Sobre esse ponto, esclarece Luciano Benetti Timm:

Nesse diapasão, a par daquela tensão indivíduo versus sociedade, trazendo a lume a necessidade de cooperação social, o novo modelo de contrato reflete também uma complexidade normativa, tendo em vista a sua “institucionalização” e, portanto, a presença de regramentos “não consensuais” do contrato. Desse modo, a normatividade do contrato não mais se resumirá à autonomia dos contratantes, ou seja, aquelas regras impostas pelas recíprocas negociações e barganhas das partes, mas será abarcada pela heteronomia das disposições legais irrenunciáveis e por práticas e expectativas sociais derivadas da normalidade das situações da vida social (“normalização social” do contrato).

Sobre autonomia privada a essa heteronomia que a permeia, Renata Guimarães Pompeu traz importantes subsídios à compreensão. Em sua obra “Autonomia Privada na Relação Contratual”, a autora realiza uma análise do que é autonomia privada e propõe seu estudo a partir dos conceitos de dialogia, concidadania e da análise econômica do direito²³⁶.

Discute, nesse contexto, que o estado da arte da compreensão da autonomia contratual ainda se apresenta em uma dicotomia, muito focada na passagem da noção da autonomia da vontade para a autonomia privada. Dessarte, compreende que os autores parecem circunscritos a uma percepção “pura” da autonomia, partindo de uma noção ideal de liberdade, também dicotômica, diante de noções de “liberdade” e “não liberdade”. Em face dessa perspectiva, Renata Guimarães Pompeu desenvolve sua análise a partir da noção de autonomia privada como poder, direito, princípio ou faculdade que não pode ser pensado de maneira idealista ou como conceito puro de liberdade em que tudo que não for fruto da vontade torne-se “não liberdade” ou um limite a ela²³⁷.

Quanto aos conceitos relacionados à análise da autonomia privada, a concidadania se apresenta na medida em que a autonomia é realizada em um espaço público, na

²³⁵ TIMM, Luciano Benetti. *op. cit.* p. 87-88.

²³⁶ POMPEU, Renata Guimarães. *Autonomia Privada na Relação Contratual*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015. p. 14.

²³⁷ POMPEU, Renata Guimarães. *op. cit.* p. 15.

intersubjetividade, que é o “ambiente” no qual se desenvolve a autonomia individual. Desse modo, leciona: “afirmar a autonomia individual é apenas registrar a singularidade do exercício deste poder nela contido, mas que se realiza coletivamente”²³⁸.

Por sua vez, em função de seu aspecto intersubjetivo, a autora explica que a dialogia é o processo viabilizador da autonomia. Assim, utiliza da teoria da argumentação para discutir o agir dialógico e comunicativo. Isso implica que “(...) se o desenvolvimento da autonomia individual é de natureza intersubjetiva essa rede se constrói por meio da linguagem. A mediação entre os discursos é a expressão da autonomia em ação inclusive como pressuposto que se verá no contrato”²³⁹.

A partir dessa leitura verifica-se que a *interação discursiva* das partes no processo contratual descreve identidades sociais reveladoras de valores culturais, de raciocínios morais e éticos, bem como de comportamentos econômicos. Os atos das partes ao longo do processo contratual, em toda sua comunicação, são atos de autonomia que também revelam o conteúdo do contrato. Assim, esclarece a autora:

As práticas discursivas entre concidadãos se apresentam como pressupostos do exercício da autonomia e conseqüentemente da relação contratual. A legitimidade do vínculo jurídico e do eficaz desenvolvimento depende desse reconhecimento recíproco. A dialogia se apresenta, então, como o processo discursivo-deliberativo para a formação das relações intersubjetivas e aqui, a relação obrigacional do contrato. Essa realidade comunicativa possibilita a construção dessa teia racional de projetos obrigacional, de natureza jurídico-econômica, que é o contrato.²⁴⁰

Ressalta, todavia, que a dialogia exercida pelas partes do processo contratual é limitada também pela heteronomia interna de cada uma das partes, que possuem desenvolvimentos subjetivos peculiares e distintos dos modelos aprendidos em razão da cultura na qual cada uma das partes está inserida. Isso influencia o processo discursivo-deliberativo de cada um dos agentes que poderão ter uma atitude de maior ou menor boa-fé, de cooperação e de cumprimento dos próprios deveres principais e anexos contratuais. Portanto, a autonomia privada deve ser investigada não apenas pela perspectiva estrutural, mas também pela perspectiva dinâmica e funcional, no sentido de possibilitar uma melhor leitura da relação e de sua concepção. Assim, discorre:

O contrato constitui instrumento de coordenação de condutas e de previsão de punições para o descumprimento destas. Entretanto, o fenômeno obrigacional por ele

²³⁸ POMPEU, Renata Guimarães. *Autonomia Privada na Relação Contratual*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015. p. 16.

²³⁹ POMPEU, Renata Guimarães. *op. cit.* p. 17.

²⁴⁰ POMPEU, Renata Guimarães. *op. cit.* p. 17.

representado se impõem também por um caráter funcional que representa a possibilidade de incentivo de condutas probas e cooperativas entre as partes.²⁴¹

Durante esse processo discursivo-deliberativo, as partes da relação contratual estão, na realidade, exercendo um *poder* que lhes foi conferido pelo ordenamento jurídico. Esse poder é, principalmente, o de estipular obrigações a cada uma das partes que, se descumpridas, possibilitarão a mobilização do aparato estatal para o cumprimento forçado. O próprio contato social e, certamente, as obrigações estipuladas, também criam deveres anexos, previamente determinados pelo ordenamento jurídico, que independem da manifestação das partes, mas os quais são elas coagidas a cumpri-los, sob pena de arcar com eventual sanção preestabelecida pelo ordenamento jurídico.

Desse modo, evidencia-se que “afirmar essa maneira expressiva da autonomia como poder, conduz à sua percepção no universo dos contratos como algo muito mais complexo do que uma racionalidade linear, e colabora com a compreensão do fenômeno da autonomia privada e contratual”²⁴².

Nessa linha de pensamento, discorre Francisco dos Santos Amaral Neto:

Sob o ponto de vista técnico, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular, traduzido na possibilidade de o sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. Tal poder não é, porém, originário. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e exerce-se nos limites que esse fixa, limites crescentes pelo aumento das funções estatais em virtude da passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista e assistencial. Quanto à sua natureza, a autonomia privada é verdadeiro poder jurídico que se traduz na possibilidade de o sujeito atuar para o fim de modificar situações jurídicas subjetivas, próprias ou de outrem.²⁴³

Diante disso, é possível concluir que a autonomia privada é um *poder jurídico* que pode ser exercido pelos particulares, inserido no contexto maior do ordenamento jurídico. Esse poder apenas será reconhecido pelo ordenamento caso vá ao encontro de suas normas, ou seja, há no ordenamento um espaço no qual as partes podem “criar” normas que por ele serão chanceladas. Por outro lado, nessa mesma concepção, o ordenamento jurídico poderá reconhecer que determinados atos de autonomia privada das partes, independentemente de sua vontade, atraem a incidência de determinada norma fazendo surgir determinado dever jurídico.

²⁴¹ POMPEU, Renata Guimarães. *Autonomia Privada na Relação Contratual*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015. p. 18.

²⁴² POMPEU, Renata Guimarães. *op. cit.* p. 30.

²⁴³ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. In: *Revista de Informação Legislativa*. v. 26. n. 102. abr./jun. 1989. p. 207-230. p. 214. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

É o que ocorre na responsabilidade civil pré-contratual quando a conduta de uma parte faz com que a outra possua verdadeira confiança e expectativa na conclusão de um contrato, mas, por qualquer razão, a outra parte resolve romper as negociações. A responsabilização da outra parte em arcar com eventuais perdas e danos deriva do descumprimento dos deveres que o ordenamento jurídico impõe à relação, como o da boa-fé objetiva que pauta a frustração das legítimas expectativas.

Observe-se que, nesses casos, não há um ato de autonomia privada o qual a parte demonstra a “vontade” ou realiza qualquer declaração no sentido de querer que incida sobre ela a responsabilidade de cumprir os deveres anexos e de arcar com as referidas perdas e danos pelo rompimento das negociações. No entanto, não há como afastar o reconhecimento de que a parte agiu dentro de sua autonomia privada ao iniciar negociações, nelas permanecer e, posteriormente, delas desistir.

Por seu turno, a leitura do contrato como atividade e o reconhecimento do processo contratual fazem com que as partes que nele caminhem, pelo puro exercício de sua autonomia privada, atinjam um ponto no qual estará formado o contrato pelo enquadramento de sua conduta fática no pressuposto fático da norma. A autonomia privada das partes continuará existindo, pois sempre poderão decidir a forma pela qual conduzirão o processo contratual. Assim, poderão, inclusive, estabelecer expressamente, desde o início das negociações, pela não vinculação do que for negociado até a ocorrência de determinado ato, por exemplo.

Ponto crítico e que causa insegurança jurídica que, por hora, aparentemente, não se vê como superar, é que a análise casuística é que efetivamente possibilitará a melhor interpretação para aquela situação específica. De nada adianta haver determinada disposição escrita e acordada entre as partes se, posteriormente, ao longo do processo contratual outras atitudes forem tomadas, dando asés à incidência, por exemplo, dos institutos da *supressio* e/ou *surrectio*, derivados do princípio da boa-fé objetiva.

Há de aqui se fazer importante ressalva de que, por essa leitura, não se vislumbra ou se defende a mera integração do contrato formado sem negócio jurídico por meio de uma aplicação de princípios desvinculados da real autonomia privada exercida pelas partes. A resposta para interpretação e tutela de um contrato formado sem negócio jurídico deverá ser obtida pela análise daquela relação de “dentro para fora”, do processo contratual exercido pelas partes para o direito e não do direito para as partes.

Desse modo, o reconhecimento da autonomia privada como inserida em um contexto de autonomia e heteronomia não faz com que o Direito possa ser utilizado, como no modelo solidarista de contrato, para que sejam reconhecidas (e impostas) obrigações formadas

naquele processo contratual a partir de princípios desvinculados do verdadeiro fim econômico-individual visado pelas partes no processo. É o fim visado pelas partes que deve pautar a interpretação do contrato formado sem negócio jurídico.

Sobre esse contexto, destaca-se a recente Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019²⁴⁴, denominada “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, que modificou vários dispositivos do Código Civil. Nesse âmbito, selienta-se a nova redação do art. 113²⁴⁵ do Código Civil, que a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

- I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;**
- II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;**
- III - corresponder à boa-fé;**
- IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e**
- V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.**

Por sua vez, enfatiza-se também a redação do novo artigo 421-A²⁴⁶ do Código Civil, que determina que:

- Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:
- I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;**
 - II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e**
 - III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.**

Essas disposições, em que pese haver referência expressa a “negócio jurídico” no art. 113, são inteiramente aplicáveis à presente análise e efetivam o teor do que aqui é exposto. Ambos os dispositivos impõem a observância ao comportamento das partes, à boa-fé, à alocação de riscos, à racionalidade econômica e a revisão contratual excepcional e limitada.

²⁴⁴ BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

²⁴⁵ BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Grifo do autor.

²⁴⁶ BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Grifo do autor.

Quanto a este último ponto, o que quer se demonstrar quando afirma-se que a interpretação do processo contratual deve se dar “de dentro para fora” é que, pela via contrária, o julgador estará interferindo indevidamente no contrato e até mesmo “contratando” pelas partes, o que não se admite, apenas em caráter excepcional e limitado, conforme a expressa disposição legal.

5.4.1 A efetivação da autonomia privada pela informação

O nível de informação obtido por cada uma das partes no processo contratual deverá pautar a compreensão do exercício da autonomia privada na formação do contrato sem negócio jurídico. É aspecto relevante visto que não será possível reconhecer a formação desse tipo de contrato, sem que, concomitantemente, verifique-se que a parte, durante o processo, de fato e objetivamente, exerceu sua autonomia privada.

Sobre essa questão, Renata Guimarães Pompeu se baseia na Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas de que a liberdade se revela por diferentes níveis de autorreferência do sujeito autônomo. Assim, discorre:

A liberdade se expressa de maneira reflexiva quando seu agente consegue, por meio de competência cognitiva, um agir menos egocêntrico. O sujeito é capaz de se perceber e se perceber entre outros sujeitos. Simultaneamente a liberdade se expressa por meio do arbítrio, o que quer dizer que o agente possui uma capacidade racional de escolha sobre poder ou não fazer ou agir de determinado modo.²⁴⁷

Nesse contexto, a autora traz a concepção de “racionalidade epistêmica” que se desenvolve por meio de proposições e juízos que representam unidades elementares passíveis de serem testadas pelo sujeito como verdadeiras ou falsas. O sujeito não consegue efetivar uma deliberação discursiva e reflexiva meramente pelo conhecimento de fatos, pois estes não pressupõem o saber racional. Isso implica que “o conteúdo jurídico do vínculo obrigacional deve ser passível não somente de conhecimento, mas de compreensão e possibilidade verificadora de possível ônus ou vantagem que ele possibilite às partes”²⁴⁸.

Conforme explica a autora: “a racionalidade em sentido epistêmico pressupõe que somente a atitude reflexiva não permite a expressão de um nível racional mais complexo. É necessário que o saber seja ponderado, proposto e testado como meio de revisá-lo e ampliá-lo”²⁴⁹. Dessa forma, demonstrando a concepção de Habermas, Renata Guimarães Pompeu expõe

²⁴⁷ POMPEU, Renata Guimarães. *Autonomia Privada na Relação Contratual*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015. p. 47.

²⁴⁸ POMPEU, Renata Guimarães. *op. cit.* p. 49.

²⁴⁹ POMPEU, Renata Guimarães. *op. cit.* p. 49.

que a racionalidade se verificará por um agir que é sempre intencional, sendo ela verificada não somente se o resultado é alcançado, mas pelo ator ter alcançado o referido resultado com base em *meios deliberadamente escolhidos e empregados*²⁵⁰.

Essa teoria se relaciona com o processo contratual dado que, para se considerar que a parte está efetivamente exercendo sua autonomia privada no processo deverá ser demonstrado, objetivamente, que ela obteve informações “razoáveis” e verdadeiras sobre a atividade que está sendo desenvolvida – o termo “razoáveis” deve aqui ser lido como *adequadas ao tipo de atividade contratual desenvolvida*. Diante do reconhecimento de um contrato sem negócio jurídico, no qual não há necessariamente declaração expressa da parte a respeito de sua concordância com as obrigações que lhe poderão ser imputadas, essencial é a demonstração de que ela intencionalmente e racionalmente optou por se manter naquele processo contratual, em vista do panorama informacional o qual teve contato. Destaca-se que essa demonstração deve ser objetiva, para não cair no problema da subjetividade da intenção, na qual é impossível adentrar na mente do agente para verificar seus pensamentos.

Para elucidar essas afirmações e relacioná-las processo contratual estudado, retorne-se aos índices de tipo indicados no tópico 4.4. A respectiva identificação dos índices, em decorrência dos documentos produzidos e trocados e das manifestações expressas, auxilia a evidenciar o grau informacional das partes sobre a operação a ser entabulada. Nesse âmbito, destaca-se a importância do ato de as partes que decidem por se manter no processo contratual após a realização da *due diligence*, por exemplo. Quando ela for realizada, fornecerá essenciais subsídios ao cálculo do risco da operação e das bases para formação de sua equação econômico-financeira.

Dessarte, no caso, permanecendo as partes no processo, restará demonstrado o alto grau informacional que propicia a elas a tomada de decisão de permanecer na condução do processo contratual, por meio de sua autonomia privada. Outrossim, difícil será a demonstração de que a permanência das partes do processo negocial não resultou de um ato de autonomia privada, levando em consideração a perspectiva que esse ato deve ser intencional e racional.

Cabe ressaltar que a “razoabilidade” das informações obtidas também se relaciona com a racionalidade limitada das partes e com o contexto de determinada atividade contratual, na qual a omissão de determinadas informações poderá servir como forma de barganha na formação do contrato. A assimetria informacional é inerente às operações econômicas e, certamente, influencia na deliberação das partes para tomada de decisão. Não obstante, não se

²⁵⁰ POMPEU, Renata Guimarães. *Autonomia Privada na Relação Contratual*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015. p. 50.

deve exigir um grau informacional perfeito, o qual entende-se ser impossível alcançar, mas o “razoável” para o tipo de operação econômica estabelecida.

No contexto do contrato de compra e venda secundária de participação societária, compreende-se que a identificação dos índices de tipo elencados anteriormente evidenciam também o conteúdo mínimo sobre o qual as partes devem possuir a informação para que possa ser reconhecida a formação desse tipo contratual sem negócio jurídico.

5.5 Breves considerações da Análise Econômica do Direito Contratual

Por restrições metodológicas, não há espaço neste trabalho para promover um efetivo estudo de análise econômica do direito aplicando-se a respectiva metodologia científica à leitura encontrada da formação do contrato como atividade, inserida no processo contratual. Entretanto, pela íntima relação do direito contratual com a ciência econômica, uma vez que o contrato é o que traz as operações econômicas para o mundo jurídico, regulando-as conforme as exigências e possibilidades concedidas pelo ordenamento, não há como deixar de delinear importantes fundamentos da análise econômica do direito que deverão ser levados em consideração na conclusão deste trabalho.

Inicialmente, cabe enfatizar a função da análise econômica do direito, pois, diversas vezes, ela é “mal vista”, com um olhar equivocado como se fosse uma metodologia que buscava modificar o direito sob uma concepção “egoística”, meramente econômica das relações, desprezando importantes valores e princípios jurídicos.

Contudo, a análise econômica do direito é um instrumento científico-metodológico para avaliar os efeitos no comportamento social em razão da criação, aplicação e interpretação de determinada norma jurídica. Nesse sentido, a análise econômica do direito busca identificar como as pessoas (e o mercado) reagem à manutenção e modificações do ordenamento jurídico para concluir, em termos econômicos, se uma norma é ou não eficiente.

A valoração da necessidade de modificar, extinguir ou criar uma norma não é respondida pela análise econômica do direito, mas pelos legisladores e juristas que poderão definir as políticas públicas adequadas, conforme as exigências sociais e do ordenamento jurídico vigente. Não necessariamente o que é economicamente eficiente coincidirá com o que é juridicamente aceitável, mas fornecerá uma base científica, empírica, para determinada tomada de decisão político-legislativa naquela esfera.

Como explicam Robert Cooter e Thomas Ulen:

A economia fornece uma teoria científica para prever os efeitos de sanções jurídicas no comportamento. Para os economistas, sanções são como preços e, presumidamente, as pessoas reagem a essas sanções assim como reagem aos preços. A reação das pessoas a preços elevados é a de consumir menos os produtos mais caros; presumidamente, as pessoas também reagem a sanções jurídicas mais severas reduzindo a realização do ato sancionável. A Economia possui teorias matemáticas precisas (teoria dos preços e teoria dos jogos) e métodos empíricos sólidos (estatística e econometria) para analisar os efeitos implícitos dos preços que ligam as leis ao comportamento.²⁵¹

Assim, sempre que utilizados os fundamentos e/ou a metodologia da análise econômica do direito, deve-se partir da premissa que ela não serve para se chegar a uma resposta se determinada norma é ou não “boa” de um ponto de vista moral ou ético, mas se ela é ou não “boa” do ponto de vista da eficiência econômica. Nesse sentido também leciona Richard Posner²⁵² quando explica que a análise econômica aponta qual norma é mais eficiente, mas não se preocupa em adequá-la aos princípios jurídicos e éticos vigentes no ordenamento jurídico e na sociedade.

Um dos conceitos de eficiência, bastante relevantes à ciência econômica é o da “eficiência de Pareto” na qual uma operação econômica deve, no mínimo, aumentar os lucros de uma parte, sem diminuir os da outra. Conforme exemplificam Robert Cooter e Thomas Ulen, imagine que há dois consumidores, *Smith* e *Jones*, e dois produtos, guarda-chuvas e pães. Inicialmente os produtos são distribuídos entre eles. Essa alocação é Pareto-eficiente? Ela será caso seja impossível realocar os guarda-chuvas e pães de forma que *Smith* e *Jones* melhorem sua situação sem que piorem a situação do outro²⁵³.

Complementarmente, em decorrência de limitações na eficiência de Pareto, que não considera impactos em terceiros e está diretamente ligada à ética utilitarista, pode ser utilizado o conceito de eficiência *Kaldor-Hicks*²⁵⁴, também conhecida como pareto-superior, que

²⁵¹ “Economics provided a scientific theory to predict the effects of legal sanctions on behavior. To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. People respond to higher prices by consuming less of the more expensive good; presumably, people also respond to more severe legal sanctions by doing less of the sanctioned activity. Economics has mathematically precise theories (price theory and game theory) and empirically sound methods (statistics and econometrics) for analyzing the effects of the implicit prices that laws attach to behavior.” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Pearson New International Edition. 6. ed. Kindle Edition. Harlow: Pearson, 2014. p. 3. Tradução do autor)

²⁵² POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6th. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2003. p. 12.

²⁵³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *op. cit.* p. 14.

²⁵⁴ “Another objection of Pareto superiority is that it has few applications to the real world because most transactions (and if not a single transaction, then a series of like transactions) have effects on third parties, if only by changing the prices of other goods (how?). In the less austere concept of efficiency mainly used in this book – called the Kaldor-Hicks concept of efficiency, or wealth maximization – if A values the wood carving at \$50 and B at \$120, so that at any price between \$50 and \$120 the transaction creates a total benefit of \$70 (at a price of

considera a maximização geral da riqueza decorrente de uma operação²⁵⁵. Como também explicam Mackaay e Rousseau:

Com o critério de Pareto, muitas situações não permitem julgamento: aquelas em que alguns ganham e outros perdem. Para escapar de tal indecisão, propôs-se o critério segundo o qual se há um ganho e os ganhadores puderem compensar os perdedores (critério Kaldor-Hicks). Na ausência de um entendimento sobre a indenização, é difícil evitar a arbitrariedade de tal julgamento e não se pode admiti-lo como científico. Não há dúvida, pois, que na vida política de todos os dias tais arbitrariedades sejam realizadas. Mas a questão pertinente é a quem o poder arbitrário é conferido, por quanto tempo e sob que forma de fiscalização.²⁵⁶

Com esses fundamentos e no referido contexto, pensando-se na análise econômica do direito contratual, Robert Cooter e Thomas Ulen²⁵⁷ expõem seis finalidades da Teoria Econômica Contratual: possibilitar que as pessoas cooperem convertendo jogos com soluções não cooperativas em jogos com soluções cooperativas; incentivar a divulgação eficiente de informações dentro da relação contratual; assegurar o compromisso ótimo com o cumprimento do contrato; assegurar a confiança ótima; minimizar os custos de transação da negociação de contratos fornecendo condições e regulamentações padrão eficientes e promover relações duradouras, que resolvem o problema da cooperação recorrendo menos aos tribunais para fazer cumprir os contratos.

Richard Posner²⁵⁸, por sua vez, define cinco funções econômicas dos contratos: prevenir o oportunismo; interpolar disposições eficientes; prevenir riscos-evitáveis no processo de contratação; alocar o risco para quem puder suportá-lo de modo superior e reduzir os custos que envolvem litígios contratuais.

O que é importante trazer para o presente estudo são alguns conceitos fundamentais da análise econômica do direito que deverão auxiliar na interpretação do processo contratual, em especial, da sua fase de formação.

Deve ter-se em mente que, em uma negociação, cada uma das partes tende a querer maximizar seus ganhos em detrimento da outra parte. Isso não deve ser observado

*\$100, for example, A considers himself \$50 better off and B considers himself \$20 better off), it is an efficient transaction, provided that the harm (if any) done to third parties (minus any benefit to them) does not exceed \$70. The transaction would not be Pareto superior unless A and B actually compensated the third parties for any harm suffered by them. The Kaldor-Hicks concept is also and suggestively called potential Pareto superiority: The winners could compensate the losers, whether or not they actually do.” (POSNER. Richard A. *op. cit.* p. 13).*

²⁵⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96.

²⁵⁶ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 88.

²⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 237.

²⁵⁸ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6th. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2003. p. 98.

necessariamente como uma imoralidade ou antiética de uma parte – apesar de existir – mas como um componente do “jogo” do mercado. Ocorre que, a alocação eficiente dos recursos com vista à maximização da riqueza que resultará de uma operação de compra e venda secundária de participação societária, por exemplo, provavelmente não corresponderá ao desejo da parte que age com oportunismo para melhorar somente a sua posição, em detrimento da outra parte.

Mackaay e Rousseau definem oportunismo como o “comportamento de um dos contratantes que, por astúcia ou força, tenta obter para si vantagem na repartição dos ganhos conjuntos do contrato, em detrimento do outro contratante – as quase-rendas, segundo vocabulário do economista – que cada parte considerara quando da sua conclusão”²⁵⁹. Quando um contrato é firmado em situação na qual há grande relevância o comportamento oportunista de uma das partes não se atingirá a conjuntura na qual cada uma obterá o ganho esperado, ou seja, o contrato não refletirá um ganho de Pareto de forma que a troca leve ao avanço do bem-estar social. Nesse caso, “a ação oportunista, tentadora para a pessoa em caso isolado, perturba o interesse geral”²⁶⁰.

Mackaay e Rousseau²⁶¹ lecionam que a parte vítima de um comportamento oportunista lamenta ter celebrado o contrato. Essa situação influenciará não apenas no comportamento futuro da própria parte, mas de todos aqueles que possam estar em situação semelhante. Nesse sentido, para prevenir o oportunismo da outra parte, cada um, agindo racionalmente, adotará toda medida preventiva cujo custo, para si, seja inferior à redução do custo do risco criado e “buscará precisar melhor a relação a fim de empurrar a possibilidade de a lacuna ser explorada de maneira oportunista”²⁶². O problema é que, em qualquer hipótese, as precauções aumentam os custos de transação e, via de consequência, podem impedir a própria conclusão de contratos que poderiam ser vantajosos e eficientes.

Em face desses fundamentos teóricos, no âmbito das negociações dos contratos de compra e venda secundária de participação societária, pode-se obter uma primeira conclusão: (i) as normas jurídicas que regem a fase de negociações dos contratos devem limitar comportamentos oportunistas das partes.

Um comportamento oportunista, nesse espectro, pode ser o de a parte iniciar um processo contratual, com o respectivo início de negociações, sem que haja verdadeiro interesse

²⁵⁹ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 422.

²⁶⁰ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *op. cit.* p. 423.

²⁶¹ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *op. cit.* p. 423.

²⁶² MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *op. cit.* p. 423.

na sua posterior conclusão. A parte pode ser “astuta” no sentido de entrar no processo para obter determinadas informações sobre a atividade da outra parte, para obter posteriores vantagens de mercado para si, sem que aquele seja um processo contratual efetivamente dirigido à pactuação do contrato. Esse exemplo demonstra que parece ser eficiente que o ordenamento jurídico desencoraje os agentes a iniciar um processo contratual e nele permanecer, gerando confiança a outra parte de que o negócio será concluído para, posteriormente, sem verdadeira razão econômica ou de direito, desistir de concluí-lo.

Dessarte, em termos de ineficiência econômica, maior ela parece ser quando o agente desistir de pactuar o contrato, quanto mais avançado estiver o processo contratual. Diante disso, parece ser mais eficiente que a opção por desistir de permanecer no processo contratual para a respectiva contratação ocorra no início das negociações do que quando elas já estejam em estado avançado.

Essas conclusões se fundamentam no fato de que, quanto mais avançado estiver o processo contratual, mais as partes vão ter investido tempo e até mesmo recursos financeiros e econômicos no processo. A realização de uma *due diligence*, por exemplo, possui alto custo financeiro que, caso a parte decida por desistir do processo contratual após sua realização, será verdadeiro prejuízo.

Não obstante, por outro lado, não há eficiência em forçar partes a contratarem algo que não maximize suas riquezas, deixando-as em estado pior do que antes estavam. A partir desse pensamento, chega-se a uma segunda conclusão: (ii) as normas jurídicas que regem a fase de negociação dos contratos devem propiciar às partes liberdade para que desistam de um processo contratual que se mostre economicamente ineficiente.

Um terceiro importante fundamento teórico, atinente à análise econômica do direito, é o da utilização do método da Teoria dos Jogos para análise empírica das situações. Como explicam Robert Cooter e Thomas Ulen, o direito, frequentemente apresenta situações na qual há alguns tomadores de decisão na qual o resultado ótimo de suas ações depende da ação da outra parte. Essas situações são como jogos nos quais as pessoas devem decidir a partir de estratégias. Estratégia é o planejamento da ação em resposta a reação das outras pessoas²⁶³.

Ronaldo Fiani define a teoria dos jogos da seguinte maneira:

(...) sempre que um conjunto de indivíduos, empresas, partidos políticos etc., estiver envolvido em uma situação de interdependência recíproca, em que as decisões tomadas influenciam-se reciprocamente, pode-se dizer que eles se encontram em um

²⁶³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Pearson New International Edition. 6. ed. Kindle Edition. Harlow: Pearson, 2014. p. 33.

“jogo”. (...) Assim, situações nas quais há interação estratégica podem ser caracterizadas como “jogos”.^{264_265}

A Teoria dos Jogos pode ser utilizada para se chegar à conclusão sobre quais comportamentos podem ser incentivados ou desincentivados, considerando-se a interação entre as partes para obter-se determinado resultado. Quanto ao processo contratual, é desejável que o ordenamento jurídico favoreça a cooperação das partes durante sua relação. Cooperação deve ser aqui entendida, não como um ato de “solidariedade” ou “bondade” entre os agentes na relação contratual, mas como a prática de atos relevantes que propiciarão a formação de um contrato economicamente eficiente e dentro das exigências legais. Um exemplo de ato de cooperação é o incentivo das partes a trocarem informações verdadeiras e confiáveis para a tomada de decisão sobre o que e como contratar.

Nesse cenário, Mackaay e Rousseau explicam o Teorema de Coase que propugna que, inexistindo direitos bem definidos, não é evidente a determinação de qual das partes, em uma transação, tomará iniciativa de cooperar, nem de saber quem assumirá os custos da solução. Sem direitos definidos, cada parte se esforçará para tentar fazer com que os custos recaiam sobre a outra, reproduzindo-se uma “situação hobbesiana” de cada um por si. Evidentemente,

²⁶⁴ FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. 4. ed. Kindle Version. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

²⁶⁵ Cf. “Assim, um jogo nada mais é do que uma representação formal que permite a análise das situações em que agentes interagem entre si, agindo racionalmente. Essa caracterização merece ser analisada com cuidado, uma vez que ela contém todos os elementos necessários à compreensão do objeto de estudo da teoria dos jogos. Vejamos cada um desses elementos separadamente. *Um jogo é um modelo formal*. Isso significa que a teoria dos jogos envolve técnicas de descrição e análise, ou, em outras palavras, que existem regras preestabelecidas para apresentar e estudar um jogo. Portanto, o estudo dessas técnicas é um elemento fundamental para a compreensão da teoria. *Interações*. Significam que as ações de cada agente, consideradas individualmente, afetam os demais. Alguns autores também consideram jogos as situações em que as ações de um agente não chegam a afetar os demais, como, por exemplo, as decisões de oferta de um vendedor em um mercado pulverizado, no qual cada vendedor representa uma fração tão pequena da oferta total que não pode influenciar, com suas decisões, o preço de mercado. Não será essa, todavia, a abordagem aqui adotada: consideraremos jogos e processos que envolvam interações entre os agentes. *Agentes*. Um agente é qualquer indivíduo, ou grupo de indivíduos, com capacidade de decisão para afetar os demais: um indivíduo sozinho pode ser um agente, como no caso em que um empregado decide se vai ou não pedir um aumento a seu patrão; ou um grupo de indivíduos pode ser um agente, como no caso de empregados que decidem fazer greve por melhores salários. Em ambos os casos, um agente é denominado, em teoria dos jogos, um jogador. Vale enfatizar que jogadores podem ser tanto indivíduos quanto organizações (empresas, governos, sindicatos, partidos políticos etc.). *Racionalidade*. Assumir que os agentes são racionais significa supor que os indivíduos empregam os meios mais adequados aos objetivos que almejam, sejam quais forem esses objetivos. A questão da racionalidade é uma das mais complexas no campo das Ciências Sociais, da Psicologia e mesmo da Filosofia. (...). *Comportamento estratégico*. Por comportamento estratégico entende-se que cada jogador, ao tomar a sua própria decisão, leva em consideração o fato de que os jogadores interagem entre si, e que, portanto, sua decisão terá consequências sobre os demais jogadores, assim como as decisões dos outros jogadores terão consequências sobre ele. Obviamente, isso envolve raciocínios complexos, em que o que um dos jogadores decide depende do que ele acha que os demais farão em resposta às suas ações, o que, por sua vez, irá depender do que os demais jogadores acham que ele fará, e assim por diante. (FIANI, Ronaldo. *op. cit.*)

esse estado gera uma ineficiência, pois não necessariamente a opção menos onerosa será obtida, favorecendo o oportunismo – decorrente da assimetria de informação entre as partes²⁶⁶.

Nessa conjuntura, Luciano Benetti Timm²⁶⁷ leciona que, se um agente econômico não tiver garantias de que a outra parte cumprirá com suas obrigações, o contrato terá pouca valia para ele. Dessa forma, dentro de uma perspectiva econômica, o princípio do *pacta sunt servanda* seria o princípio mais importante do direito contratual. Assim, discorre que “se não fosse este princípio e da força coativa do contrato, provavelmente apenas subsistiriam transações pouco sofisticadas no mercado, isto é, aquelas com execução imediata”.

Quanto à confiança, Robert Cooter e Thomas Ulen²⁶⁸ demonstram que a exequibilidade dos contratos leva à cooperação das partes, o que induz o promitente a investir no cumprimento e o promissário a investir na confiança (na promessa). Assim, a confiança é a mudança na posição do promissário induzida pela promessa. Ao realizar a análise econômica da confiança ótima e da confiança excessiva, os autores verificam que: “a lei pode desestimular a confiança excessiva limitando a indenização recuperável”, pois a confiança excessiva causa danos elevados, em decorrência do descumprimento da promessa.

Mackaay e Rousseau, por sua vez, demonstram que a confiança permite economizar precauções que seriam adotadas pelas partes contratantes, caso ela não existisse, tendo papel fundamental na economia de mercado. Assim, mais contratos são concluídos entre agentes econômicos desconhecidos, o que resulta em mais ganhos recíprocos. Os autores entendem que a boa-fé esclarece o conceito de confiança, pois ela deve ser utilizada para prevenir o oportunismo²⁶⁹.

Diante dessas ideias expostas, uma terceira conclusão é obtida: (iii) o ordenamento jurídico deve estimular que, ao longo do processo contratual, as partes tenham incentivos para cooperar, com a troca e compartilhamento de informações verdadeiras e confiáveis a respeito do objeto do processo.

A partir do contexto delineado, percebe-se que o que regerá as partes em saber efetivamente a viabilidade de uma operação que está sendo negociada será o *grau de informação* que possuem sobre o objeto do contrato. Esse grau informacional também tende a aumentar no decorrer do processo contratual. O objetivo dos agentes em ter acesso às

²⁶⁶ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 206.

²⁶⁷ TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 192.

²⁶⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 217.

²⁶⁹ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *op. cit.* p. 430.

informações é o de poder racionalmente tomar uma decisão consciente sobre os aspectos daquela operação.

A microeconomia discute o conceito de racionalidade dos agentes econômicos. Conforme explicam Robert Cooter e Thomas Ulen, os modelos econômicos são construídos assumindo que os agentes econômicos fazem escolhas racionais. A racionalidade leva os agentes a fazer escolhas que maximizem o seu bem-estar²⁷⁰.

Mackaay e Rousseau, explicam que o modelo de escolha racional permite generalizações quanto ao comportamento humano:

Atribui aos humanos uma linha de conduta previsível; supõe que os humanos escolherão, sempre, entre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação. Isso implica, por exemplo, que se o custo de uma opção (preço de um bem que se quer adquirir, sacrifício para empreender uma ação) aumenta, as pessoas afetadas escolherão menos frequentemente essa opção (lei da demanda).²⁷¹

Uma das críticas e problemas do modelo da escolha racional é que a racionalidade humana é limitada. Essa limitação da racionalidade se dá por diversos fatores. Mackaay e Rousseau, ao explicarem a crítica de Herbert Simon ao modelo da escolha racional, exprimem que ele é irrealista pois se apoia excessivamente sobre o tratamento da informação pelas pessoas. Contudo, os seres humanos raramente dispõem para problemas de média complexidade, da informação necessária para inventariar e valorizar corretamente todo o espectro de decisões possíveis. Nesse sentido, “o espírito humano não pode fazer mais do que determinado número de coisas ao mesmo tempo, ou por vez. Deve usar esquemas simplificadores para delimitar as informações a serem consideradas na decisão”²⁷².

Os autores apresentam um exemplo do qual uma pessoa que é transferida para uma cidade desconhecida e precisa escolher uma casa para morar. Nesse caso, ela não poderá estabelecer uma escala única para todas as casas ofertadas na cidade e escolher a que melhor lhe satisfaça. Assim, expõem:

O que fará, em geral, é determinar, antecipadamente, as características que deseja como tamanho (mínimo) da casa e jardim, distância (máxima) em relação à escola dos filhos e do trabalho dos pais, qualidade (mínima) do bairro, preço máximo que estaria disposto a pagar etc. Procura um corretor de imóveis. Primeira discussão permite delimitar os bairros a serem considerados em função do preço ou, por exemplo, da qualidade do bairro. No “espaço de pesquisa” assim delimitado, certo número de casas

²⁷⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Pearson New International Edition. 6. ed. Kindle Edition. Harlow: Pearson, 2014. p. 14.

²⁷¹ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 31.

²⁷² MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *op. cit.* p. 33.

podem ser analisadas e eliminadas apenas à vista da documentação disponível com o corretor. Entre as que restarem, é preciso agendar visitas. Examinará todas? Ou algumas apenas? Visitará casas até que encontre o que procura em resposta a todos os critérios fixados? Todas essas opções são possíveis. Se visitar certo número de casas, de supor que muitas agradem ao comprador por diferentes razões. Necessário, então, ordenar e escolher a casa nessa relação. Como comparar (pensar) o tamanho da casa, a proximidade da escola ou do trabalho e o preço? A operação não parece evidente, salvo para fins de seleção e para apenas algumas casas.²⁷³

A partir desses exemplos, os autores demonstram que, em decisões complexas, os seres humanos limitam sua atenção a um número restrito de aspectos e buscam uma solução que atenda, sob cada um deles, um nível de satisfação²⁷⁴.

Uma outra limitação da racionalidade humana é explicada por Robert Cooter e Thomas Ulen, dentro do estudo da *Behavioral Economics* propugnada por Daniel Kahneman e Amos Tversky. Para exemplificar essa limitação, apresentam o “*ultimatum bargaining game*”. Nesse jogo, há dois jogadores que não conhecem o outro e interagem de forma anônima. A tarefa de ambos é dividir entre si uma pequena quantidade de dinheiro, R\$ 20,00, por exemplo. O Jogador 1 deve fazer uma proposta ao Jogador 2. O Jogador 2 poderá aceitar ou não a proposta. Caso aceite a proposta, cada um receberá o que foi definido pelo Jogador 1. Caso não aceite, nenhum dos dois jogadores receberá qualquer valor.

O modelo da escolha racional prevê que, no caso, o Jogador 1 irá tentar ser oportunista e tirar vantagem de sua posição. Nesse sentido, fará uma proposta, por exemplo, na qual fique com R \$ 15,00 e o Jogador 2 com R\$ 5,00. No caso, o Jogador 1 racionalizaria que o Jogador 2 irá preferir R\$ 5,00 do que nada. Por sua vez, o Jogador 2 poderá pensar que o Jogador 1 é egoísta, mas que, de fato, receber R\$ 5,00 é melhor do que não receber nada.

Ocorre que, os experimentos empíricos realizados em mais de 140 países dentre pessoas de diversas idades, classes sociais, escolaridade, religiões e em países com diferentes padrões de vida demonstrou que o padrão do resultado do experimento é que o Jogador 1 ofereça 50% do valor ao Jogador 2 e fique com os outros 50%. Trata-se de experimento interessante que demonstra a falibilidade do modelo da escolha racional²⁷⁵.

Uma outra linha levada em consideração na *Behavioral Economics* diz respeito ao estudo dos vieses cognitivos, atualmente, com uma expansão no número de pesquisadores na área. Robert Cooter e Thomas Ulen exemplificam os vieses com a seguinte situação. Se as pessoas fossem questionadas no início do ano de 2010 sobre a probabilidade, em suas

²⁷³ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

²⁷⁴ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *op. cit.* p. 34.

²⁷⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Pearson New International Edition. 6. ed. Kindle Edition. Harlow: Pearson, 2014. p. 51.

concepções de a Espanha vencer a Copa da África do Sul, muitas poderiam sugerir que seria de “10%”. Todavia, após a Espanha vencer a Copa, se fossem novamente questionadas sobre a possibilidade de a Espanha vencer a próxima Copa, por exemplo, muitas aumentariam essa probabilidade para, talvez, 40%²⁷⁶.

Mackaay e Rousseau explicam que, segundo as concepções de Kahneman, Tversky e Slovic, as pessoas na sua tomada de decisões adotam heurísticas²⁷⁷ que não necessariamente corresponderão à resposta efetivamente racional a uma situação. Especialmente quando se trata de uma situação complexa, que exige mais capacidade cognitiva e dispêndio de tempo para a tomada de decisão o “espírito humano simplifica o problema apelando para heurística disponível, ‘*availability heuristic*’, que nos fará decidir em função do exemplo que ainda está fresco na memória”²⁷⁸. No caso da Copa do Mundo, a lembrança da vitória da Espanha pelas pessoas poderia fazê-las irracionalmente acreditar que, por ter vencido a última Copa, haveria maior chance de a Espanha vencer a Copa seguinte, sem necessariamente racionalizar verdadeiramente a situação, quando, na Copa seguinte, por exemplo, muitos jogadores de alta performance não mais jogariam pela seleção espanhola.

Em vista dessas considerações, conforme destacam Mackaay e Rousseau, o que se deve ter em mente é que o modelo da escolha racional é interessante para analisar situações nas quais se busca identificar possíveis reações a determinadas normas, identificando a função normativa no comportamento. Contudo, isso não significa que as pessoas de fato agirão conforme proposto pelo modelo²⁷⁹, o que certamente pode gerar situações analíticas irreais. Outrossim, há de se propiciar às partes do processo contratual a oportunidade de realizarem

²⁷⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Pearson New International Edition. 6. ed. Kindle Edition. Harlow: Pearson, 2014. p. 51.

²⁷⁷ Cf. “O processo intuitivo funciona a partir do acúmulo de conhecimento acerca de informações em geral ao longo da vida humana. Em um momento posterior, quando deparado com uma situação que envolva informações preteritamente conhecidas, o ser humano tende a, automaticamente, se valer da informação constante de seu banco de dados mental de modo a formular respostas cognitivas automáticas. Conforme Kahneman afirma, com esteio na pesquisa empreendida por Hebert Simon, a intuição é uma forma de reconhecimento de informações. O citado reconhecimento se dá mediante a identificação realizada pelo nosso sistema cognitivo entre a situação momentânea posta em análise e informações pretéritas adquiridas por meio da experiência. A intuição funciona, portanto, como um mecanismo automático de resposta cognitiva a uma situação que envolve informações já conhecidas pelo agente. Entretanto, há situações em que a resposta intuitiva proporcionada pelo mecanismo cognitivo poderá estar baseada em premissas duvidosas, levando a conclusões equivocadas. Isso acontece em decorrência da tendência mental humana de substituir questões mais difíceis por questões mais fáceis. Essa característica da mentalidade humana é tratada na psicologia cognitiva como heurística. As heurísticas podem ser definidas como “um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis”. (NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 49-50)

²⁷⁸ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 35.

²⁷⁹ MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *op. cit.* p. 34.

escolhas minimamente racionais, por mais que a própria racionalidade humana tenha suas limitações.

Nesse contexto, esses fundamentos sobre o modelo de escolha racional, relacionam-se à própria conceituação de ato de autonomia privada, discutida no tópico anterior, pois, como já exposto, ela possui limitação na capacidade cognitiva dos próprios indivíduos. Conclui-se, portanto, que, tanto para que haja o reconhecimento de um ato praticado pela pessoa como ato de verdadeira autonomia privada quanto para que ele possa ser desejável pelo sistema econômico, no sentido de ser um ato racional, que pode maximizar as riquezas e trazer eficiência econômica, as partes da relação devem possuir um nível satisfatório de informação.

A limitação da racionalidade humana sempre fará com que a assimetria de informações seja inerente a qualquer contrato. Um volume elevado de informações pode fazer com que o agente não tenha capacidade para analisar e racionalizar todas elas e, por consequência, tomar decisões de baixa qualidade, enviesadas por heurísticas. Por outro lado, um nível deficiente de informações poderá fazer com que o agente não possa racionalizar minimamente determinada situação também tomando decisões prejudiciais e ineficientes que limitem sua autonomia privada.

Relacionando a situação ao processo contratual de compra e venda secundária de participação societária, no contato primevo entre as partes, a informação que cada uma possui sobre o objeto da operação e sobre a outra parte é bastante limitada, de forma a impedir uma tomada de decisão racional sobre a viabilidade ou não de concluir aquele negócio. Desse modo, não é desejável que o ordenamento jurídico reconheça a formação de contrato sem negócio jurídico entre as partes nas fases iniciais do processo negocial, nas quais ainda não se alcançou um nível informativo satisfatório.

Sobre eventual incentivo à contratação em uma fase incipiente do contato social, Christian Sahb Batista Lopes leciona que, em uma negociação que se desenvolve de forma incremental, prologando-se por certo período no qual a interação das partes faz com que o nível de incerteza e desinformação gradualmente diminua, é natural que se perceba uma ineficiência em se contratar no estágio inicial das negociações. Assim, o autor considera que “seria um erro de política legislativa que determinada norma jurídica estimulasse investimentos pré-contratuais nesta fase [de negociações incipientes] além dos necessários para que as partes se informem”²⁸⁰.

²⁸⁰ LOPES, Christian Sahb Batista. *Responsabilidade Pré-Contratual: Subsídios para o direito brasileiro das negociações*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 16.

Ao abstrair e aplicar, limitadamente, esses fundamentos apresentados ao entendimento do paradigma contratual observado, ele parece estar um mínimo²⁸¹ alinhado às condições desejáveis apresentadas pela análise econômica do direito.

Primeiramente, nota-se que o processo contratual da compra e venda secundária de participação societária só alcançará sua qualificação e materializará um contrato quando estiver em estado avançado. A causa do contrato, que é o que irá qualificar a atividade contratual exercida pelas partes apenas é identificada após as fases do processo contratual onde estejam presentes os índices de tipo indicados no tópico 4.4. Por conseguinte, o reconhecimento do contrato sem negócio jurídico não se dá numa fase incipiente de negociações, o que geraria uma situação de ineficiência pela deficiência informacional das partes.

Por outro lado, quando o processo contratual está em estado avançado já podendo ser identificadas a causa e a sua mínima unidade de efeitos, após a troca suficiente de informações, não há possibilidade de a parte, de maneira oportunista, simplesmente desistir do contrato, pois já formado o vínculo obrigacional. Nesse ponto, levando também em consideração que as partes possuiriam consciência de que o contrato pode ser formar independentemente de sua manifestação de vontade, mas a partir da dinâmica do processo contratual, parece haver um incentivo às partes não avançarem no processo caso não haja verdadeiro interesse na contratação.

Isto posto, a leitura do panorama contratual da maneira apresentada parece se adequar, minimamente, às duas primeiras conclusões, pois as partes podem desistir do processo contratual quando as negociações ainda estão incipientes, mas não poderão quando ele já estiver em estado avançado, tendo sido formado o vínculo obrigacional, sem negócio jurídico. Ademais, não há estímulo para o avanço oportunista do processo contratual, sob pena de formar-se um contrato indesejado pelo exercício da atividade.

Ressalta-se que a autonomia privada permite às partes decidirem, expressamente, no início das negociações, acerca da não formação de contrato até a ocorrência de determinado ato. Poderá haver determinadas situações nas quais essa disposição será desconsiderada, sob a ótica dos institutos da *supressio* e *surrectio*, por exemplo. No entanto, como regra, para garantir a segurança jurídica do Direito Contratual, o disposto pelas partes deverá ser observado.

Quanto à cooperação, relacionada à terceira conclusão apresentada, uma ideia preliminar poderia ser de que as partes seriam incentivadas a cooperar, pois, desde o início das

²⁸¹ Como não foi feita verdadeira análise econômica empírica das conclusões da pesquisa, não há como afirmar categoricamente que é a solução mais eficiente. Contudo, há como se afirmar que a proposta não vai por caminho oposto aos principais fundamentos propugnados pela análise econômica do direito.

negociações, deveriam demonstrar a outra parte suas verdadeiras intenções, fazendo com que o processo contratual induzisse uma confiança mais autêntica. Isso decorreria do fato de que as partes não trocariam informações relevantes e não pactuariam disposições caso não desejassem a formação do contrato, impedindo o próprio desenvolvimento do contato social qualificado e, caso desejassem, haveria um incentivo para que a troca de informações e a pactuação progressiva de disposições fosse mais verdadeira e tomada de forma racional.

As conclusões sobre a efetividade e sobre o estímulo e desestímulo de condutas entre os agentes as quais se chegou são preliminares e foram aqui colocadas com o objetivo reflexivo, até mesmo para eventuais posteriores estudos. Sem embargo, o propósito principal foi demonstrar a necessidade de se analisar a visão da formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária, sem negócio jurídico, também sob a ótica econômica, de forma mais empírica e aplicada à realidade, que não meramente da dogmática jurídica.

6 CONCLUSÕES

As operações de *M&A*, em suas diversas modalidades, são processos contratuais complexos. Desde seu termo inicial, no contato primevo entre as partes, a operação adquire forma, progressivamente, ao longo das negociações, em razão do elevado número de cláusulas que devem ser pactuadas, relativas a aspectos administrativos, comerciais, financeiros, fiscais e legais.

A análise da situação fática da formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária fez concluir que esse é um contrato que se forma progressivamente. A cada estágio do processo contratual, a cada rodada de conversas e negociações entre as partes, são pactuados aspectos específicos do contrato que, à frente, quando o processo estiver em estado avançado, da leitura conjunta de tudo que foi elaborado, trocado, produzido, manifestado e declarado, ao longo dele, obter-se-á uma totalidade.

Para compreender quando e como ocorre a formação desse contrato, foi necessário, primeiramente, analisar a abordagem clássica ligada à formação do contrato fundada na declaração de vontade, mediante a efetivação da oferta e aceitação e da existência de um negócio jurídico com seus requisitos legais de validade.

Verificou-se, nessa seara, a insuficiência da abordagem clássica do contrato, ligada à vontade e ao negócio jurídico, em face dos problemas da contemporaneidade. Como exemplos, entende-se ser difícil a aplicação dessa abordagem aos contratos realizados por “robôs”, ou mesmo à simples compra de um refrigerante, por uma criança, em uma máquina automática. Nos casos, não há verdadeira manifestação de vontade de ao menos uma das partes ou não há o cumprimento do requisito de capacidade das partes do negócio jurídico, mas há contrato.

Em função dessa insuficiência, pelo estudo da obra de Juliana Pedreira da Silva, constatou-se que o processo contratual deve ser entendido como *atividade*. A *atividade contratual* desvincula-se da compreensão do contrato como resultado exclusivo de um negócio jurídico, pois o contrato passa a ser compreendido como a prática de atos coordenados voltados para um fim, o que serve de suporte fático para aplicação de uma tutela jurídica específica.

Relacionada a essa ideia do contrato como atividade, passou-se pela concepção de Enzo Roppo do contrato como veste jurídico-formal de operações econômicas. O sentido de reconhecer o contrato como veste jurídico-formal de operações econômicas significa entender que o legislador, em vista da situação fática subjacente, de existência de trocas que implicam

transferência e modificação no patrimônio dos sujeitos de direito, inseriu no ordenamento jurídico seu estatuto, denominado “contrato”.

Para além de Enzo Roppo, foi estudada a ideia do também italiano Enrico Gabrielle, que compreende o Contrato como o que resulta de sua causa em concreto, o tipo contratual exprime somente um modelo de organização de interesses, moldado pelo legislador. Desse modo, a operação econômica não se expressa somente quando emerge uma situação patológica do ato, mas na totalidade das situações relacionadas à autorregulação dos interesses das partes, seja na fase de formação do vínculo, na construção do regramento contratual, em sua execução e, sobretudo, na seleção do critério relevante para a interpretação desses atos de autonomia privada.

Portanto, constatou-se que a valoração jurídica do conceito de operação econômica, sob uma perspectiva sistêmica, permite a reconstrução do fenômeno contratual como plúrimo, atribuível a uma mínima unidade de efeitos, enriquecida pelas circunstâncias peculiares de cada caso individual. Sendo assim, a formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária faz parte de uma atividade contratual, de um processo contratual, dirigido a um fim.

A atividade contratual estudada tem seu termo inicial no primevo contato entre as partes pelo qual é expresso o interesse em iniciar o processo. A permanência das partes no processo contratual, desenvolvendo a atividade, faz com que se gere uma *qualificação* à relação estabelecida, o contato social qualificado. Essa qualificação implica na incidência de consequências jurídicas aos atos das partes que estão inseridas na atividade contratual.

O contato social qualificado se desenvolve a partir da prática de comportamentos sociais típico das partes inseridas na atividade contratual. Para o contrato de compra e venda secundária de participação societária, são comportamentos sociais típicos, por exemplo: a apresentação inicial do interesse de uma parte em adquirir a participação societária da outra; a posterior assinatura de uma Carta de Intenções ou de um Acordo de Confidencialidade; a realização de uma *due diligence*; a troca de Memorandos de Entendimento; a realização de inúmeras reuniões; e a pactuação progressiva de cláusulas específicas relativas a essa operação.

Todos esses comportamentos são dirigidos a um fim que é a conclusão do contrato e, quando praticados no âmbito do processo contratual, induzem a assunção progressiva de obrigações unilaterais ou bilaterais, mesmo sem a formação de negócio jurídico. Essa situação pode fazer com que a parte possa legitimamente pleitear interesses positivos em caso de violação. Nesse contexto, observada a prática de comportamentos sociais típicos para a

formação do tipo contratual, deve ser reconhecida relação jurídica sobre a qual poderá ser imputada eficácia obrigacional, a depender da fase do processo.

Em decorrência dessa conclusão, foi necessário entender o fenômeno da tipificação contratual, pois, para compreender e concluir quando se daria a formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária, imprescindível era a identificação de alguns comportamentos sociais típicos atinentes a esse processo. Para esta discussão, foram abordadas as doutrinas da formação do contrato pelos seus elementos essenciais e pela identificação dos índices de tipo.

Sabia-se que há uma corrente doutrinária que compreende que o contrato é formado quando são pactuados os seus “elementos ou requisitos essenciais”. No entanto, essa ideia liga-se a uma visão dos contratos resultado de um negócio jurídico, originados de uma lei positivada, que foca no *essencialia* do negócio, relevando os *naturalia* e os *accidentalialia* para um segundo plano. Não obstante, o contrato formado sem negócio jurídico carece de uma clara projeção de efeitos formulada pelas partes, pois ausentes as declarações de vontade. Desse modo, por não haver predisposição de regulamento contratual positivado com força obrigatória, a atividade contratual desenvolvida pelas partes na relação deve ser compreendida não somente a partir dos elementos ou requisitos essenciais, mas também a partir dos efeitos naturais daquela relação e de seus elementos acidentais.

Pela teoria da tipificação de Pedro Pais de Vasconcelos, verificou-se que a tipificação dos contratos pode ser uma tipificação legal ou uma tipificação social. A primeira, ocorre quando o tipo contratual está definido em lei. Nada mais é do que o reconhecimento pelo legislador de um contrato que já era socialmente típico, mas que, pela sua prática reiterada, consolidada pelo tempo, “exigiu” a positivação de um regramento específico para que, na ausência de manifestação das partes, a lei fosse aplicada subsidiariamente àquela relação como forma de garantir os efeitos esperados da pactuação daquele tipo contratual.

Dessarte, existem diversos outros tipos contratuais sociais, aqueles sobre os quais há uma pluralidade de casos, que se traduzem em uma prática socialmente reconhecida e que em termos tendencialmente gerais e pacíficos compreende-se pela vinculatividade desse modelo contratual. Concluiu-se, portanto, que o contrato de compra e venda secundária de participações societárias é um tipo contratual social.

Diante dessa compreensão, a teoria dos índices de tipo foi utilizada para identificar quais índices devem ser identificados na atividade contratual da formação progressiva do contrato de compra e venda secundária de participação societária para depreender se houve a formação do contrato.

Um dos índices de tipo relevantes para essa aferição é a identificação da causa do contrato estudado. Em que pese a ausência de consenso na doutrina brasileira sobre a definição e a utilidade exata do conceito de causa para o direito das obrigações e para o direito contratual, das discussões de Antônio Junqueira de Azevedo, Orlando Gomes, Marcelo de Oliveira Milagres, Maria Celina Bodin de Moraes, Gustavo Tepedino, Enrico Gabrielli e Salvatore Pugliatti, chegou-se à conclusão de que a causa deve ser compreendida como a função jurídica do negócio, onde se identifica a sua mínima unidade de efeitos, e como função econômico-individual do contrato, que se relaciona ao interesse perseguido pelas partes em uma operação econômica específica.

Considerando a natureza do contrato de compra e venda de participação societária, a definição de sua causa exigiu uma breve análise da correição em tratar a transferência de titularidade de participação societária como uma compra e venda. Afinal, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, pela compra e venda uma pessoa se obriga a transferir o domínio de “certa coisa”, mediante o pagamento do preço. Nesse contexto, indagou-se se poderia a participação societária ser considerada “coisa” para se enquadrar na espécie compra e venda.

A resposta encontrada foi afirmativa não necessariamente pelo fato de a participação societária ser uma “coisa” *stricto sensu*, mas pelo fato de que, quando da elaboração da norma, o legislador parecer ter se referido a coisa, quando o mais adequado seria ter se referido a bem, resultado, talvez, da dificuldade de se pensar, por exemplo, no incorpóreo e imaterial, que poderiam ser objeto de contratos de compra e venda, à época da redação do texto presente no Código Civil.

Ademais, ao levar em consideração que na compra e venda há dois momentos distintos, um com eficácia obrigacional, quando da pactuação do contrato, e outro com eficácia real, quando da efetiva transferência do domínio pela cessão, não é inadequado tratar a transferência de titularidade onerosa de participação societária como compra e venda, pois, quando entabulado o contrato, ele é causal e possui eficácia obrigacional para que a parte vendedora, em seguida, ceda o bem, cotas ou ações, à outra parte, transmitindo-lhe os direitos reais aplicáveis à espécie. Há, portanto, uma autonomização da participação societária, cotas ou ações como um instrumento de mobilização da posição de sócio nas sociedades, que pode ser tratada como um bem, objeto de compra e venda.

Diante dessa perspectiva, concluiu-se que o contrato de compra e venda secundária de participação societária é, na realidade, um subtipo do contrato de compra e venda, pois se constitui como uma compra e venda especial, com suas peculiaridades relacionadas à natureza

do objeto vendido, de cunho societário, apesar de submetido ao regime jurídico geral da compra e venda.

Nesse contexto, a causa do contrato de compra e venda ordinário, legalmente tipificado, pode ser identificada como a obrigação de transferir o domínio de certa coisa, mediante o pagamento do preço. No contrato de compra e venda secundária de participação societária, em que pese o objeto da compra e venda ser as cotas ou ações, há uma função econômico-individual, a mínima unidade de efeitos, específica. Pela compra e venda de participação societária, o que interessa ao comprador é a aquisição das cotas ou ações para que obtenha a posição de sócio na sociedade-alvo, com a respectiva incidência do regramento societário sobre essa relação.

Desse modo, a causa do contrato de compra e venda secundária de participação societária é a modificação da titularidade das cotas ou ações, objeto do contrato, a cessão da posição de sócio, para que o comprador obtenha o *status socii* perante a sociedade-alvo, mediante o pagamento do preço ao vendedor.

Com a identificação da causa do contrato de compra e venda secundária de participação societária, aliando-a aos outros índices de tipo, que incluem os elementos essenciais, naturais e acidentais do tipo contratual, foi possível estabelecer essa mínima unidade de efeitos a ser identificada na atividade desenvolvida para que se possa afirmar que já há uma relação contratual.

Dessa forma, concluiu-se que os principais índices de tipo que qualificarão a atividade contratual desenvolvida são: (i) a evidência do interesse da(s) parte(s) compradora(s) em obter o *status socii*, por meio da aquisição da titularidade da participação societária da(s) vendedora(s), e desta(s), em alienar sua participação societária para o recebimento do preço, identificando-se a *causa* da relação; (ii) a adequada delimitação do objeto da atividade contratual ao longo do processo contratual; (iii) a inserção das pessoas titulares das cotas/ações, objeto da operação, no processo contratual e no desenvolvimento da atividade; (iv) a clara identificação de quantas cotas/ações são objeto da operação, quem é(são) seu(s) titular(es) e a qual(is) classe(s) elas pertencem; (v) a manutenção de negociações e permanência das partes no processo contratual após a obtenção do resultado de uma *due diligence*; (vi) a identificação de parâmetros mínimos da equação econômica estabelecida para definição do preço do objeto do contrato; (vii) a identificação de quais são as principais contingências e/ou passivos apontados pelas partes que poderão influenciar no preço das cotas/ações adquiridas; (viii) a identificação da forma de pagamento perseguida pelas partes: se em dinheiro; por meio de dação em pagamento (ações/cotas de outras sociedades); por permuta, entre outras.

A partir da identificação desses índices de tipo, em uma situação fática concreta, haverá a qualificação da atividade contratual desenvolvida pelas partes de modo que, estando eles presentes, a relação jurídica terá evoluído da fase pré-contratual, tutelada pela responsabilidade civil extracontratual, para uma fase contratual, na qual há vínculo obrigacional estabelecido. Nesse estágio de desenvolvimento da atividade contratual, a assinatura do “contrato definitivo” será apenas um ato de formalização em um instrumento único da relação contratual já existente e válida. Por conseguinte, não haverá aqui a possibilidade de a parte simplesmente desistir imotivadamente de firmar o instrumento contratual definitivo, sob pena de incidir sobre ela a responsabilidade civil contratual.

A partir dessa conclusão, tem-se o reconhecimento de existência de um contrato, sem que haja, necessariamente, um instrumento contratual definitivo assinado pelas partes. Esse fato torna a tutela e interpretação da relação jurídica estabelecida bastante árdua. Na situação, muitas obrigações acessórias à prestação principal podem não estar claras e poderão fazer com que, em um conflito, tenham de ser supridas por provimento jurisdicional, seja pelo Poder Judiciário ou por arbitragem, o que pode não corresponder à melhor solução jurídico-administrativa-econômica para o caso.

Em vista desse problema, foi necessário discorrer sobre algumas bases jurídicas que devem pautar a interpretação da relação estabelecida, pois, a ausência de um instrumento contratual definitivo que expresse de modo claro as obrigações principais e acessórias poderá suscitar inúmeros conflitos interpretativos que, sem bases sólidas, terão o condão de motivar decisões desvinculadas do fim econômico-individual do contrato.

Diante disso, analisou-se, primeiramente, se esse contrato ora reconhecido seria um contrato preliminar ou um contrato definitivo. O questionamento foi levantado, uma vez que, apesar de, a partir dos índices de tipo, ser possível identificar as principais obrigações que compõem um contrato definitivo, várias outras não são identificáveis, seja por não ter havido discussões sobre elas ou pela obscuridade em interpretar o que foi negociado. A ausência de estipulação de obrigações acessórias é característica de um contrato preliminar, o qual a lei exige que contenha apenas os “requisitos essenciais” do contrato definitivo.

A análise da natureza do contrato preliminar, todavia, trouxe uma resposta negativa para o questionamento. O contrato preliminar é concebido como um tipo contratual autônomo e possui causa distinta da do contrato definitivo. A partir da leitura de Custódio de Ubaldino Miranda, entendeu-se que a causa do contrato preliminar se constitui na vinculação para o futuro de efeitos que constituem a causa e objeto do contrato definitivo. Desse entendimento, viu-se que, ao longo do processo de formação progressiva do contrato de compra e venda

secundária de participação societária, as partes não têm como interesse a formação de um contrato que as obrigue a firmar contrato definitivo para conferir efeitos ao conteúdo do contrato preliminar.

Na realidade, o processo de formação progressiva desse contrato tem, em regra, como função econômico-individual a formação do próprio contrato com todas as suas prestações substanciais.

Assim, verificado que o contrato reconhecido é um contrato definitivo, foi feita uma concisa análise sobre um problema de direito material e de direito processual que envolve o reconhecimento do contrato sem negócio jurídico que é o de como efetivar a execução específica de obrigações, uma vez que não há, necessariamente, um instrumento contratual devidamente assinado pelas partes.

De plano, constatou-se que, pelo estado atual da legislação, não haveria possibilidade de propositura de uma ação de execução, na forma dos artigos 771 e seguintes do Código de Processo Civil. O fato de, na maior parte dos casos, não haver um instrumento contratual assinado pelas partes e por duas testemunhas faz com que seja inexistente um título executivo extrajudicial com certeza e liquidez apto a fundamentar uma ação executória, como taxativamente enumerados pelo artigo 784 do mesmo Código.

Nesse sentido, em caso de conflito, a única alternativa é buscar por meio do Poder Judiciário ou da Arbitragem o reconhecimento de existência do contrato e a identificação de quais são as obrigações que devem ser cumpridas pelas partes. Portanto, a fase de conhecimento anterior ao pedido de execução/cumprimento de sentença é inevitável.

É provável que, quanto às obrigações principais do contrato, possa haver maior assertividade do Poder Judiciário ou da arbitragem e defini-las, porque as negociações do processo contratual tendem a ressaltar e reiterar em diversas ocasiões quais são essas obrigações. Ademais, é provável que estejam elas expressas nos diversos documentos elaborados e trocados pelas partes pelos diferentes meios, físicos e digitais. Não obstante, muitas condições e cláusulas acessórias que permeiam o negócio podem não ser identificadas por não terem sido pormenorizadamente delineadas e pactuadas entre as partes ao longo do processo contratual.

Em razão dessas dificuldades interpretativas, foram amplamente discutidos os princípios da boa-fé objetiva, da autonomia privada e a necessidade de se considerar fundamentos da análise econômica do direito para a adequada interpretação e tutela da atividade contratual desenvolvida.

Do estudo da boa-fé objetiva, em especial, sob a doutrina de Judith Martins-Costa, verificou-se que ela se insere no ordenamento jurídico brasileiro como uma cláusula geral que tem por função auxiliar a abertura e a mobilidade do sistema jurídico. Assim, propicia que ingresse no corpo legislativo princípios, máximas de conduta, *standards* e diretivas sociais e econômicas que viabilizam a captação e inserção de elementos extrajurídicos.

No processo contratual estudado, a boa-fé objetiva auxilia o julgador a valorar o contato social qualificado existente entre as partes e a integrar incompletudes no reconhecimento das obrigações formadas progressivamente. Na qualificação do contato social, a boa-fé objetiva gera deveres de proteção aos bens e interesses jurídicos das partes, de forma a preservar a integridade da confiança existente na relação.

Nesse sentido, a partir da análise dos comportamentos sociais típicos e dos documentos elaborados e trocados pelas partes ao longo do processo contratual, o julgador deverá avaliar também, com base na boa-fé objetiva, se deve ser reconhecida a existência de vínculo obrigacional-contratual. Os atos de elaboração, troca e eventual assinatura de documentos ao longo do processo contratual, por si só, não representam, necessariamente, a formação de vínculo obrigacional. Este poderá ser identificado pela interpretação dos documentos como indícios da atividade contratual desenvolvida pelas partes.

Nessa seara, compreendeu-se que a boa-fé objetiva incide de maneira específica nas relações de Direito Empresarial, como é o caso da formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária, pois se liga à noção de mercado, ao impacto da *práxis*, à informalidade e a à atipicidade, o que cria *standards* específicos para a interpretação da relação.

Quanto à formação dos contratos empresariais, considerando que, em diversas ocasiões, atos praticados na fase das tratativas costumam ter um grau de informalidade, há de se atentar se existe um *razoável grau de probabilidade da conclusão do contrato*. Ainda, na formação dos contratos empresariais, há uma presunção de que as partes não iniciam um processo contratual sem que haja real intenção de formar um contrato caso exitosas sejam as negociações. Há no âmbito das relações empresariais um dever de manter “comportamento exemplar” no plano da correção, bem como na preservação da confiança. Outrossim, há de ser respeitada, na interpretação e tutela da relação contratual empresarial, caso exista, a manifestação das partes de que não desejam a vinculação.

Não obstante, a aplicação da boa-fé objetiva no âmbito da atividade contratual empresarial terá como premissa que há verdadeira intenção de se concluir um contrato. Essa presunção só será afastada se uma parte provar que se tratava de mera prospecção, de uma fase bastante incipiente de negociações, sem que tenha havido o termo inicial do processo contratual,

ou que, por sua autonomia privada, as partes estavam certas de que aquela relação apenas seria vinculante a partir de determinado ato, como, por exemplo, da assinatura do contrato definitivo da operação, se assim compreendessem pertinente.

Outro princípio jurídico analisado, atinente aos contratos, de relevante pertinência, é o da autonomia privada. Esse princípio fundamenta a liberdade de contratar e deve ser destacada sua importância, uma vez que a pesquisa não propõe uma violação da autonomia privada, quando conclui que um contrato pode ser reconhecido, independentemente da manifestação de vontade das partes e, por consequência, sem negócio jurídico.

Nesse sentido, foi realizada breve digressão histórica sobre a passagem do paradigma voluntarista da autonomia da vontade, no qual o contrato era fundamentado somente na vontade das partes, para o conceito de autonomia privada, o qual, dentro do ordenamento jurídico, o estado reconhece um espectro de autonomia para que as partes regulem suas relações privadas, limitada pela incidência de normas heterônomas que impõem deveres e condutas a serem seguidos durante a relação contratual.

Do estudo da obra de Renata Guimarães Pompeu, foi possível compreender a autonomia privada como poder. No processo contratual, as partes estão incursas em um processo discursivo-deliberativo que se revela como um poder que lhes foi conferido pelo ordenamento jurídico de estipular obrigações que, se descumpridas, possibilitarão a mobilização do aparato estatal para o cumprimento forçado.

O exercício desse poder implica que o ordenamento jurídico poderá reconhecer que atos de autonomia privada, independentemente da vontade expressa, atraem a incidência de determinada norma fazendo surgir um dever jurídico. É o que ocorre com a incidência da responsabilidade civil extracontratual pelo rompimento das negociações antes de formado o contrato, por exemplo, ou com a própria incidência do regime jurídico contratual pela formação do contrato sem negócio jurídico a partir do exercício da atividade contratual.

Portanto, concluiu-se que, nesses casos, não há o que se falar de ausência de autonomia privada, pois as partes sempre poderão decidir a forma pela qual conduzirão o processo contratual. Dessarte, é possível que estabeleçam desde o início das negociações, pela não vinculação do que for negociado até a ocorrência de determinado ato, por exemplo, mas vedada a condução oportunista do processo contratual sem que isso traga consequências jurídicas para a parte que o faz.

Foi também estudado outro aspecto relevante da compreensão da autonomia privada na formação do contrato sem negócio jurídico que é o reconhecimento de que só há o

verdadeiro exercício da autonomia privada quando atingido um adequado nível informacional pelas partes no processo contratual.

Com fundamento na Teoria do Agir Comunicativo de Jürgen Habermas, pensando-se que o sujeito necessita exercer uma racionalidade epistêmica para sua tomada de decisão, que influencia, inclusive, em seus comportamentos sociais típicos no processo contratual, certo é que ele deve obter informações adequadas ao tipo de atividade contratual desenvolvida para que possa conhecer, compreender e verificar os possíveis ônus ou vantagens que a formação daquele contrato poderá lhe trazer.

Portanto, concluiu-se que, para que se reconheça que o contrato sem negócio jurídico foi formado respeitando a autonomia privada, essencial é a demonstração de que a parte intencionalmente e racionalmente optou por se manter naquele processo contratual, em vista do panorama informacional o qual teve contato. Ressalta-se que a verificação do nível de informação da parte deve se dar objetivamente e não subjetivamente, pois impossível adentrar em sua mente.

Pela limitação metodológica, o último tópico da pesquisa buscou identificar e delinear brevemente três importantes axiomas obtidos a partir de fundamentos da análise econômica do direito que foram, em seguida, cotejados com as conclusões a que chegou este trabalho sobre a formação do contrato de compra e venda secundária de participação societária. Compreende-se que, sendo o contrato intimamente ligado à operação econômica, é desejável que sua regulação jurídica traga eficiência às operações.

Por meio do estudo de Robert Cooter e Thomas Ulen, Richard Posner e de Mackaay e Rousseau verificou-se que é eficiente que as normas jurídicas que regem a fase de negociações dos contratos limitem comportamentos oportunistas das partes, como, por exemplo, de iniciar um processo contratual com vista a obter informações sobre a outra parte, sem que haja uma verdadeira intenção de concluir o contrato. Portanto, o ordenamento jurídico deve possuir um mecanismo para desencorajar que os agentes iniciem um processo contratual sem que tenham verdadeira intenção de contratar.

Lado outro, também se verificou que é ineficiente que o ordenamento jurídico force as partes a contratarem algo que não maximize suas riquezas, deixando-as em estado pior do que antes estavam. Portanto, concluiu-se que as normas jurídicas que regem a fase de negociação dos contratos devem propiciar às partes liberdade para que desistam de um processo contratual que se mostre economicamente ineficiente.

O terceiro axioma verificado diz respeito à necessidade de estímulo à cooperação e a troca de informações verdadeiras e confiáveis ligadas à atividade contratual desenvolvida.

Isso, pois, no processo contratual, há necessidade da promoção da confiança ótima que permite uma economia de precauções adotadas pelas partes contratantes, reduzindo custos de transação. Portanto, concluiu-se que o ordenamento jurídico deve estimular que, ao longo do processo contratual, as partes tenham incentivos para cooperar e para trocar informações verdadeiras e confiáveis sobre o objeto daquela relação.

Ao relacionar esses três axiomas com o que se concluiu sobre o contrato de compra e venda secundária de participação societária, quanto aos dois primeiros, entendeu-se haver uma mínima compatibilidade da leitura proposta, primeiramente, pois o referido processo contratual só alcançará sua qualificação e materializará um contrato quando estiver em estado avançado.

Desse modo, verifica-se que o reconhecimento da formação do contrato sem negócio jurídico não ocorre quando o processo contratual ainda está em fase incipiente. Isso geraria uma ineficiência, pela deficiência informacional das partes, que ainda não podem racionalmente decidir por contratar ou não.

Por outro lado, levando consideração que as partes possuirão consciência de que o contrato pode ser formado independentemente de sua manifestação expressa de vontade, mas a partir da própria dinâmica do processo contratual, parece haver um incentivo às partes para que não avancem no processo caso não haja verdadeiro interesse na contratação.

Por fim, quanto ao terceiro axioma, a conclusão a que se chegou é que há um incentivo para que as partes cooperem desde o início do processo contratual, demonstrando suas verdadeiras intenções e pela troca de informações verdadeiras e confiáveis. Isso, porque, ausente o grau mínimo informacional para tomada de decisão, não haverá contrato, tanto pela ineficiência em se formar um contrato sem que haja possibilidade de uma tomada de decisão minimamente racional, quanto pela consideração de que a ausência informacional adequada impede o autêntico exercício da autonomia privada da parte, o que não se admite no ordenamento jurídico.

Esta pesquisa buscou trazer uma visão profunda sobre o complexo fenômeno da formação progressiva do contrato, tendo como base o contrato de compra e venda secundária de participação societária. A utilização da teoria da formação do contrato sem negócio jurídico não foi previamente escolhida, mas descoberta ao longo dos estudos como a teoria que parece mais refletir a realidade do fenômeno contratual na contemporaneidade.

A complexidade do processo contratual analisado, certamente faz com que essa pesquisa não exaure os inúmeros outros fatos, princípios jurídicos e econômicos que devem ser levados em consideração ao adotar-se a leitura aqui obtida. Dessarte, espera-se que esta

pesquisa propicie uma visão diferenciada do fenômeno estudado para que ele seja mais bem apreendido em vista dessa interpretação mais contemporânea do contrato.

Como toda pesquisa científica, destaca-se que nenhuma conclusão aqui obtida é absoluta, podendo sempre serem aperfeiçoadas a partir de posterior desenvolvimento do estudo e/ou da inclusão de novos aspectos a serem cotejados com as premissas aqui expostas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bibliografia Estrangeira

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. In: *Revista de Informação Legislativa*. v. 26. n. 102. abr./jun. 1989. p. 207-230. p. 214. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 04 jan. 2021.

ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos Contratos Comerciais*. 5. reimp. ed. out. 2009. Coimbra: Almedina, 2017.

ARGENTINA. *Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014. Disponível em: <http://www.sajj.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Giuridica della Circolazione*. Padova: CEDAM, 1933.

CASEBRIEFS. *Texaco, Inc. v. Pennzoil, Co.* Disponível em: <<https://www.casebriefs.com/blog/law/contracts/contracts-keyed-to-calamari/the-agreement-process/texaco-inc-v-pennzoil-co/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Pearson New International Edition. 6. ed. Kindle Edition. Harlow: Pearson, 2014.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. 5ª reimp. Coimbra: Almedina, 2013.

DRAETTA, Ugo. LAKE, Ralph. Letters of Intent and Precontractual Liability. *International Business Law Journal*. Issue 7. 1993. p. 835-868.

ESPANHA. *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Disponível em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

FARNSWORTH, E. Allan. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. *Columbia Law Review*. v. 87. n. 2. March, 1987. p. 218-294.

FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*. Third Edition. New York: Aspen Law & Business, 1999.

FRANÇA. *Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804. Code Civil*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000006436262/1804-02-17/>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

GABRIELLI, Enrico. L'operazione econômica nella teoria del contrato. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Setembro 2009. Anno. LXIII. n. 3. Milano: Giuffrè Editore, 2009. p. 905-939.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. Trad. Paulo Astor Soethe. Rev. Flávio Beno Siebeneichler. 1. ed. v. 1. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

HOLTEN, J. Andrew. Letters of Intent in Corporate Negotiations: Using Hostage Exchanges and Legal Uncertainty to Promote Compliance. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 162. 2014. p. 1238-1260.

ITÁLIA. NORMATTIVA: IL PORTAL DELLA LEGGE VIGENTE. *Regio Decreto 16 marzo 1942*. Approvazione del testo del **Codice Civile**. Disponível em: <<https://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1942-04-04&atto.codiceRedazionale=042U0262&atto.articolo.numero=0&atto.articolo.sottoArticolo=1&atto.articolo.sottoArticolo1=10&qId=a00a9619-3c95-4df9-9993-7c93460393f6&tabID=0.778907484860087&title=lbl.dettaglioAtto>>. Acesso em 05 jun. 2021.

LAJOUX. Alexandra Reed. *The Art of M&A*. 5. ed. New York: McGraw-Hill Education, 2019.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Atual. Manfred Wolf. 9. ed. München : Beck, 2004. p. 578-580. Traduzido por: Karina Nunes Fritz. apud. TEPEDINO, Gustavo. Prefácio: Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual. In.: SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. vii-xxi. p. xiii-xiv.

LARENZ, Karl. O Estabelecimento de Relações Obrigacionais por meio de Comportamento Social Típico. Trad. HIRATA, Alessandro. *Revista Direito GV*. v. 2. n. 1. Jan-Jun 2006. p. 55-64.

MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MACLEOD, W. Bentley. Complexity and Contract. *USC Law School, Olin Working Paper N. 00-1*. January, 2000. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=213869>. Acesso em: 03 nov. 2019.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2013.

POSNER. Richard A. *Economic Analysis of Law*. 6th. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2003.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Trad. COIMBRA, Ana; GOMES, M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHERER, Matthew U. Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies. *Harvard Journal of Law & Technology*. Volume 29, Number 2 Spring 2016.

UNITED KINGDOM. House of Lords. [1925] AC 445, [1924] UKHL 2. *Rose and Frank Company v. Crompton and Brothers Limited*. Disponível em: <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1924/2.html>> Acesso em: 1º dez. 2020.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos Atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics*. v. 22. n. 2. October, 1979. p. 233-261.

Demais Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Comentários ao Novo Código Civil: Das várias espécies de contratos. Da Compra e venda. Do compromisso de compra e venda. Arts. 481 a 532. 2. ed. v. 7. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato Incompleto*. São Paulo: Atlas, 2015.

BENETTI, Giovana. *Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informações*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *civilistica.com*. a. 2. n. 1. 2013. Disponível em: <<https://civilistica.com/wp-content/uploads1/2015/02/Bodin-de-Moraes-civilistica-com-a.2.n.1.2013-4.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

BOTREL, Sérgio. *Fusões e Aquisições*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e Venda de Participações Societárias de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 247.

CARVALHOSA, Modesto. KUYVEN, Fernando. Sociedades Anônimas. In: CARVALHOSA, Modesto (Coord.). *Tratado de Direito Empresarial*. v. 3. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS. *Pronunciamento Técnico CPC 46: Mensuração do Valor Justo*. Correlação às Normas Internacionais de Contabilidade – IFRS 13 (IASB – BV 2012). Disponível em: <<http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos/Pronunciamento?Id=78>>. Acesso em: 27 out. 2020.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos*. 4. ed. Kindle Version. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 2. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Atual. Edvaldo Brito; Reginalda Paranhos de Brito. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Eduardo Damião; SILVA, Rafael Bittencourt. Os pré-contratos empresariais e sua visão pelos tribunais brasileiros. In: NASCIMBENI, Asdrubal Franco; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa; BERTASI, Maria Odete Duque (Coord.). *Contratos Empresariais Interpretados pelos Tribunais*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

GONÇALVES, Thatiane Rabelo. A Vigência e a Esdrúxula Aplicação da Função Social do Contrato nos 15 Anos do Código Civil. *Revista de Direito Privado*. v. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 35-49.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. NICÁCIO, Camila Silva. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HENRIQUES, Antônio. MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia Científica da Pesquisa Jurídica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

IBM. *Introdução ao Aprendizado de Máquina*. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/analytics/machine-learning?p1=Search&p4=43700052630834825&p5=b&gclid=Cj0KCQjwnueFBhChARIsAPu3YkTTob1fqhzZOIystU-KWxqNTQtcA7TxUdCrXvZa1-vnTHZLO3S-HAEaAg4IEALw_wcB&gclid=aw.ds>. Acesso em: 04 jun. 2021.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Direitos do Consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *O Contrato e sua Função Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos Prejuízos no Direito Contratual*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Responsabilidade Pré-Contratual: Subsídios para o direito brasileiro das negociações*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MARINO, Francisco Paulo de. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. As Cartas de Intenção no Processo Formativo da Contratação Internacional: os graus de eficácia dos contratos e responsabilidade pré-negocial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, jul. 1994. p. 39-55.

MARTINS-COSTA, Judith. Usucapião de Coisa Incorpórea: breves notas sobre um velho tema sempre novo. In: TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. (Coord.) *O Direito e o Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 631-653.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A Causa do Contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 14. Jan-Mar/2018. p. 159-178.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Manual de Direito das Coisas*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020

MIRANDA, Custódio de Ubaldino. *Comentários ao Código Civil: dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*. v. 5. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações – 2ª parte*. Atual. Carlos Alberto Dabus Maluf; Regina Beatriz Tavares da Silva. v. 5. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos*. Atual. Caitlin Mulholland. v. III. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações*. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. v. II. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

POMPEU, Renata Guimarães. *Autonomia Privada na Relação Contratual*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

ROSENVOLD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SEBRAE. *Empresas Familiares*. Abril, 2017. Disponível em: <[http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/\\$File/7599.pdf](http://www.bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/$File/7599.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2020.

SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.554.729/RJ*. Terceira Turma. Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Recorrente: Chade e Advogados S/C. Recorrido: Primo Rossi Administradora de Consórcio LTDA. Julg. 03/05/2016. DJe. 10/05/2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 32.246/SP*. Min. Rel. Waldemar Zveiter. Recorrente: Sara Kauffman Harrouche. Recorridos: Jacob Kauffman, João Valetim Sinhoreto, Isa Kauffman e outros. Julg. 11/05/1993. Pub. D.J. 31/05/1993.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 88.716/RJ*. Min. Rel. Moreira Alves. Recorrente: Distribuidora de Comestíveis “Disco” S.A. e Outros. Recorrido Supermercado Pão de Açúcar S.A. Julg. 23/11/1979. Pub. D.J. 30/11/1979.

TEPEDINO, Gustavo. Prefácio: Atividade sem negócio jurídico fundante e seus desdobramentos na teoria contratual. In.: SILVA, Juliana Pedreira da. *Contrato sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato*. São Paulo: Atlas, 2011. p. vii-xxi.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do Direito Civil: Contratos*. v. 3. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 85.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Agravo de Instrumento nº 2001756-88.2015.8.26.0000*. Rel. Desig. Francisco Loureiro. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Agravantes: Solyvent do Brasil Ventiladores Industriais LTDA. e Brumazi Equipamentos Industriais LTDA. Agravados: Howden International Holdings B.V, Benjamin Antônio Soares e José Roberto Mendes Moran. Julg. 25/03/2015. Pub. 08/04/2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Apelação com Revisão n° 9100876-29.2008.8.26.0000*. Des. Rel. Caetano Lagrasta. 8ª Câmara de Direito Privado. Apelante: Sergio Marcos Monteiro. Apelado: Banco JP Morgan S.A.. Julg. 08/10/2008. Reg. 15/10/2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Apelação Cível n° 0009297-72.2013.8.19.0001*. Des. Rel. Juarez Fernandes Folhes. 14ª Câmara Cível. Apelante: Meireles Desenvolvimento Tecnológico LTDA. Apelados: Aria Capital Corporate Consultoria Empresarial e Participações LTDA; Aria Capital Partners Investimentos e Participações LTDA, Aria Capital Asset Administração de Recursos LTDA e Iposeira Capital LTDA. Julg. 07/12/2016.

VILELLA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. In: DIAS, Adahyl Lourenço *et al* (Coolab.). *Estudos em Homenagem ao Professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 253-266.